

Organismos reguladores independientes y control judicial en España: un rompecabezas difícil de solucionar*

Independent Regulatory Agencies and Judicial Control in Spain:
A Hard-to-Solve Puzzle

Joan Solanes Mullor**
Universidad Pompeu Fabra
joan.solanes@upf.edu

Resumen

A partir de la década de los 90, sobrevino una auténtica “fiebre” que ha diseminado los conceptos del Estado regulador en Europa y ha iniciado el proceso de agencificación –creación de agencias–, que se prolonga hasta nuestros días. Este artículo focalizó su atención en el estudio de este fenómeno reciente, centrándose en los organismos reguladores independientes sectoriales y dejando de lado las instituciones reguladoras que operan en los mercados financieros y de valores y que supervisan la competencia, para concentrarse en las dificultades que estas instituciones plantean para el control judicial. En este sentido, se exploraron tres ideas: por un lado, la concepción sobre

Fecha de recepción: 11 de noviembre de 2017.

Fecha de aceptación: 10 de junio de 2018.

* Para citar este artículo: Solanes Mullor, J. (julio-diciembre, 2018). Organismos reguladores independientes y control judicial en España: un rompecabezas difícil de solucionar. *Revista Diálogos de Saberes*, (49), 155-178. Universidad Libre (Bogotá). DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.49.2018.5252>.

Este artículo es fruto de la ponencia presentada por el autor en el I Congreso Internacional de Derecho Administrativo: Conmemoración de los 200 Años del Consejo de Estado Colombiano, que tuvo lugar en la Universidad Libre (Bogotá) los días 18 y 19 de octubre de 2017. Quiero agradecer al decano, Carlos Arturo Hernández Díaz, así como a todo el equipo de Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia, en especial a Sandra Vera Gómez y Claudia Patricia Alvarado Bedoya, cuya mediación fue indispensable para acudir al congreso y dar a luz este documento.

** Doctor en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra (2014). Realizó un Master of Laws (LL.M.) en Harvard Law School (2009). Es licenciado en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, con Premio Extraordinario Fin de Estudios (2004). En 2004 fue colaborador en la Universidad de Talca (Chile). Posteriormente, en 2005-2006, trabajó como abogado en el Departamento de Derecho Administrativo de Clifford Chance LLP, en las oficinas de Barcelona y Madrid. En 2007 se incorporó al Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra y ejerció docencia e investigación en calidad de profesor ayudante y visitante hasta 2015. En 2016 fue investigador doctor contratado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento (Italia). Desde abril de 2017 es profesor lector del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra. Correo electrónico: joan.solanes@upf.edu. Identificador ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7904-2662>.

la naturaleza de los organismos reguladores independientes; por el otro, el entendimiento de la doctrina de la separación de poderes, y finalmente, permeando las otras dos ideas, el pensamiento jurídico predominante en el ordenamiento en cuestión. Así, se pretendió mostrar cómo estas tres ideas se han planteado en tres escenarios distintos (Estados Unidos, la Unión Europea y España) y, por tanto, han circulado a través de diversos ordenamientos jurídicos.

Palabras clave: Estado regulador, agencificación, organismos reguladores independientes, control judicial.

Abstract

During the 1990s, a genuine “fever” that has spread the concepts of the State as a regulator in Europe and has initiated a process of ‘agencification’ -or the creation of agencies- arose and its effect has survived and become part of our daily life. This article focused its attention on the study of this recent phenomenon, especially on independent, sector regulatory agencies, setting aside regulatory institutions that operate in the financial and securities markets that oversee competition, to focus on the difficulties that these institutions pose to the judicial control. In this regard, three ideas were explored: on the one hand, the nature of independent regulatory agencies; on the other hand, the understanding of the doctrine of the separation of powers, and finally, permeating the previous two, the predominant legal mindset in the structuring in question. Thus, this article intends to show how these three ideas have been raised in three different scenarios (the United States, the European Union, and Spain) and, how they have circulated through various legal systems.

Keywords: Regulatory State, agencification, independent regulatory agencies, judicial control.

Introducción: tres ideas y escenarios interconectados relevantes para el control judicial de los organismos reguladores independientes

El Estado regulador y su apuesta institucional, los organismos reguladores independientes, constituyen un fenómeno reciente en Europa y con más trayectoria en Estados Unidos¹. Si bien

Europa ya había experimentado este tipo de administración en materia financiera, de mercado de valores y derecho de la competencia², la eclosión de organismos reguladores independientes encargados de la supervisión y gestión

¹ Estados Unidos configuró su primer organismo regulador independiente sectorial en 1887, con la creación de la *Interstate Commerce Commission* (ICC), para después apostar por esta solución institucional en el *New Deal* en los años 1930-1940. En cambio, en Europa, los organismos reguladores

independientes sectoriales eclosionaron a finales del siglo XX, para afianzarse en las dos primeras décadas del siglo XXI (Majone, 1996b, pp. 49-59).

² Es el caso de España, que se dotó de instituciones de supervisión financiera y de la competencia en la década de los 80. El Banco de España (BE) se creó mediante la Ley 30/1980, del 21 de junio; la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), mediante la Ley 26/1988, del 29 de julio, y los ya extintos Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), mediante la Ley 16/1989, del 17 de julio.

de sectores económicos y sociales concretos, como la energía, las telecomunicaciones, el agua, el transporte o el medioambiente, se produjo a partir de los 90 (Thatcher, 2002, pp. 126-129). Esa década constituye el punto de partida de una auténtica “fiebre” que ha diseminado los conceptos del Estado regulador en Europa y ha iniciado el proceso de agencificación —creación de agencias—, que se prolonga hasta nuestros días³. Este artículo focaliza su atención en el estudio de este fenómeno reciente, centrándose en los organismos reguladores independientes sectoriales y dejando de lado, por tanto, las instituciones reguladoras que operan en los mercados financieros y de valores y que supervisan la competencia. Estas últimas se encuentran más asentadas en los ordenamientos jurídicos europeos y no resultan tan novedosas en el panorama institucional nacional. Asimismo, la doctrina las ha diferenciado de los organismos reguladores independientes sectoriales a pesar de pertenecer a una misma familia conceptual.

Más concretamente, se mostrarán las dificultades que estas instituciones plantean para el control judicial. Los organismos reguladores independientes se caracterizan por ostentar, en mayor o menor grado, autonomía frente al resto de poderes del Estado, respecto tanto del legislativo como del ejecutivo y el judicial⁴. Esta autonomía, juntamente con el ejercicio de poderes públicos —en la mayoría de los casos de naturaleza ejecutiva, pero también

normativa⁵—, acarrea que su control sea determinante. El control judicial es uno entre muchos en el marco ya popularizado del “control múltiple” de los organismos reguladores independientes⁶, pero su relevancia es indudable.

Precisamente, el lugar que ocupa el control judicial en este marco de “control múltiple” dependerá de tres ideas entrelazadas. Por un lado, de la concepción sobre la naturaleza de los organismos reguladores independientes; por el otro, del entendimiento de la doctrina de la separación de poderes, y finalmente, permeando las otras dos ideas, del pensamiento jurídico predominante en el ordenamiento en cuestión⁷. Este artículo explora estas tres ideas y concluye que deben tenerse en cuenta para concretar y, sobre todo, afinar el control judicial de los organismos reguladores independientes.

³ Tomo prestado el término *fiebre* de Pollit, Bathgate, Caulfield, Smulen y Talbot (2001, p. 271).

⁴ La autonomía se consigue a través de múltiples técnicas, *inter alia*: personalidad jurídica propia, cese tasado de los vocales y directores, personal propio y autonomía financiera y presupuestaria (Solanes Mullor, 2016, pp. 95-100).

⁵ Por *poder ejecutivo* se entiende la capacidad para aprobar actos administrativos vinculantes para las partes en casos concretos (*adjudicative power*), y por *poder normativo* se entiende la capacidad para aprobar normas de alcance general (*rulemaking power*). En muchas ocasiones, los organismos reguladores independientes poseen poderes de arbitraje en el sector objeto de regulación y, en algunos casos, como muestra la experiencia norteamericana, atesoran poderes cuasijudiciales.

⁶ Giandomenico Majone (1997a) popularizó esta expresión (pp. 4-6).

⁷ Me refiero a la noción de *legal thought or consciousness* de Duncan Kennedy (2006): “una forma particular de pensamiento que caracteriza la profesión jurídica como un grupo social en un momento determinado de la historia. La principal particularidad de este pensamiento es que contiene un elevado número de normas, argumentos, teorías e información sobre el funcionamiento institucional del proceso jurídico y una constelación de ideales y objetivos vivos de la profesión en un momento histórico determinado” (p. 27).

Asimismo, se pretende mostrar cómo estas tres ideas se han planteado en tres escenarios distintos y, por tanto, han circulado a través de varios ordenamientos jurídicos. El desglose de estas tres ideas en esos tres escenarios configura la estructura de este texto. El primer escenario lo constituye Estados Unidos, que es el ordenamiento con más experiencia en materia de Estado regulador y de organismos reguladores independientes. El segundo nos sitúa en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, que constituye la puerta de entrada a Europa, a partir de los años 90, de los organismos reguladores independientes sectoriales. El tercer escenario es España, como ejemplo de un Estado miembro de la Unión Europea que ha tenido problemas para acomodar las nuevas ideas que sustentan el Estado regulador. Estos tres escenarios, con su plasmación de las tres ideas antes indicadas, se encuentran entrelazados: la influencia de la experiencia norteamericana fue decisiva para moldear las ideas que penetraron en el derecho de la Unión Europea a partir de los 90, y, al mismo tiempo, el derecho de la Unión Europea, imbuido por la experiencia del otro lado del Atlántico, condicionó el desarrollo de los organismos reguladores independientes en los Estados miembros, como España. El artículo aporta algunas conclusiones a modo de cierre sobre el papel del control judicial a la luz de las tres ideas desglosadas y de la circulación de estas entre los tres escenarios.

Estados Unidos y la génesis del Estado regulador: el control judicial débil de las *agencies*

La tensión entre democracia y tecnocracia ha sido una constante en la tradición admi-

nistrativa norteamericana (Shapiro, 1983, pp. 1495-1497). Esta tensión también ha sido visible en el debate sobre la naturaleza de los organismos reguladores independientes en Estados Unidos. La necesidad de asegurar la presencia de conocimientos técnicos en la toma de decisiones administrativas estuvo presente en los debates que crearon la *Interstate Commerce Commission* (ICC) en 1887, la primera *independent agency* en Estados Unidos, pero su razón de ser era evitar el partidismo político y no aislar el conocimiento técnico de la política (Woll, 1977, pp. 44-45). La ICC nació con el objetivo claro de regular el transporte ferroviario y de hacer contrapeso a las poderosas empresas del sector y, por tanto, fue una institución vicarial al servicio de objetivos políticos. Era un ensayo institucional que buscaba separar la institución del control de los partidos políticos, pero no de la política en mayúsculas.

Esta naturaleza política no se perdió en el *New Deal*, momento de creación de la mayoría de los organismos reguladores independientes en Estados Unidos. Sin duda alguna, la tecnocracia llegó a su punto álgido en los años 1930-1940 (Shapiro, 1983, pp. 1495-1497), pero las coordenadas históricas de esa época muestran el abandono del *laissez-faire* y la apuesta por la intervención del Estado en la economía. Las *agencies*, por tanto, no se desconectaron de la política (Hamilton, 1957, pp. 49-50; Shapiro, 1996, pp. 8-9). El Estado regulador y su aparato institucional —con las *independent* y *executive agencies* como baluartes— asumieron la tarea de supervisión de los mercados y programas de redistribución de la riqueza y de asistencia social, y en definitiva, se cambió la naturaleza del Estado, que hasta ese

momento había optado por un papel pasivo en la regulación económica y social de los Estados Unidos (Sunstein, 1990, pp. 18-24). Si bien la tecnocracia gozaba de buena salud en el *New Deal*, esta se puso al servicio de *agencias*, de nuevo vicariales, que, siguiendo la experiencia de la ICC, perseguían evitar el partidismo con su estatus de independencia, pero tomaban decisiones políticas y en ningún caso neutrales. La naturaleza política de los organismos reguladores independientes apareció con toda su crudeza en la era pos *New Deal*, momento en el que la confianza en la tecnocracia se perdió (Shapiro, 1983, pp. 1497-1500). En la era pos *New Deal*, por tanto, se ha reforzado, aunque siempre estuvo allí, la naturaleza política de los organismos reguladores independientes.

Esta nueva institución que eclosiona en el *New Deal* tenía que encontrar su sitio en el entramado institucional de Estados Unidos. Es aquí donde la versión dinámica de la separación de poderes ayudó en su acomodo. Ya desde su inicio, el constitucionalismo norteamericano ha ido desarrollando una doctrina maleable, atenta a los cambios históricos, que enfatiza el control mutuo entre los distintos poderes y el equilibrio institucional como mecanismos para evitar el abuso y la concentración del poder (Hamilton & Madison, 1788). Es una doctrina alejada de la versión más estática, que se sustenta en una separación rígida de funciones entre poderes y que no permite el trasvase de funciones entre ellos, una doctrina acuñada en el seno del constitucionalismo francés revolucionario⁸. La expresión *checks and balances*, habitualmente utilizada entre

la doctrina norteamericana en detrimento de la expresión *separación de poderes*, nos revela esta versión más dinámica y evolutiva predominante en Estados Unidos.

El acomodo, por tanto, de los organismos reguladores independientes no fue difícil en Estados Unidos. El *New Deal* comportó la irrupción de una nueva concepción del Estado en la que el equilibrio institucional tenía que recomponerse, y se vislumbró a las *agencias* como las instituciones idóneas para asumir las nuevas tareas de intervención en la economía. El poder legislativo no podía tomar las riendas de la acción del Estado, ya sea por falta de conocimientos técnicos (Dunn, 1914, pp. 205-206; Fainsod, 1940, p. 313; McCarthy, 1912, p. 178), por su inoperatividad diaria, puesto que no poseía estructuras administrativas permanentes que permitieran una supervisión continua de las tareas reguladoras (Jenks, 1910, pp. 103-104), o por su incapacidad —debido a la lentitud y rigidez del proceso legislativo— para adaptarse a los cambios vertiginosos que exigía la regulación de los mercados (Young, 1915, pp. 170-171). El poder ejecutivo tampoco podía, sobre todo por la intrusión del partidismo en la toma de decisiones (Cushman, 1937, pp. 10-11) y por su falta de conocimientos técnicos (Fainsod, 1940, p. 313). Finalmente, el poder judicial, que antaño había sido el protagonista en las tareas reguladoras a través del *common law*, no estaba capacitado para liderar el cambio, de nuevo por falta de conocimientos técnicos, pero también por la lentitud del proceso judicial y las limitaciones del método del caso por caso (Landis, 1966, pp. 31-34; Sunstein, 1990, pp. 18-24). Las ventajas institucionales de las *agencias* se impusieron en el contexto de las nuevas exigencias que

⁸ Para una reconstrucción de la versión estática de la separación de poderes en el constitucionalismo revolucionario francés, véase Vile (1998, pp. 193-233).

trajo consigo el pensamiento del *New Deal*: su autonomía garantizaba el respeto de los conocimientos técnicos necesarios en la regulación de los mercados, puesto que su personal y sus dirigentes eran seleccionados en función de su experiencia (Cushman, 1937, pp. 10-11; McCarthy, 1912, p. 178; Young, 1915, pp. 170-171), así como evitaba la intrusión del partidismo (Cushman, 1937, pp. 10-11; Young, 1915, p. 350). Gracias a esta protección, las *agencies* podían ejercer una tarea de supervisión y regulación continuada, permanente y capaz de responder rápidamente a las nuevas y cambiantes necesidades de los mercados (Doyle, 1939, p. 4; Dunn, 1914, p. 209).

Si bien la versión dinámica del principio de separación de poderes favoreció la irrupción de los organismos reguladores independientes en Estados Unidos, fue necesario buscar nuevos mecanismos de control para preservar el equilibrio institucional. Es aquí donde el pensamiento jurídico norteamericano, con un fuerte carácter antiformalista, fue determinante para relegar el control judicial a un segundo plano. El antiformalismo jurídico se define en oposición al formalismo, enfatiza el carácter indeterminado del derecho, sus lagunas y su falta de completitud como ciencia autónoma y lo conecta con la política y otras ciencias sociales⁹. En pocas palabras, el antiformalismo

revela las debilidades del derecho y que la labor del juez y de la ciencia jurídica no puede predicarse como neutral y separada de criterios valorativos y políticos (Kennedy, 1997, pp. 23-38). El derecho administrativo norteamericano nació, precisamente, en el momento álgido del antiformalismo jurídico en Estados Unidos, es decir, cuando el realismo jurídico permeó a los juristas del *New Deal* (Horwitz, 1992, pp. 213-246). Si bien el derecho constitucional norteamericano, con más trayectoria, tampoco escapó del realismo jurídico y asumió un control de constitucionalidad de las leyes más deferente¹⁰, la construcción doctrinal del derecho administrativo norteamericano se

dico (con la eclosión de diferentes escuelas, como la escuela del proceso legal, *legal process school*, el análisis económico del derecho, *law and economics*, y la escuela crítica del derecho, *critical legal studies*) conectó el derecho con otras ciencias sociales, como la ciencia política, la economía o las ciencias del comportamiento (Kennedy, 2001, pp. 8634-8637).

¹⁰ Hasta el *New Deal*, el Tribunal Supremo norteamericano, en la denominada “*Lochner era*” (1905-1934), llegó a declarar inconstitucionales unas doscientas leyes, sobre todo sobre la base de la cláusula del debido proceso en su versión sustantiva (*substantive due process*) (Stone, Seidman, Sunstein, Tushnet y Karlan, 2005, p. 755). La nueva realidad económica y social del *New Deal*, así como los nuevos postulados del realismo jurídico, comportaron un viraje del Tribunal Supremo, que a partir de 1937 asumió un test de control de constitucionalidad de las leyes deferente: el *rational basis test* (formulado por primera vez en *West Coast Hotel, CO. vs. Parish*, 300 U. S. 379 [1937]). Este test es sobre todo aplicable a las decisiones que toma el legislativo en materia económica y solamente exige que haya una razón lógica entre la medida adoptada y la finalidad que se persigue. Solamente cuando estén en juego determinados derechos y libertades fundamentales el Tribunal Supremo asume estándares más estrictos que endurecen el control (*strict and intermediate scrutiny*).

⁹ El antiformalismo jurídico es una respuesta heterogénea liderada por el derecho norteamericano que se opone al formalismo jurídico. Se cuestiona, especialmente, el énfasis del formalismo jurídico en la neutralidad, la naturaleza científica y la autonomía del derecho. Conforman el antiformalismo, antes de la Segunda Guerra Mundial, la escuela progresista (*progressive school*, en 1890-1920) y el realismo jurídico (*legal realism*, en 1920-1930). Después de la Segunda Guerra Mundial, el posrealismo jurí-

vio incluso más condicionada por el realismo jurídico y los postulados antiformalistas que ya acompañaron para siempre al pensamiento jurídico norteamericano.

En efecto, el poder judicial no solamente no estaba capacitado para asumir las tareas reguladoras en el nuevo papel del Estado en la economía y la sociedad, sino que tampoco podía asumir el control del nuevo aparato institucional surgido del *New Deal* (Fainsod, 1940, pp. 315-316). La confusión entre derecho y política, la pérdida de la autonomía del derecho y la neutralidad de la función jurisdiccional, que ahora ya no se vislumbraba muy diferente de la función legislativa, suponían una intromisión del poder judicial en la discrecionalidad política —o técnica, en función de la perspectiva que se adoptase— de los otros poderes, incluidas las *agencias*. El derecho administrativo norteamericano se moldeó, ya desde sus orígenes, bajo la idea de deferencia hacia las decisiones de los otros poderes y fue muy consciente desde el primer momento de las debilidades del derecho y del juez como mecanismos de control de los organismos reguladores independientes.

Ahora bien, deferencia no quiere decir abdicación del control judicial. A lo largo de los años, desde postulados antiformalistas que sitúan la deferencia como punto de partida, el poder judicial norteamericano ha ido elaborando sofisticadas técnicas que la disciplinan. La clásica distinción entre el control de los hechos que apoyan la decisión, la interpretación del derecho que lleva a cabo la administración pública y las decisiones discrecionales —*policies*— ha permitido confeccionar diferentes técnicas que moldean

y acotan la deferencia¹¹. El antiformalismo jurídico no permite un control judicial intenso o, en otras palabras, que se centre en la sustancia de las decisiones de los otros poderes, ya se consideren aquellas de naturaleza política o técnica, pero sí permite un control de muchos otros elementos, que podrían definirse como periféricos o que rodean a la decisión de una *agency* —como la existencia o no de motivación en la decisión, la valoración y evaluación de todas las alternativas posibles, la competencia para tomar la decisión, la existencia y el

¹¹ En cuanto al control de los hechos, el test aplicable es el denominado *substantial evidence review* (se exige la existencia de hechos que “una mente razonable aceptaría como adecuados para apoyar una conclusión”), sintetizado en el caso *Universal Camera (Universal Camera Corp. vs. National Labor Relations Board)*, 340 U. S. 474 [1951] y positivizado en el *Administrative Procedure Act* de 1946 (APA).

En cuanto al control de la interpretación del derecho por parte de la administración pública, los test se han ido sucediendo a lo largo del tiempo. Desde la deferencia anunciada en *Hearst (National Labor Relations Board vs. Hearst Publications, Inc.)*, 322 U. S. 111 [1944], sin muchos criterios para acotarla, pasando por la *Skidmore deference*, basada en varios criterios y determinable caso por caso (*Skidmore vs. Swift & Co.*, 323 U. S. 134 [1944]), hasta llegar a la *Chevron deference*, basada más en la voluntad de delegación del poder de interpretación a la administración por parte del legislador (*Chevron U. S. A. vs. National Resources Defense Council, Inc.*, 467 U. S. 837 [1984]), y los casos posteriores que la perfilan y acotan (era pos-*Chevron*). Para un recorrido sobre la discusión sobre *Chevron* y la era pos-*Chevron*, véase Solanes Mullor (2010).

En cuanto al control de las decisiones discrecionales —*policies*—, cabe destacar el *arbitrary and capricious review*, muy limitado en su capacidad de control, sintetizado en 1971 en *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. vs. Volpe*, 401 U. S. 402 (1971), y ya en 1983 un control más estricto o intenso, sin dejar de ser periférico, como es la *hard look doctrine*, sintetizada en *Motor Vehicle Manufacturers' Association vs. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U. S. 29 (1983).

cumplimiento del proceso administrativo o la concurrencia de una base fáctica suficiente que sustente la acción administrativa—. El derecho administrativo norteamericano ha contribuido, desde postulados antiformalistas y asumiendo el control judicial débil como punto de partida, a definir el concepto de *deferencia* y a situarla en su debido contexto.

Si bien los postulados antiformalistas relegaron a un segundo plano el control judicial de los organismos reguladores independientes, el reequilibrio institucional necesario vino por otros cauces. El entendimiento de los organismos reguladores independientes como instituciones políticas que toman decisiones discrecionales comportó un reequilibrio basado en tres factores: en primer lugar, el fortalecimiento del poder legislativo como órgano de control de la *agency* a través de las comisiones y subcomisiones, la definición de su presupuesto y sus recursos, la introducción del derecho de veto sobre sus decisiones o la obligación de presentarle informes periódicos (Solanes Mullor, 2016, pp. 64-65); en segundo lugar, un afianzamiento del poder ejecutivo, al que se le dota de mayores poderes de coordinación sobre todas las *agencies* —incluidas las *independent agencies*, no solamente las *executive agencies*, estas últimas siempre más cercanas al ejecutivo y menos autónomas—, para así mantener la coherencia, integridad y transversalidad de la función ejecutiva (pp. 65-66), y finalmente, el nuevo papel protagonista del procedimiento administrativo, que permite la participación de todos los intereses en juego en la toma de las decisiones y asegura la transparencia, que se traigan a colación y valoren todas las alternativas y que se recoja, explique y tenga en cuenta la información y argumentación necesarias que sustenten la acción administrativa (pp. 66-67).

En definitiva, la naturaleza política de los organismos reguladores independientes conllevó en Estados Unidos el fortalecimiento de los controles políticos, en manos del legislativo y ejecutivo, así como la supervisión ciudadana y de los interesados en la acción administrativa. El poder judicial, incapaz institucionalmente de ejercer las tareas reguladoras en manos de las *agencies*, tampoco pudo asumir, por la debilidad que acarrea el pensamiento jurídico antiformalista, una tarea de control central y se situó en una posición deferente, aunque, como hemos visto, sin renunciar a dibujar sus contornos y a disciplinarla.

La Unión Europea y el proceso de agencificación en Europa: la influencia de la experiencia norteamericana

En las décadas de 1990 y del 2000, el Estado regulador y su aparato institucional se convirtieron en protagonistas del derecho de la Unión Europea¹². Este protagonismo se desplegó en dos niveles. Por un lado, la Unión Europea se dotó de *agencias* —en adelante, *agencias de la Unión, EU agencies*— como mecanismo de gobernanza que se convirtió en un actor más del entramado institucional de la Unión¹³, a pesar de que el derecho originario de esta

¹² La crisis económica de los 70, los costes del estado del bienestar desplegado en los 60 y 70 a nivel nacional, juntamente con las competencias crecientes de la Unión Europea y su falta de poderes tributarios, llevaron a la introducción de las teorías del Estado regulador y su aparato institucional —incluyendo a las *agencias*—, que ya habían sido testadas en Estados Unidos (Majone, 1996b, pp. 55-59).

¹³ Para obtener una imagen de las *agencias de la Unión* actualmente existentes, véase la página oficial de la

no contemplara este tipo de instituciones antes del Tratado de Lisboa¹⁴. Por el otro, la Unión Europea impulsó la configuración de organismos reguladores independientes a nivel nacional en varios sectores económicos a través del derecho derivado de la Unión¹⁵. Muchos Estados miembros carecían de experiencia en materia de organismos reguladores independientes sectoriales, más allá de la configuración de autoridades de supervisión en materia financiera, de valores y de la competencia (Thatcher, 2002, pp. 126-129). La Unión Europea, por tanto, se convirtió en un catalizador de las agencias y se constituyó en el motor del proceso de agencificación en Europa. En esta eclosión tuvo mucha influencia la doctrina europea del momento. En las décadas de 1990 y del 2000 se sucedieron los trabajos doctrinales a favor del proceso de agencificación en

Europa, los proyectos de investigación sobre su potencialidad y beneficios y el asesoramiento-consultoría a las instituciones europeas en la materia, y, sobre todo, el Instituto Universitario Europeo de Florencia se convirtió en un polo de investigación e impulso de las agencias en Europa¹⁶. El proceso de agencificación en Europa fue un ejemplo de alianza entre las instituciones europeas, necesitadas de nuevos mecanismos de gobernanza que solventaran los déficits institucionales de la Unión, y la doctrina, que se encargó de surtir ideas y propuestas para avanzar en esa dirección. No resulta extraño que fuera a través de la doctrina que la experiencia norteamericana influyera en el proceso de agencificación en Europa. En efecto, los académicos que se centraron en el análisis de las agencias en Europa, especialmente aquellos que estudiaron las agencias de la Unión, tenían estrechos lazos con la experiencia norteamericana¹⁷.

Unión Europea: www.europa.eu/european-union/about-eu/agencies_en.

¹⁴ Tras la reforma del Tratado de Lisboa de 2007, tanto el Tratado de la Unión Europea como el de Funcionamiento de la Unión han recogido las expresiones *bodies*, *offices* y *agencies* como una realidad institucional a lo largo de todo su articulado. En la versión castellana de los tratados, se traducen como “órganos y organismos” de la Unión.

¹⁵ Véanse los sectores de la energía (artículo 35.4 de la Directiva 2009/72/CE y artículo 39.4 de la Directiva 2009/73/CE), de las telecomunicaciones (artículo 3 bis y artículos 6-12 de la Directiva 2002/21/CE, introducidos por la Directiva 2009/140/CE), ferroviario (artículos 55-57 de la Directiva 2012/34/UE), de servicios audiovisuales (artículo 30 de la Directiva 2010/13/UE), de transporte aéreo (artículo 11 de la Directiva 2009/12/EC), de las autoridades nacionales de la competencia (artículo 35 del Reglamento del Consejo CE 1/2003, aunque mayores garantías de independencia entrarán en funcionamiento una vez se apruebe la propuesta de la Comisión Com(2017) 142 Final) o de protección de datos personales (artículo 28 de la Directiva 95/46/CE, y a partir de mayo de 2018, los artículos 51-58 del Reglamento UE 2016/679).

¹⁶ Tanto políticos como juristas desarrollaron una intensa agenda investigadora en materia de agencias de la Unión. Los equipos de investigación del Instituto Universitario Europeo de Florencia y las contribuciones de Giandomenico Majone fueron especialmente relevantes para establecer los términos del debate. La doctrina posterior se ha construido sobre la base de estos cimientos.

En cuanto al papel de la consultoría, se destaca sobre todo el informe *The Role of Specialised Agencies in Decentralising EU Governance*, enviado a la Comisión Europea en 1999. El informe fue elaborado y firmado por Giandomenico Majone, Michelle Everson, Les Metcalfe y Adriaan Schout. Respecto al papel determinante del Instituto Universitario Europeo de Florencia, véase Kreher (1996, pp. 1-4).

¹⁷ Entre los estudiosos de las agencias de la Unión, se destacan en sus currículos estudios realizados en Estados Unidos —posgrados y doctorados—, estancias de investigación o impartición de cursos y cargos docentes en instituciones norteamericanas (Solanes Mullor, 2016, pp. 105-106).

En todo momento, la concepción doctrinal norteamericana sobre el Estado regulador y su aparato institucional fue una referencia en el debate europeo en las décadas de 1990 y del 2000.

Pese a esta influencia, en Europa ha predominado la visión tecnocrática del Estado regulador y las agencias se han convertido en una armadura que protege el conocimiento técnico en la toma de las decisiones. La autonomía o independencia de los organismos reguladores independientes 1) permite su aislamiento de la política para, de esta manera, asegurar la credibilidad y estabilidad de la regulación de los mercados, cuyos objetivos deben fijarse a largo plazo y no estar sujetos a los vaivenes de los ciclos electorales (Krapohl, 2004, pp. 523-525; Majone, 2001, pp. 61-67; Wonka & Rittberger, 2010, pp. 734-736); 2) garantiza la adecuada expresión de la técnica y la ciencia en la toma de las decisiones, una necesidad a la hora de afrontar una regulación muy compleja desde el punto de vista técnico (Magnette, 2005, pp. 3-23); 3) posibilita la concentración de poderes para una rápida resolución de las necesidades cambiantes de los mercados (Majone, 1999, pp. 5-9; Schneider, 2009, p. 30; Thatcher & Stone Sweet, 2002, p. 4), y, finalmente, 4) asegura la credibilidad de la información para poder regular los mercados a través de la “información” (Eberlein & Grande, 2005, p. 101; Majone, 1997b, pp. 262-275). Todo ello enfatiza la naturaleza tecnocrática de los organismos reguladores independientes, que se caracterizan como auténticas instituciones contramayoritarias. Esta concepción ha sido asumida por las instituciones europeas, especialmente por la Comisión Europea, que, desde sus primeras formulaciones sobre

el tipo de agencia necesario para la Unión, siempre enfatizó su carácter tecnocrático y la imposibilidad de ejercer discrecionalidad política (European Commission, 2001, 2002, 2005, 2008).

Esta concepción contrasta con la experiencia norteamericana, cuyo énfasis en la tecnocracia ha sido, incluso en el *New Deal*, mucho menor. La concepción política de los organismos reguladores independientes en Estados Unidos ha sido predominante, si bien el papel de la técnica y la ciencia también lo ha sido. Esta deriva europea hacia la tecnocracia debe entenderse en las diferentes coordenadas históricas en las que el Estado regulador se implanta en los dos lados del Atlántico. En el caso norteamericano, el *New Deal* comportó una mayor intervención del Estado en la economía y la sociedad: la eclosión de las agencias implicó un fortalecimiento del Estado que hasta ese momento tenía un aparato institucional débil. Las nuevas políticas económicas y los nuevos programas sociales, así como el impulso de nuevas prioridades políticas, catapultaron a las agencias como catalizadoras de un nuevo orden social y económico según el cual la ciencia era relevante, pero el impulso y el cambio político también. Por el contrario, el proceso de agencificación europeo se inició en las décadas de 1990 y del 2000, en un momento en el que el Estado europeo social keynesiano de posguerra entró en crisis, Europa apostaba por políticas de desregulación y privatizaciones y lo público perdía terreno respecto a lo privado y al mercado (Majone, 1996b, pp. 49-59). El proceso de agencificación europeo es un factor más del cambio de época en Europa, contrariamente al *New Deal*, a través del cual el continente no quiere ganar más músculo

estatal sino todo lo contrario, adelgazarse y dejar paso a la iniciativa privada. Las agencias, que son las encargadas de regular mercados privatizados y abiertos a la competencia, donde antes existían monopolios y empresas públicas, son el arquetipo de este cambio de ciclo en Europa, y es precisamente en el desvalor de lo público y la política donde la tecnocracia se erige como un estandarte y un valor en alza en el nuevo paradigma europeo.

Si bien en la concepción de los organismos reguladores independientes divergen las experiencias norteamericana y europea, no sucede lo mismo en cuanto al principio de separación de poderes. En el seno del derecho de la Unión Europea, el principio de “equilibrio institucional” (*institutional balance*), establecido desde el primer momento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (Jacqué, 2004, pp. 384-386), no difiere de manera significativa del *checks and balances* norteamericano. El elemento central es también aquí el control mutuo de las instituciones, en este caso de las europeas, asegurar el equilibrio entre ellas establecido en los tratados y evitar, así, el abuso del poder. Aunque las agencias de la Unión Europea no estuvieran explícitamente previstas en los tratados, el principio de equilibrio institucional fue suficientemente dinámico y evolutivo, abierto al cambio, para permitir su irrupción como nuevos actores relevantes en el panorama institucional de la Unión. Por tanto, al igual que en Estados Unidos, el principio dinámico de separación de poderes permitió redistribuir funciones entre las instituciones europeas y, especialmente, delegar poderes a las agencias de la Unión, siempre que el equilibrio institucional no se rompiera. Para ello, el TJUE determinó una serie de limitaciones a

la hora de delegar poderes a las agencias de la Unión: se trata de la famosa doctrina *Meroni*, después reafirmada y complementada en los casos *Romano* y *Short Selling*¹⁸.

Más allá de las limitaciones en la delegación de poderes a las agencias de la Unión para preservar el equilibrio institucional, de nuevo con la aparición de nuevos actores, fue necesario encontrar nuevos mecanismos de control. La búsqueda de estos mecanismos estuvo condicionada por la deriva tecnocrática del proceso de agencificación en Europa. Contrariamente a Estados Unidos, cuya concepción política de las agencias conllevó el fortalecimiento de controles también de naturaleza política —el legislativo y el ejecutivo, además del procedimiento administrativo—, la deriva tecnocrática en Europa descartó la posibilidad de apostar por un mayor protagonismo del Parlamento Europeo e, incluso, de la Comisión¹⁹. Más bien, se puso énfasis en mecanismos de control procedimental, sobre todo en el proceso

¹⁸ Véase los casos 9/56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgische, SpA vs. High Authority of the European Coal and Steel Community*, ECLI:EU:C:1958:7; 98/80, *Giuseppe Romano vs. Institut National d'Assurance Maladie-Invalidité*, ECLI:EU:C:1981:104, y 270/12, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. European Parliament and Council of the European Union*, ECLI:EU:C:2014:18. Esta tríada de casos establece que la delegación de poderes a las agencias de la Unión debe ser expresa, precisa, y que no puede implicar poderes discrecionales; los poderes delegados deben pertenecer al delegante y este debe poder controlarlos.

¹⁹ La Comisión y sus poderes de control han sido más estudiados especialmente por la ciencia política europea. Sin embargo, la Comisión, a diferencia del Parlamento, ha sido considerada más bien un órgano tecnocrático y, en ese sentido, se la ha llegado a calificar como un organismo regulador independiente en sí mismo (Majone, 1996a, pp. 61-83).

administrativo de toma de decisiones de las agencias de la Unión (Chiti, 2000, pp. 331-341; Dehousse, 1998, p. 617; Majone, 1998, pp. 20-22), y en su control a través de la inserción en redes profesionales (*professional networks*) (Harlow & Rawlings, 2007, pp. 542-562). El reequilibrio institucional, por tanto, al partir de una concepción tecnocrática en el seno de la Unión, se configuró de manera distinta a Estados Unidos.

En esta búsqueda de nuevos mecanismos de control de las agencias de la Unión, el papel del control judicial, al igual que en el caso norteamericano, quedó relegado a un segundo plano. El pensamiento jurídico antiformalista, predominante en el derecho de la Unión, ha sido determinante para apartar de los focos el control judicial. Los postulados antiformalistas se vislumbran en los principales académicos que se han ocupado del denominado “derecho administrativo de la Unión”. En primer lugar, se adoptan las mismas categorías conceptuales del derecho administrativo norteamericano —control de los hechos, de la interpretación del derecho y de las decisiones discrecionales²⁰—, y en segundo lugar, el grado de deferencia del TJUE hacia las decisiones de las instituciones europeas se convierte en la referencia objeto de estudio (Craig, 2012, pp. 405-409; Hofmann et al., 2011, pp. 491-505; Schwarze, 1992, pp. 296-497; Shapiro, 2002, pp. 94-103). A diferencia de Estados Unidos, los estudiosos del derecho administrativo de la Unión incorporan el principio de proporcionalidad como mecanismo estelar en manos del TJUE

para calibrar —aumentar o disminuir— el grado de deferencia a adoptar (Craig, 2012, pp. 590-593). Pero también se encuentran los postulados antiformalistas en los estudiosos de las agencias de la Unión, que asimismo han centrado su análisis en el grado de deferencia judicial adecuado al que deben sujetarse sus decisiones (Busuioc, 2010, pp. 189-191; Curtin, 2005, pp. 88-120; Geradin, 2005, pp. 215-246; Yatanagas, 2001, pp. 49-52). El TJUE ha sido sensible a estos postulados y ha reconocido la naturaleza técnica y experta de las agencias de la Unión, hecho que lo lleva a una posición deferente como punto de partida y con la única posibilidad de controlar cuestiones periféricas a la decisión de la agencia —la calidad del razonamiento y su consistencia o el buen funcionamiento interno del proceso de decisión—²¹.

Cabe destacar que, si bien el resultado final es parecido en ambos lados del Atlántico, la premisa es distinta: el pensamiento jurídico antiformalista determina el control judicial débil y deferente, sin embargo, en el caso norteamericano, la deferencia se proyecta hacia decisiones políticas, mientras que, en el caso de la Unión, respecto a la tecnocracia. De cualquier manera, el poder judicial da un paso atrás, bien para evitar entrometerse en política o bien en decisiones técnicas. La concepción política o tecnocrática de los organismos reguladores independientes se revela determinante para buscar otros mecanismos de

²⁰ Paul Craig (2012) utiliza la distinción entre *facts, law* y *discretion* (pp. 400-406). Por su parte, Herwig Hofmann, Gerard Rowe y Alexander Türk (2011) distinguen entre el control de los hechos y las cuestiones de derecho (p. 497).

²¹ Véase, *inter alia*, los casos T-74/00, *Artogodan GMBH y otros vs. Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:2002:283, y T-326/99, *Nancy Fern Olivieri vs. Commission of the European Communities and European Agency for the Evaluation of Medicinal Products*, ECLI:EU:T:2003:351.

control —más o menos alejados de los órganos políticos—, pero no para el control judicial, que siempre se mantiene en una frecuencia de baja intensidad debido, sobre todo, al pensamiento jurídico antiformalista predominante entre la doctrina norteamericana y los estudiosos del derecho de la Unión.

España, los problemas de acomodo de los organismos reguladores independientes y la desorientación del poder judicial

España constituye un claro ejemplo en el que el derecho de la Unión ha sido decisivo en la implantación de los organismos reguladores independientes. Más allá de las instituciones de supervisión de los mercados financieros, de valores y de la competencia, creadas en los años 80²², los organismos reguladores sectoriales se impulsaron en los años 90 y 2000 gracias al derecho derivado de la Unión y a su apuesta por introducirlos en diversos sectores económicos (Thatcher, 2002, pp. 126-129). Esta conexión directa entre el desarrollo a nivel nacional y el impulso desde la Unión ha conllevado la adopción de la concepción tecnocrática de las agencias en España. La deriva tecnocrática de la Unión, presente tanto a nivel doctrinal como institucional, se ha trasladado a España, cuyo legislador ha asumido la naturaleza técnica, apolítica y neutral de los organismos reguladores independientes²³. El legislador español ha tomado como referencia, y así lo

ha explicitado, el derecho de la Unión y la experiencia norteamericana en materia de Estado regulador y su aparato institucional.

Sin embargo, las agencias en España han experimentado mayores dificultades de acomodo que en Estados Unidos y la Unión Europea, debido a la mayor influencia del constitucionalismo francés revolucionario y a su concepción rígida del principio de separación de poderes (Somer, 2017, pp. 101-223). A partir de la Constitución de 1978, existe cierto consenso entre los constitucionalistas españoles sobre la concepción dinámica y evolutiva del principio de separación de poderes, y por tanto, los organismos reguladores independientes, pese a no estar expresamente previstos en la Constitución, han podido introducirse en el entramado institucional español (Gámez Mejías, 2004, p. 322; García Roca, 2000, pp. 41-47; Martín-Retortillo, 1989, p. 53; Molas, 2008, pp. 109-110; Pendás García, 2009, pp. 214-227; Solozábal Echavarría, 1981, pp. 233-234). El propio Tribunal Constitucional español (TC), pese a no elaborar una rica teoría sobre la separación de poderes, ha acogido también su versión dinámica y flexible²⁴. Pese a ello, se han alzado voces que han cuestionado la constitucionalidad de los organismos reguladores independientes, precisamente desde posiciones que enfatizan el carácter más rígido del principio de separación de poderes y entroncan con la tradición del constitucionalismo revolucionario francés (Bilbao Ubillos, 1999, pp. 172-180; García Llovet, 1993, pp. 117-118; Parada Vázquez, 1995, pp. 290-292; Rallo Lombarte, 2009, pp. 16-19). En todo caso,

²² Véase la nota 2.

²³ Véase el preámbulo de la Ley 3/2013, del 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

²⁴ Véanse las sentencias 6 de 1983, del 4 de febrero, y 166 de 1986, del 19 de diciembre.

la posición mayoritaria doctrinal y del TC, que se acerca a las ideas de *checks and balances* y equilibrio institucional —las concepciones norteamericanas y del derecho de la Unión, respectivamente—, ha facilitado la irrupción de un nuevo actor en el entramado institucional español.

Hasta aquí, todo apunta hacia un buen alineamiento entre los postulados del derecho de la Unión y la recepción de las agencias en España. Sin embargo, esta convergencia se ha visto cuestionada por el pensamiento jurídico formalista predominante en el derecho administrativo español. El antiformalismo presente en el derecho norteamericano y de la Unión permitió configurar un control judicial débil, acorde con la naturaleza política o tecnocrática de las agencias, pero sobre todo alentó la búsqueda de alternativas de control alejadas del judicial. Así, el formalismo jurídico imperante en el derecho administrativo español ha traído desorientación en el poder judicial y el subdesarrollo del resto de técnicas de control que aparecieron en los ordenamientos norteamericano y de la Unión.

En efecto, los nuevos postulados del derecho administrativo español se empezaron a erigir en los años 60 con la aportación decisiva de Eduardo García de Enterría²⁵. El nuevo derecho administrativo español, por tanto, empezó a dar sus primeros pasos frente a una administración sin legitimidad democrática e inevitablemente centró su foco en un control judicial fuerte que otorgó un papel estelar a los tribunales. El conjunto de técnicas del control judicial que se desarrollaron desde entonces revela un pensamiento jurídico centrado en el derecho,

con confianza en el papel del juez y en la aplicación de una ciencia autónoma alejada de la política y otras ciencias sociales²⁶. Es sobre todo la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados la que refleja mejor esta confianza en el derecho²⁷. Se distingue entre potestades regladas y discrecionales de la administración, pero los conceptos jurídicos indeterminados, casi siempre presentes, convierten casi toda potestad en reglada: incluso “interés general” puede reconducirse a una única solución, a través de las técnicas autónomas del derecho, que es discernible por el juez (García de Enterría, 1962, p. 172). Cuando concurre un concepto jurídico indeterminado, por tanto, no hay verdadera discrecionalidad, el resultado es uno: o concurre el “interés general” o no, y el juez está capacitado para determinar ese resultado a través del derecho sin que su intervención añada ningún elemento valorativo o político (pp. 172-173). Además, para aquellos casos en los que sí se reconozca discrecionalidad, muy reducidos como consecuencia de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, el juez dispone de poderosas herramientas para controlar la decisión de la administración²⁸.

²⁵ Véase, como primer trabajo, que será referencia para toda la elaboración doctrinal posterior, García de Enterría (1962, p. 159).

²⁶ Esta queda recogida en la evolución del derecho administrativo español, que ha perseguido reducir cada vez más el ámbito discrecional de la administración pública y fortalecer la jurisdicción contencioso-administrativa (Fernández Rodríguez, 1999, pp. 109-130).

²⁷ Para su primera formulación, véase García de Enterría (1962, pp. 171-176). Para un detallado análisis, véase Sainz Moreno (1976).

²⁸ Estas técnicas son el control de los elementos reglados que concurren en toda decisión administrativa —atribución de la potestad, su alcance, forma y procedimiento de toma de la decisión, su motivación y finalidad prevista por el legislador—, el control de los hechos determinantes y el uso de los principios generales del derecho (García de Enterría, 1962, pp. 167-180).

Esta posición formalista hegemónica fue cuestionada en los años 90. El cambio institucional, con una administración pública ya con credenciales democráticas, pero sobre todo la influencia de corrientes antiformalistas en el pensamiento jurídico, llevaron a defender el relajamiento del control judicial, a criticar la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y la intervención neutral del juez y a reconocerle a la administración una mayor discrecionalidad en su toma de decisiones (Parejo Alfonso, 1993, pp. 96-104, 1998, pp. 77-140; Sánchez Morón, 1994a, pp. 116-120, 1994b, pp. 142-162; Tornos Mas, 1996, pp. 391-398). Se puso énfasis, así, en otros mecanismos de control, como el procedimiento administrativo, la transparencia, la participación ciudadana y el control parlamentario (Parejo Alfonso, 1998, pp. 77-140; Sánchez Morón, 1991, pp. 83, 147-149). Sin embargo, la escuela formalista reaccionó con dureza ante estas iniciativas reafirmando la centralidad del derecho y las técnicas de control judicial que se habían desarrollado hasta ese momento (Fernández Rodríguez, 1999, pp. 109-120, 141-143; García de Enterría, 1995, p. 204). La única concesión a las aportaciones doctrinales antiformalistas de los años 90 fue una tímida apertura de los conceptos jurídicos indeterminados, que a partir de ese momento podían albergar “zonas de incertidumbre”, con una clara influencia de los postulados hartianos, en cuyo caso se debía reconocer una mayor discrecionalidad a la administración pública o, en términos utilizados por Eduardo García de Enterría y Tomás Rodríguez Fernández (2011, pp. 481-488), un “margen de apreciación” en la determinación del concepto. Esta concesión, sin embargo,

no llevó al abandono de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, todavía hoy central en el derecho administrativo español.

Los organismos reguladores independientes no han sido decisivos en esta pugna entre formalismo y antiformalismo en España. Las agencias han sido reconocidas como un nuevo actor en el entramado administrativo español y, en mayor o menor medida, se han diferenciado de la administración pública tradicional (Solanes Mullor, 2016, pp. 215-224). Pese a ello, a efectos del control judicial, pocos autores se han dedicado a su estudio, y, por tanto, la irrupción de las agencias no ha comportado un replanteamiento de las tradicionales técnicas formalistas de control judicial de la administración pública (pp. 270-274). Simplemente, el debate sobre este control en España ha obviado a los organismos reguladores independientes y no se han diseñado técnicas específicas para hacer frente a esta nueva realidad institucional.

Este posicionamiento de la doctrina administrativista española —predominantemente formalista y no inclusiva de las agencias como un vector de cambio en sus posiciones— ha llevado, en primer lugar, a la desorientación de los tribunales españoles. De manera consecuente con los postulados del derecho de la Unión, los tribunales españoles han reconocido que los organismos reguladores independientes presentan elementos diferenciales con la administración pública de corte clásico, especialmente debido a su carácter tecnocrático, y por ello el control judicial debe modularse (pp. 287-291). Los tribunales españoles han adoptado una posición de deferencia basada en la naturaleza técnica de las decisiones de

los organismos reguladores independientes y han desechado las técnicas de control judicial formalista en su tarea fiscalizadora (Betancor Rodríguez, 2012, pp. 554-557; Esteve Pardo, 2009, pp. 899-902; Fernández Rodríguez, 1999, pp. 61-65; Irurzún Montoro, 2009; Muñoz Machado, 2009, pp. 160-170). Sin embargo, esta actitud deferente no ha venido acompañada del desarrollo de criterios que permitan disciplinarla y acotarla, y ello se ha debido, sobre todo, a la falta de apoyo de la doctrina administrativa en el desarrollo de técnicas de control basadas en el antiformalismo jurídico. El alto porcentaje de casos fallados a favor de los organismos reguladores independientes, superior al de Estados Unidos, así como un análisis de la argumentación de los tribunales, que apunta a que la tecnicidad de las decisiones casi automáticamente comporta que el tribunal no las cuestione, da muestras de esta deferencia no acotada²⁹.

Además de esta desorientación del poder judicial, el pensamiento jurídico formalista ha impedido, en segundo lugar, un mayor desarrollo de técnicas de control alternativas

²⁹ En el periodo 1998-2014, el índice de fallos a favor de la otrora Comisión Nacional de Energía fue del 69,2% en el caso del Tribunal Supremo (última instancia) y del 83,8% en el caso de la Audiencia Nacional (primera instancia). En el mismo periodo y respecto a la otrora Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el índice de fallos a favor del organismo regulador fue del 72,4% en el caso del Tribunal Supremo (última instancia) y del 82% en el caso de la Audiencia Nacional (primera instancia). Para más detalles sobre este estudio y los argumentos utilizados por los tribunales, véase Solanes Mullor (2016, pp. 291-305). En España, las decisiones de los organismos reguladores son recurribles en primera instancia directamente ante la Audiencia Nacional, cuyas resoluciones pueden recurrirse en última instancia al Tribunal Supremo.

a la judicial. Más allá de las críticas doctrinales de los años 90, que apostaban por fortalecer el procedimiento administrativo, los avances legislativos en esta materia han sido escasos³⁰. Asimismo, debido a la fuerte concepción tecnocrática de los organismos reguladores independientes en España, no se ha apostado por los controles políticos en manos del legislativo y el ejecutivo, más allá de alguna que otra iniciativa³¹. En todo caso, incluso asumiendo una concepción más política de las agencias, el sistema parlamentario español no parece preparado para que el poder legislativo pueda asumir un mayor protagonismo en el control de los organismos reguladores

³⁰ A modo de ejemplo, cabe citar la tardía aprobación en 2013 de una normativa en materia de transparencia a nivel estatal: la Ley 19/2013, del 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Como regla general, salvaguardando las especificidades que sus normas de creación han ido estableciendo, los organismos reguladores independientes han estado sujetos a la normativa general en materia de procedimiento administrativo, actualmente recogida en la Ley 39/2015, del 1.º de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. Actualmente, los artículos 109 y 110 de la Ley 40/2015, del 1.º de octubre, de régimen jurídico del sector público, establecen una somera definición de los organismos reguladores independientes, que ahora se denominan “autoridades administrativas independientes” sin alterarse su configuración institucional tradicional, y establecen también su régimen jurídico con una referencia a su normativa de creación y al derecho administrativo general con carácter supletorio.

³¹ Cabe destacar, sobre todo a partir de la Ley 2/2011, del 4 de marzo, de economía sostenible, una mayor influencia del poder legislativo en el nombramiento de los miembros de los organismos reguladores, la obligación de remitirle informes periódicos y comparecencias obligatorias. La Ley 3/2013, del 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, ha consolidado estos avances (véanse sus artículos 15 y 39).

independientes. El hecho de carecer de un sistema de comités y subcomités robusto, así como de recursos económicos y humanos, dificulta la posibilidad de que el legislativo sea el eje central del control de las agencias. Asimismo, el ejecutivo ha demostrado, especialmente con la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en 2013, que solo puede controlar los organismos reguladores independientes asumiendo directamente sus competencias y, por tanto, debilitándolos funcionalmente (Solanes Mullor, 2016, pp. 209-213); en ningún momento ha sido capaz de desplegar una acción de coordinación respetuosa con el estatus de independencia o autonomía de los organismos reguladores³². Todo ello ha llevado a una situación crítica en España, en la que el control de los organismos reguladores independientes se encuentra en cuestión y en

³² El cese de los antiguos vocales de los organismos reguladores sectoriales en el proceso de creación de la CNMC —un superente regulador que en 2013 pasó a asumir las funciones de regulación y defensa de la competencia de un conjunto de entes reguladores sectoriales— fue declarado por el TJUE contrario a la independencia garantizada por la normativa europea en materia de energía y telecomunicaciones. Al respecto, véase el caso 424/15, *Xabier Ormaetxea Garai y Bernardo Lorenzo Almendros vs. Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2016:780.

Por otro lado, la Comisión Europea vio con preocupación el debilitamiento funcional de la CNMC, que perdió competencias antes en manos de los organismos reguladores sectoriales y que pasaron al Gobierno. La Comisión Europea inició una relación epistolar con el Gobierno español. Al respecto, véase la carta conjunta de las direcciones generales de Competencia, Energía, Telecomunicaciones y Economía y Finanzas de la Comisión Europea, enviada al Gobierno español el 29 de noviembre de 2012, así como la carta de Neelie Kroes, Vicepresidenta de la Comisión Europea, enviada a José Manuel Soria, Ministro de Industria, Energía y Turismo, el 11 de febrero de 2013.

la que es más urgente que nunca que el poder judicial, desde posiciones antiformalistas, desarrolle una tarea de control adecuada a las características institucionales de aquellos.

Conclusiones

La circulación de estas tres ideas en tres escenarios diferentes nos ayuda a entender las coordenadas del control judicial de los organismos reguladores independientes en España. Las tres ideas se entrelazan, y los tres escenarios se influyen mutuamente, para finalmente determinar la actitud judicial ante los organismos reguladores independientes. Al mismo tiempo, la interacción entre las tres ideas y la circulación, que no copia, entre los tres escenarios ha llevado, en el caso de España, a un resultado no deseado. El control judicial, en todo caso, se concibe como un mecanismo indispensable en el engranaje de todos los mecanismos de control disponibles, y en el caso de España, la desorientación del poder judicial ha llevado a una deferencia malentendida.

La concepción del principio de separación de poderes es clave, como punto de partida, para permitir la introducción de los organismos reguladores independientes. Solamente un principio dinámico, flexible, que permita el trasvase de funciones entre poderes, más centrado en el equilibrio institucional que en la estricta separación de funciones, ofrece un entorno adecuado para el desarrollo de las agencias, que, en la mayoría de los casos, irrumpen en un entramado institucional existente que era ajeno a su realidad. Si su introducción es posible, también es necesario un reequilibrio institucional que mantenga controladas a las agencias. El principio dinámico de separación

de poderes es suficientemente flexible para encajar nuevas realidades institucionales, pero en todo caso exige que se mantenga el equilibrio institucional necesario para evitar el abuso del poder.

Aquí, la segunda idea, la concepción sobre la naturaleza de las agencias, se revela determinante para guiar el reequilibrio institucional. Un entendimiento más político de los organismos reguladores independientes y de sus tareas reguladoras lleva a fortalecer los mecanismos de control políticos, en manos del legislativo —sistema de comités y subcomités, informes y comparencias, derecho de veto, etc.— y del ejecutivo —normas u oficinas transversales de coordinación—. En cambio, una concepción más tecnocrática de las agencias rehúye los controles políticos, reacia de que la política se inmiscuya en decisiones de carácter técnico, y se centra más en controles procedimentales —procedimiento administrativo, transparencia y acceso a la información— y profesionales —*networks*— que mantengan controlada a la tecnocracia sin injerencias de la política. En todo caso, sea con la concepción política o tecnocrática, el reequilibrio es necesario y se deben desarrollar mecanismos de control para las agencias.

Finalmente, la tercera idea, el pensamiento jurídico predominante en un ordenamiento jurídico, sitúa en su lugar el papel del control judicial de los organismos reguladores independientes. Un pensamiento jurídico antiformalista relega a un segundo término el control judicial, situando la deferencia hacia sus decisiones como punto de partida. Esta deferencia se elaborará y acotará, a través de criterios y test diversos, sobre la base de una legitimidad democrática de los organismos

reguladores independientes —en caso de un entendimiento más político— o tecnocrática —en caso de acentuarse su carácter técnico—. Un pensamiento jurídico formalista, por el contrario, tiende a otorgar un papel predominante al control judicial y al derecho, y esto puede generar dificultades en el caso de los organismos reguladores independientes. Por un lado, su finalidad, ya sea garantizar decisiones políticas sin partidismo o decisiones tecnocráticas sin influencia política, puede verse en entredicho por la intromisión judicial (la judicialización de la tarea reguladora). Por el otro, el pensamiento jurídico formalista puede reconocer la singularidad de los organismos reguladores, pero verse incapaz de desarrollar nuevas técnicas de control adecuadas a esa singularidad. La experiencia norteamericana, pero también la de la Unión, revela que las técnicas antiformalistas de control judicial —deferencia acotada con criterios— son las más respetuosas, y a la vez fiscalizadoras, de la autonomía, los objetivos y las competencias de las agencias.

Estados Unidos, la Unión Europea y España muestran la circulación de estas tres ideas. En Estados Unidos, el principio de *checks and balances* permitió la irrupción de las agencias; su entendimiento político orientó el reequilibrio institucional hacia el fortalecimiento de los controles políticos en manos del legislativo y ejecutivo, y su pensamiento jurídico antiformalista relegó el control judicial a un segundo término, pero con la capacidad de desarrollar técnicas para disciplinar la deferencia. En el derecho de la Unión, la influencia norteamericana es clara. El principio de equilibrio institucional permitió la introducción de las agencias de la Unión en el entramado institucional europeo y el pensa-

miento jurídico antiformalista también situó el control judicial en un segundo término, con la deferencia y su estudio como eje central. Sin embargo, la concepción más tecnocrática de las agencias dirigió el reequilibrio hacia otro tipo de controles, más de carácter procedimental y profesional que político. España, gracias a que compartía con Estados Unidos y la Unión Europea un principio dinámico de separación de poderes, también pudo acoger a los organismos reguladores independientes: una acogida, en todo caso, en la que fue determinante la Unión Europea a través de su derecho derivado, que, en muchas ocasiones, configuró verdaderos organismos reguladores autónomos en los Estados miembros donde antes no existían. Sin embargo, el pensamiento jurídico formalista predominante en España ha comportado, en primer lugar, incertidumbre en el papel del control judicial y, en segundo lugar, que no se desarrollen mecanismos alternativos que deberían ir en la línea del derecho de la Unión Europea y la concepción más tecnocrática de las agencias que también se ha adoptado en España.

Referencias

- Betancor Rodríguez, A. (2012). *Regulación, mito y derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Madrid: Civitas.
- Bilbao Ubillos, J. (1999). Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3, 163-184.
- Busuioc, M. (2010). *The accountability of European agencies. Legal provisions and ongoing practices*. Utrecht: Eburon.
- Chiti, E. (2000). The emergence of a community administration: The case of European agencies. *Common Market Law Review*, 37(2), 309-343.
- Craig, P. (2012). *EU administrative law* (2.ª ed.). Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- Curtin, D. (2005). Delegation to EU non-majoritarian agencies and emerging practices of public accountability. En D. Geradin, D. R. Muñoz y N. Petit (eds.), *Regulation through agencies in the EU: A new paradigm of European governance* (pp. 88-119). Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Cushman, R. E. (1937). *The problem of the independent regulatory commissions*. Washington: U. S. Government Printing Office.
- Dehousse, R. (1998). European institutional architecture after Amsterdam: Parliamentary system or regulatory structure? *Common Market Law Review*, 35(3), 595-627. Recuperado de <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/16726>
- Doyle, W. K. (1939). *Independent commissions in the federal government*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.
- Dunn, S. (1914). Regulation by commission. *North American Review*, 199, 205-218. Recuperado de <https://archive.org/details/jstor-25120169/page/n13>
- Eberlein, B. & Grande, E. (2005). Beyond delegation: Transnational regulatory regimes and the EU regulatory state. *Journal of European Public Policy*, 12(1), 89-112. DOI: 10.1080/1350176042000311925

- Esteve Pardo, J. (2009). La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. En S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo, *Derecho de la regulación económica* (pp. 881-921). Madrid: Iustel.
- European Commission. (2001). European Governance. A white paper. Bruselas: autora. Recuperado de https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/communication-white-paper-governance-com2001428-20010725_en.pdf
- European Commission. (2002). Communication from the Commission on the operating framework for the European regulatory agencies. Bruselas: autora. Recuperado de http://ec.europa.eu/governance/docs/comm_agence_en.pdf
- European Commission. (2005). Draft Inter-institutional Agreement on the operation framework for the European regulatory agencies. Bruselas: autora. Recuperado de <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1d9a7002-b022-4db5-9271-cbe152173b39/language-en>
- European Commission. (2008). Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on European agencies: The Way Forward. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52008DC0135>
- Fainsod, M. (1940). Some reflections on the nature of the regulatory process. *Public Policy*, 297-323.
- Fernández Rodríguez, T. (1999). *De la arbitrariedad de la administración* (3.ª ed.). Madrid: Civitas.
- Gámez Mejías, M. (2004). *El significado jurídico actual del principio de separación de poderes en las constituciones parlamentarias*. Madrid: Dykinson.
- García de Enterría, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública*, 38, 159-208. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112627>
- García de Enterría, E. (1995). *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. & Fernández Rodríguez, T. (2011). *Curso de derecho administrativo* (tomo I, 15.ª ed.). Madrid: Civitas.
- García Llovet, E. (1993). Autoridades administrativas independientes y estado de derecho. *Revista de Administración Pública*, 131, 61-118. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17174>
- García Roca, J. (2000). Del principio de la división de poderes. *Revista de Estudios Políticos*, 108, 41-75. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27611.pdf>
- Geradin, D. (2005). The development of European regulatory agencies: Lessons from the American experience. En D. Geradin, R. Muñoz y N. Petit (eds.), *Regulation through agencies in the EU: A new paradigm of European governance*. Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Hamilton, W. (1957). *The politics of industry*. Nueva York: Knopf.
- Hamilton, A. & Madison, J. (1788). The structure of the government must furnish the proper checks and balances between the different departments [Federalist Paper n.º 51].

- Harlow, C. & Rawlings, R. (2007). Promoting accountability in multi-level governance: A network approach. *European Law Journal*, 13(4), 542-580. DOI: 10.1111/j.1468-0386.2007.00383.x
- Hofmann, H., Rowe, G. & Türk, A. (2011). *Administrative law and policy of the European Union*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- Horwitz, M. J. (1992). *The transformation of American law. The crisis of legal orthodoxy (1870-1960)*. Nueva York y Oxford: Oxford University Press.
- Irurzún Montoro, F. (2009). Los organismos reguladores ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En Ministerio de Justicia (ed.), *La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores* (pp. 115-122). Madrid: Ministerio de Justicia.
- Jacqué, J. P. (2004). The principle of institutional balance. *Common Market Law Review*, 41, 383-391. Recuperado de <http://ieie.itam.mx/docs06/Montse%20Pi/jacqu.pdf>
- Jenks, J. W. (1910). *Governmental action for social welfare*. Nueva York: Macmillan.
- Kennedy, D. (1997). *A critique of adjudication (fin de siècle)*. Cambridge y Londres: Harvard University Press.
- Kennedy, D. (2001). Legal formalism. En N. Smelser y P. Baltes (eds.), *Encyclopedia of the social and behavioral sciences. Vol. 13* (pp. 8634-8638). Amsterdam, París, Nueva York, Oxford, Shannon, Singapur y Tokio: Elsevier. Recuperado de <http://duncankennedy.net/documents/Legal%20Formalism.pdf>
- Kennedy, D. (2006). *The rise and fall of classical legal thought*. Washington: Beard Books.
- Krapohl, S. (2004). Credible commitment in non-independent regulatory agencies: A comparative analysis of the European agencies for pharmaceuticals and foodstuffs. *European Law Journal*, 10(5), 518-538. Recuperado de <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-0386.2004.00229.x>
- Kreher, A. (1996). Introduction. En A. Kreher (ed.), *The new European agencies. Conference report*. Florencia: European University Institute.
- Landis, J. M. (1966). *The administrative process*. New Haven: Yale University Press.
- Magnette, P. (2005). The politics of regulation in the European Union. En D. Geradin, R. Muñoz y N. Petit (eds.), *Regulation through agencies in the EU: A new paradigm of European governance*. Northampton: Edward Edgar Publishing.
- Majone, G. (1996a). The European commission a regulator. En G. Majone (ed.), *Regulating Europe* (pp. 61-82). Nueva York: Routledge. Recuperado de <https://archive.org/details/regulatingeurope00gian/page/n5>
- Majone, G. (1996b). The rise of statutory regulation in Europe. En G. Majone (ed.), *Regulating Europe* (pp. 47-60). Nueva York: Routledge. Recuperado de <https://archive.org/details/regulatingeurope00gian/page/n5>
- Majone, G. (1997a). The agency model: The growth of regulation and regulatory institutions in the European Union. *Eipascope*, 3, 1-6. Recuperado de <http://aei.pitt.edu/786/>
- Majone, G. (1997b). The new European agencies: Regulation by information. *Journal of European Public Policy*, 4(2), 262-275. DOI: 10.1080/13501769709696342

- Majone, G. (1998). Europe's 'democratic deficit': The question of standards. *European Law Journal*, 4(1), 5-28. Recuperado de <https://pdfs.semanticscholar.org/6835/9f48ddd18838ac09002584182433885e184f.pdf>
- Majone, G. (1999). The regulatory state and its legitimacy problems. *West European Politics*, 22(1), 1-24. DOI: 10.1080/01402389908425284
- Majone, G. (2001). Nonmajoritarian institutions and the limits of democratic governance: A political transaction-cost approach. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 157(1), 57-78. Recuperado de https://www.jstor.org/stable/40752249?seq=1#page_scan_tab_contents
- Martín-Retortillo, L. (1989). De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español. *Revista de Estudios Constitucionales*, 4, 47-77. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1049073.pdf>
- McCarthy, C. H. (1912). *The Wisconsin idea*. Nueva York: Macmillan.
- Molas, I. (2008). *Derecho constitucional* (4.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Muñoz Machado, S. (2009). Fundamentos e instrumentos de la regulación económica. En S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (eds.), *Derecho de la regulación económica* (pp. 15-244). Madrid: Iustel.
- Parada Vázquez, R. (1995). Introducción: administración independiente. En A. Montoya, *Enciclopedia jurídica básica* (vol. 1). Madrid: Civitas.
- Parejo Alfonso, L. (1993). *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*. Madrid: Tecnos.
- Parejo Alfonso, L. (1998). *Perspectivas del derecho administrativo para el nuevo milenio*. Bogotá: Gustavo Ibáñez.
- Pendás García, B. (2009). División de poderes y forma de gobierno. Una perspectiva contemporánea. *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teorías del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 5, 207-239. Recuperado de <https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/quinto/pdfs/Benigno.pdf>
- Pollit, C., Bathgate, K., Caulfield, J., Smulen, A. & Talbot, C. (2001). Agency fever? Analysis of an international policy fashion. *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 3(3), 271-290. DOI: 10.1080/13876980108412663
- Rallo Lombarte, A. (2009). Las administraciones independientes: una aproximación constitucional. En C. Pauner Chilvi y B. Tomás Mallén (eds.), *Las administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sainz Moreno, M. (1976). *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa* (1.ª ed.). Madrid: Civitas.
- Sánchez Morón, M. (1991). *El control de las administraciones públicas y sus problemas*. Madrid: Espasa-Calve.
- Sánchez Morón, M. (1994a). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos.
- Sánchez Morón, M. (1994b). Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 32.

- Schneider, J.-P. (2009). A common framework for decentralized EU agencies and the Meroni doctrine. *Administrative Law Review*, 61, 29-44. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/298896867_A_COMMON_FRAMEWORK_FOR_DECENTRALIZED_EU_AGENCIES_AND_THE_MERONI_DOCTRINE
- Schwarze, J. (1992). *European administrative law* (1.ª ed.). Londres y Luxemburgo: Sweet & Maxwell; Office of Publications of the European Communities.
- Shapiro, M. (1983). Administrative discretion: The next stage. *Yale Law Journal*, 92(8), 1487-1522. Recuperado de <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol92/iss8/8/>
- Shapiro, M. (1996). Independent agencies: US and the EU. *Jean Monnet Chair Papers*, 34.
- Shapiro, M. (2002). The institutionalization of the European administrative space. En A. Stone Sweet, W. Sandholtz y N. Fligstein (eds.), *The institutionalization of Europe* (pp. 94-112). Nueva York: Oxford University Press.
- Solanes Mullor, J. (2010). Why independent agencies deserve Chevron deference. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 4. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1738187
- Solanes Mullor, J. (2016). *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público español*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Solozábal Echavarría, J. (1981). Sobre el principio de separación de poderes. *Revista de Estudios Políticos*, 24, 215-234. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/26674.pdf>
- Somer, S. de (2017). *Autonomous public bodies and the law*. Cheltenham y Northampton: Edward Elgar.
- Stone, G., Seidman, L., Sunstein, C. R., Tushnet, M. & Karlan, P. (2005). *Constitutional law* (5.ª ed.). Nueva York: Aspen Publishers.
- Sunstein, C. R. (1990). *After the rights revolution. Reconceiving the regulatory state*. Cambridge y Londres: Harvard University Press.
- Thatcher, M. (2002). Delegation to independent regulatory agencies: Pressures, functions and contextual mediation. *West European Politics*, 25(1), 125-147. DOI: 10.1080/713601588
- Thatcher, M. & Stone Sweet, A. (2002). Theory and practice of delegation to non-majoritarian institutions. *West European Politics*, 25(1), 1-22. DOI: 10.1080/713601583
- Tornos Mas, J. (1996). Discrecionalidad e intervención administrativa económica. En E. Hinojosa Martínez y N. González Deleito (coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía* (pp. 391-412). Madrid: Civitas.
- Vile, M. J. C. (1998). *Constitutionalism and the separation of powers* (2.ª ed.). Indianapolis: Liberty Fund.
- Woll, P. (1977). *American bureaucracy*. Nueva York: WW Norton & Co.
- Wonka, A. & Rittberger, B. (2010). Credibility, complexity and uncertainty: Explaining the institutional independence of 29 EU

agencies. *West European Politics*, 33(4), 730-DOI: 10.1080/01402381003794597

Yatanagas, X. A. (2001). *Delegation of regulatory authority in the European Union. The relevance of the American model of*

independent agencies. Nueva York: Jean Monnet Program.

Young, J. T. (1915). *The new American government and its work*. Nueva York: Macmillan Company.