



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

**LA NOCIÓN DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE EN
ESPAÑA Y EN COLOMBIA**

AUTOR: HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

DIRECTORA: MARÍA NIEVES DE LA SERNA BILBAO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO DEL ESTADO

GETAFE, DICIEMBRE DE 2015



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

LA NOCIÓN DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE EN ESPAÑA Y EN COLOMBIA

DOCTORANDO: HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

DIRECTORA: MARÍA NIEVES DE LA SERNA BILBAO

Firma del tribunal calificador:

Firma:

Presidente:

Secretario:

Vocal:

Suplente:

Calificación:

Getafe, de de 2015

*Para mis padres y hermanas, por creer y apoyarme siempre
en mis proyectos.*

*En especial, a mi esposa María Teresa
por su amor e incondicionalidad, y a mi hija Luciana,
motor y luz de mi vida.*

El autor

AGRADECIMIENTOS

A la Profesora Dra. Dña. MARÍA NIEVES DE LA SERNA BILBAO, por su apoyo incondicional en el desarrollo del presente trabajo de investigación, así como a aquellas personas que contribuyeron a su culminación en España y en Colombia.

INTRODUCCIÓN	18
i. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES Y LA REGULACIÓN.....	20
ii. LA EMERGENCIA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES EN ESPAÑA Y COLOMBIA.....	24
iii. ALCANCE Y OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.....	30
iv. METODOLOGÍA.....	31
v. ESTRUCTURA.....	33
CAPÍTULO 1: LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES: UN FENÓMENO MUNDIAL.	35
LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES EN EL DERECHO COMPARADO	35
I. ESTADOS UNIDOS	35
1. PANORAMA DE LAS AAI EN ESTADOS UNIDOS.....	35
1.1. LAS PUBLIC UTILITY COMMISSIONS.....	35
1.2. INTERSTATE COMMERCE COMMISSION.....	39
1.3. LA FEDERAL TRADE COMMISSION	42
1.4. EL AUGE DE LAS AAI EN LA ERA DEL NEW DEAL.....	43
1.4.1. LA FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION.....	45
1.4.2. LA FEDERAL POWER COMMISSION.....	46
1.4.3. LA SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION	47
1.4.4. NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD.....	47
2. EL FORTALECIMIENTO DE LAS AGENCIAS INDEPENDIENTES.....	48

3. CARACTERÍSTICAS ORGÁNICAS Y FUNCIONALES DE LAS AAI EN ESTADOS UNIDOS.....	50
3.1. DIVISIÓN DE PODERES Y CONSTITUCIONALIDAD DE LAS AAI.....	50
3.2. INDEPENDENCIA DE LA RAMA EJECUTIVA: ORGÁNICA Y FUNCIONAL.....	53
4. CONCLUSIÓN SOBRE AAI EN ESTADOS UNIDOS.....	55
II. REINO UNIDO (UK).....	57
1. DESARROLLO HISTÓRICO.....	57
2. CARACTERÍSTICAS DE LAS AAI EN REINO UNIDO.....	60
3. DIFERENCIAS CON EL SISTEMA NORTEAMERICANO.....	61
4. EJEMPLOS DE AAI CONTEMPORÁNEAS EN REINO UNIDO.....	61
4.1. THE OFFICE OF COMMUNICATIONS (OFCOM).....	61
4.2. THE BRITISH BOARDCASTING CORPORATION (BBC).....	62
5. LA DELIMITACIÓN ENTRE AAI Y LAS DEMÁS ENTIDADES ESTATALES.....	63
6. RELACIÓN DE LAS AAI CON EL GOBIERNO.....	66
7. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS AAI.....	67
8. BENEFICIOS Y CRÍTICA A LAS AAI.....	68
9. CONCLUSIÓN SOBRE AAI EN EL SISTEMA JURÍDICO ANGLOSAJÓN.....	68
III. FRANCIA.....	69
1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LAS AAI EN FRANCIA.....	69

2. PANORAMA DE LAS AAI CONTEMPORÁNEAS EN FRANCIA	74
2.1. LA COMISIÓN NACIONAL DE INFORMÁTICA Y DE LAS LIBERTADES (CNIL).....	79
2.2. LA ALTA PRIORIDAD POR LA TRANSPARENCIA DE LA VIDA PÚBLICA.....	80
3. CARACTERÍSTICAS DE LAS AAI EN DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCÉS	81
4. LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	833
5. LA DELIMITACIÓN ENTRE AAI Y LAS DEMÁS ENTIDADES ESTATALES.....	85
6. RELACIONES ENTRE LAS AAI Y EL GOBIERNO.....	86
7. FISCALIZACIÓN DE LAS AAI.....	87
8. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS AAI.....	87
9. BENEFICIOS Y CRÍTICA A LAS AAI.....	89
10. CONCLUSIÓN SOBRE AAI EN FRANCIA	89
IV. COMPARACIÓN DE LAS AAI EN LOS PAÍSES ESTUDIADOS.....	91
1. APROXIMACIÓN A LAS RAZONES POR EL DESARROLLO DE AAI EN LOS DIFERENTES PAÍSES.....	91
2. CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LAS AAI	92
3. CRÍTICAS A LAS AAI.....	92
4. CONCLUSIÓN DEL PRIMER CAPÍTULO	93
CAPÍTULO 2. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES.....	95

I. LA INDEPENDENCIA Y LA RUPTURA DE LAS TEORÍAS CLÁSICAS DEL ESTA.....	95
1. TEORÍA TRIPARTITA DE SEPARACIÓN DE PODERES.....	97
1.1. DE LA SEPARACIÓN DE PODERES.....	97
2. TEORÍA SOBRE LA FRAGMENTACIÓN DE LA ESTRUCTURA ESTATAL Y ADMINISTRATIVA.....	101
2.1. RUPTURA DEL SISTEMA TRADICIONAL DE SEPARACIÓN DE PODERES.....	101
2.2. LAS GÉNESIS DEL ESTADO POLICÉNTRICO: UNA CONSECUENCIA DEL ADVENIMIENTO DE LAS AAI.....	104
2.3. LAS AAI COMO RESPUESTA A LOS PROBLEMAS DE LA PRIVATIZACIÓN.....	106
3. TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO OPERADOR AL ESTADO REGULADOR.....	107
3.1. EL ESTADO OPERADOR: LA CRISIS DE UN SISTEMA.....	107
4. PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN ALREDEDOR DEL MUNDO: UN NUEVO FACTOR PARA LA CREACIÓN DE AAI.....	109
5. EL ESTADO REGULADOR: EL INICIO DE UNA NUEVA ERA DE INTERVENCIÓN PÚBLICA.....	111
6. INDEPENDENCIA: UN MECANISMO PARA GARANTIZAR LA IMPARCIALIDAD.....	113
6.1. CONCEPTO.....	114
6.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.....	114
6.2.1. INDEPENDENCIA ORGÁNICA.....	114
6.2.2. INDEPENDENCIA FUNCIONAL Y PERSONAL.....	115

6.2.3. COLEGIALIDAD.....	116
6.2.4. ESPECIALIZACIÓN TÉCNICA.....	117
7. CONSTITUCIONALIDAD Y LEGITIMIDAD.....	118
8. LA CAPTURA: UNA AMENAZA A LA IMPARCIALIDAD.....	119
9. FUNCIONES GENERALES DE LAS AAI: LA FRAGMENTACIÓN DEL PODER PÚBLICO.....	121
9.1. FUNCIONES ADMINISTRATIVAS.....	121
9.2. FUNCIONES CUASILEGISLATIVAS.....	121
9.3. FUNCIONES CUASIJUDICIALES.....	123
CAPÍTULO 3. LAS AAI EN COLOMBIA Y ESPAÑA: DOS MODELOS PRÓXIMOS DE ENTENDIMIENTO DE LA REGULACIÓN Y LA INDEPENDENCIA.....	124
I. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES EN COLOMBIA.....	124
1. EL MODELO DE ESTADO COLOMBIANO.....	124
1.1. LA ANTIGUA CONSTITUCIÓN DE 1886: UNITARISMO Y REGENERACIÓN.....	127
1.2. LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y LA NUEVA CONSTITUCIÓN 1991.....	131
1.2.1. COLOMBIA UN ESTADO UNITARIO.....	132
1.2.2. CENTRALIZACIÓN POLÍTICA Y DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA.....	136
1.2.2.1. MODELOS PRESIDENCIALES.....	137
1.2.2.1.2. PRESIDENCIALISMO EN COLOMBIA.....	138

1.2.1.3. EL SECTOR CENTRAL DE LA ADMINISTRACIÓN COLOMBIA...	140
1.3. DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL O POR SERVICIOS.....	141
1.3.1. DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL EN COLOMBIA.....	142
1.3.2. DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL O POR SERVICIOS.....	144
2. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS AAI EN COLOMBIA.....	147
2.1. HISTORIA DE LA REGULACIÓN EN COLOMBIA.....	148
2.1.1. REGULACIÓN EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX: LA JUNTA CENTRAL DE HIGIENE.....	149
2.1.2. REGULACIÓN EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX: LA JUNTA NACIONAL DE TARIFAS.....	149
2.2. REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991.....	151
2.2.1. EL PODER DE REGULACIÓN Y LAS COMISIONES DE REGULACIÓN.....	151
2.2.1.1. COMISIONES DE REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: ¿INDEPENDENCIA O ILUSIÓN?.....	153
2.2.1.2. EL CASO TELECOM: EL ESTADO COMO PRESTADOR Y REGULADOR SIMULTÁNEAMENTE.....	158
2.2.1.3. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO (CRA).....	159
2.2.1.4. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG).....	161
2.2.1.5. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES (CRC).....	161
2.2.1.6. COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD (CRES).....	163
3. LAS SUPERINTENDENCIAS Y EL PODER REGULADOR: CONCENTRACIÓN O DIFUSIÓN.....	165

3.1.	SUPERINTENDENCIA DEL SUBSIDIO FAMILIAR.....	166
3.2.	SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTES.....	166
3.3.	SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA.....	168
3.4.	SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.....	169
3.5.	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.....	169
3.6.	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.....	170
3.7.	SUPERINTENDENCIA FINANCIERA.....	171
3.8.	SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO.....	172
4.	EL BANCO DE LA REPÚBLICA.....	174
4.1.	ANTECEDENTES.....	174
4.2.	CREACIÓN.....	176
4.3.	EL BANCO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA UNA VERDADERA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE.....	178
5.	LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES (CAR)..	179
6.	DE LA COMISION NACIONAL DE TELEVISIÓN –CNTV- A LA AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN –ANTV-: LA DEBACLE DE LA INDEPENDENCIA.....	183
6.1.	ANTECEDENTES: INRAVISION.....	183
6.2.	LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN: UNA AUTENTICA AAI.....	184
6.2.1.	FUNCIONES CUASIJUDICIALES.....	185

6.2.2. FUNCIONES CUASILEGISLATIVAS.....	186
6.3. LA AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN – ANTV.....	190
7. EL SURGIMIENTO DE LAS AAI EN COLOMBIA ¿MITO O REALIDAD?.....	191
8. CARACTERÍSTICAS DE LAS AAI EN COLOMBIA.....	192
II. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES EN ESPAÑA	
1. MODELO DE ESTADO.....	193
1.1. BREVIARIO DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.....	193
1.2. LA CONSTITUCIÓN DE 1978.....	195
1.3. EL SECTOR CENTRAL DE LA ADMINISTRACIÓN.....	197
1.4. EL SECTOR DESCENTRALIZADO DE LA ADMINISTRACIÓN.....	198
1.4.1. DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL: EL ESTADO AUTONÓMICO.....	198
1.4.2. DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL.....	200
2. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS AAI EN ESPAÑA.....	201
3. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES EN ESPAÑA: SURGIMIENTO Y CARACTERÍSTICAS.....	203
3.1. ENTE PÚBLICO RADIODIFUSIÓN ESPAÑOLA (RTVE).....	205
3.2. CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR (CSN).....	209
3.3. EL BANCO DE ESPAÑA (BE).....	213

3.4.	LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD).....	218
3.5.	COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES (CMT).....	222
3.6.	COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA (CNE).....	225
3.7.	COMISIÓN NACIONAL DEL SECTOR POSTAL (CNSP).....	229
3.8.	LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC).....	230
3.8.1.	PANORAMA PREVIO: ANTECEDENTES.....	230
3.8.2.	MOTIVOS DE CREACIÓN DE LA CNMC.....	233
3.8.3.	NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO.....	234
3.8.4.	ESTRUCTURA.....	235
3.8.5.	GARANTÍAS DE LA INDEPENDENCIA.....	236
4.	EL SURGIMIENTO DE LAS AAI EN ESPAÑA.....	238
5.	DELIMITACIÓN ENTRE LAS AAI Y EL GOBIERNO.....	239
6.	CARACTERÍSTICAS DE LAS AAI EN ESPAÑA.....	239
7.	CONCLUSIONES DEL CAPITULO.....	240
	CONCLUSIONES GENERALES.....	243
	BIBLIOGRAFÍA.....	245

ABREVIATURAS

AAI	Autoridades Administrativas Independientes
ACNUSA	Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires
ACPR	Autorité de contrôle prudentielle et de résolution
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AERES	Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur
AFLD	Agence française de lutte contre le dopage
AMF	Autorité des marchés financiers
ANE	Agencia Nacional del Espectro
ANTV	Autoridad Nacional de Televisión
APA	Administrative Procedure Act
AR	Agencias de Regulación
ARAF	Autorité de régulation des activités ferroviaires
ARCEP	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
ARJEL	Autorité de régulation des jeux en ligne
ART	Autorité de régulation des télécommunications
ASN	Autorité de sûreté nucléaire
BBC	British Broadcasting Corporation
BE	Banco de España
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs

CAR	Corporaciones Autónomas Regionales
CCA	Commission de contrôle des assurances
CSC	Commission de la sécurité des consommateurs
CCSDN	Commission consultative du secret de la défense nationale
CE	Comisión de Energía (España)
CE	Constitución Española
CMT	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones
C.N	Constitución Nacional
CNCCFP	Commission nationale de des comptes de campagnes et des financements politiques
CNCL	Commission nationales de la communication y des libertés
CNE	Comité nacional d'évaluation des établissements publics à caractères scientifique, culturel et professionnel
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CNIS	Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
COLPUERTOS	Empresa Puertos de Colombia
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social
COTEL	Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP
CRA	Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico
CRE	Comisión de Regulación de Energía y Gas (Colombia)
CRE	Commission de régulation de l'énergie

CREG	Comisión de Regulación de Energía y Gas
CRC	Comisión de Regulación de Comunicaciones
CRT	Comisión de Regulación de Telecomunicaciones
CSA	Consejo Superior del Audiovisual (Conseil Supérieur de l'Audiovisuel)
CSN	Consejo de Seguridad Nuclear
CNSP	Comisión Nacional del Sector Postal
CNTV	Comisión Nacional de Televisión
DNP	Departamento Nacional de Planeación
EPA	Établissements publics à caractère administratif
EPIC	Établissements publics industriel et commercial
EPSCP	Établissements publics scientifique, culturel et professionnel
EPST	Établissements publics scientifique et technologique
FCC	Federal Communications Commission
FTC	Federal Trade Commission
FPC	Federal Power Commission
HACA	Haute Autorité de la communication audiovisuelle
HATVP	Haute Autorité pour la transparence de la vie politique
ICC	Interstate Commerce Commission
INRAVISION	Instituto Nacional de Radio y Televisión
JEN	Junta de Energía Nuclear
JNT	Junta Nacional de Tarifa de Servicios Públicos
LOLF	Ley orgánica relativa a la Ley de finanzas

NLRA	National Labor Relations Act
NLRB	National Labor Relations Board
OFCON	Office of Communications
OFTEL	The Office of Telecommunications (the telecommunications regulator)
PB	Public Bodies
PUC	Comisiones de Servicios Públicos (Public Utilities Commissions)
RTVE	Ente Público de Radiotelevisión Española
SEC	Securities and Exchanges Commission
SINA	Sistema Ambiental Nacional
SFC	Superintendencia Financiera de Colombia –SFC
SGP	Superintendencia de Puertos –SGP
SNR	Superintendencia de Notariado y Registro
TELECOM COLOMBIA	Empresa Nacional de Telecomunicaciones
TICS	Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

INTRODUCCIÓN

En la organización de las estructuras administrativas de los Estados democráticos contemporáneos, al lado de las tres ramas tradicionales del poder público, se han creado organismos paralelos que se integran también en la Administración pública, pero cuyas misiones exigen una determinada independencia en relación con el poder central, justificada, en particular, por el sector de intervención. Se trata de autoridades administrativas aisladas, situadas fuera del aparato¹, disponiendo de una aparente capacidad de acción autónoma y especializadas en materias difíciles, denominadas sensibles², ya que ponen en presencia importantes intereses económicos o sociales³, esto es, aquellos sectores que tienen un carácter estructural por ser indispensables para garantizar una alta calidad en la prestación de un servicio, con base en criterios puramente técnicos, o que por su importancia pueden constituirse en una especie de árbitro imparcial que garantice seguridad jurídica para los inversores, por lo que se les demanda una alta motivación y justificación en sus decisiones, especialmente en sus funciones de regulación e intervención del sector.

En palabras de Parejo Alfonso, se encuentra de frente a una “peculiar y novedosa forma de fragmentación del poder público administrativo”⁴, en donde, una especie particular de descentralización funcional, brinda a este tipo de organismos un estatus de distanciamiento del poder ejecutivo, sin que por ello se pueda hablar de ruptura total, ya que persiste una dependencia atenuada en algunos aspectos⁵, lo cual en opinión de Chevallier, se perfila como una nueva manera de entender el Estado a través del denominado policentrismo administrativo⁶, pero que apunta, al menos teóricamente, a responder a lo que Sala Arquer ha denominado el “Estado Neutral”⁷.

Estos organismos administrativos han logrado un importante papel dentro de los

¹ CHEVALLIER 2003: p. 79.

² CHEVALLIER 1986: p. 25.

³ MARTÍNEZ 2002: p. 30.

⁴ BETANCOR 1994: p. 16.

⁵ BILBAO UBILLOS 1999: p. 165.

⁶ CHEVALLIER 2003: p. 146.

⁷ SALA ARQUER 1984: p. 401-422.

ordenamientos jurídicos contemporáneos, por lo que han llegado a ser considerados como un *cuarto poder* debido a su gran independencia, aspecto que ha sido rebatido por la mayoría de la doctrina española, al considerar que: “la ley ordinaria nunca ha creado un cuarto poder, expresión esta última claramente exagerada o excesiva, pero expresiva por ilustrativa del alcance que se reconoce al fenómeno”⁸. En este sentido, el concepto de autonomía no puede entenderse de manera absoluta, ya que no guarda lógica considerar a estos organismos como administrativos, pero a la vez ajenos de los demás poderes públicos por su alto nivel de autonomía organizacional⁹.

La elección de ciertos sectores denominados sensibles por cada Estado y que justifican la presencia de una instancia especializada, se encuentra estrechamente vinculada a las especificidades de cada actividad pero, sobre todo, a las realidades institucionales, históricas y culturales de cada país¹⁰. Normalmente, se trata de actividades que se desarrollan en un ambiente de libertad, transparencia, reconocimiento de nuevos derechos o nuevas tecnologías, tales como el sector de la información y la comunicación, de la economía del mercado, la prestación de servicios públicos o de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos¹¹, desempeñando en algunos casos funciones reguladoras y, en otros, de prestación de servicios¹². Igualmente, la experiencia internacional ha demostrado que el tamaño y la eficacia de estos sectores son directamente proporcionales a su grado de desarrollo institucional¹³.

Debido a diversas disposiciones constitucionales especialmente favorables a la existencia de autoridades independientes de la Administración (un Gobierno presidencial con una fuerte rivalidad entre el poder ejecutivo y el poder legislativo) y, por razones totalmente pragmáticas (responder a las distintas necesidades aparecidas en el contexto político, económico y social), se desarrollaron estas instituciones, en primer lugar, en Estados Unidos las llamadas *Independent*

⁸ PAREJO ALFONSO 1994: p. 636.

⁹ BETANCOR 1994: p. 202.

¹⁰ BETANCOR 1994: 186.

¹¹ PASCAL 2003: p. 132.

¹² Tal es el caso del Ente Público Radio y Televisión Española.

¹³ MARTÍNEZ 2002: p. 348.

Regulatory Agencies. Siendo la primera, la *Interstate commerce commission*¹⁴, que data su creación de 1887 al interior de la Secretaría del Interior, y que posteriormente se independizaría del ejecutivo norteamericano en 1889; desde entonces y hasta la actualidad, las *Independent agencies*¹⁵ se han multiplicado en los ámbitos más diversos y han tomado un papel importante en el sistema administrativo norteamericano¹⁶.

Esta experiencia que se desarrolló rápida y continuamente a partir de los años treinta del siglo XX, al interior de los diferentes ordenamientos jurídicos europeos, ha llegado a permear diversas legislaciones y desarrollos institucionales alrededor del mundo. En Gran Bretaña, por ejemplo, después de la Segunda Guerra Mundial nacieron los *Quasi-Autonomous Non Governmental Organizations (Quangos)*¹⁷. Igualmente en España se desarrollaron posteriormente las denominadas Administraciones Independientes¹⁸.

Los sistemas jurídicos latinoamericanos también se han inspirado ampliamente de esta experiencia. En Colombia, en particular, se desarrollaron las Superintendencias desde el año 1923 a instancias del modelo norteamericano¹⁹, y posteriormente, con la Constitución Política de 1991 se creó la noción de órgano autónomo e independiente²⁰, lo que a su vez permitió el desarrollo institucional vía legal, a través del concepto de comisión de regulación según la Ley 142 de 1994²¹.

i. Las autoridades administrativas independientes y la regulación

¹⁴ FERNANDEZ ROJAS 2005: p. 422

¹⁵ MORENO MOLINA 1995: p. 104.

¹⁶ CHEVALLIER 1986: p. 29.

¹⁷ MATHEU 2000: p. 55, explica que “la importante influencia ejercida por dos experiencias pioneras. La primera, bastante antigua, la de los Estados Unidos [...]. La otra, mucho más reciente, la del Reino Unido [...]”.

¹⁸ El primer estudio en España sobre el concepto de administraciones independientes lo hizo SALA ARQUER 1984: p. 401-422.

¹⁹ El sistema administrativo colombiano -de influencia netamente francesa-, acogió desde comienzos del siglo pasado técnicas administrativas de orígenes diversos, tales como las superintendencias que se asemejan a las denominadas “*executive agencies*” anglosajonas, encargadas básicamente de ejercer funciones de inspección, vigilancia y control en sectores críticos de la vida nacional, como la actividad industrial y comercial; la salud; el sistema financiero, entre otros.

²⁰ MELO SALCEDO 2005: p. 19.

²¹ LOPEZ-GARAVITO 1995: p.198-201.

En el sistema anglosajón, las agencias independientes han sido concebidas como "organismos reguladores"²². Sin embargo, a pesar de los esfuerzos doctrinarios para definir el término "regulación", su contenido permanece hasta la actualidad bastante disperso y conoce distintos significados en cada país. En principio, se entiende que la facultad de regulación, es el mantenimiento de un determinado equilibrio entre los intereses protegidos por la ley y los manifestados por las fuerzas directamente involucradas en un ámbito determinado²³; alcanzando su mayor esplendor a partir de los medios de acción preventivos y represivos, así como en el establecimiento de normas trazadas por las autoridades elegidas para aplicar las políticas del Estado²⁴. En otras palabras, la regulación es una función estatal que busca reconciliar las exigencias de la autoridad oficial y las dificultades específicas del mercado, especialmente sus ámbitos de competencia, la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, así como la verificación técnica de los procesos.²⁵

Valga afirmar, que la misión de regulación es lo bastante amplia, para que, hasta cierto punto, se permita superar la distinción tradicional entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, a través de creaciones jurídicas, como por ejemplo, el objeto de investigación del presente trabajo, las autoridades administrativas independientes en países como España y Colombia. Las AAI en efecto, tienen como facultades mínimas, participar en la formulación de las políticas, el establecimiento de las normas aplicables y en el control de los comportamientos susceptibles de perturbar la estabilidad de sus sectores de intervención²⁶.

En este sentido para Muñoz Machado, la función de regulación debe entenderse no

²² El Estado norteamericano es a menudo presentado como un modelo de *Regulación por el Estado*. El desarrollo precoz de la regulación en los Estados Unidos, puede ser explicado por el papel modesto desempeñado por el Gobierno Federal en la redistribución y la estabilización económica, y también por los poderes administrativos limitados del Gobierno federal hasta los años 30. Las "agencias" son encargadas en consecuencia de la regulación. Igualmente, en Gran Bretaña, numerosas agencias de regulación (Quangos) fueron creadas en los años 70 y 80, así como a principios de los años 90 del siglo pasado.

²³ FRIER en: MARCOU Y MODERNE 2009: p. 94.

²⁴ FRISON-ROCHE 2001: p.610.

²⁵ CHEVALLIER 1998: p. 49: afirma que "[...] la función de regulación [...] se encuentra llamada, en efecto, a ejercerse frente a las entidades públicas ellas mismas (...) lo cual hace necesario que la regulación incumba a instancias neutras y objetivas, no sólo retiradas de todo vínculo de lealtad respecto a los gobernantes sino también desconectadas del resto del aparato estatal y, por lo tanto, capaces de definir las condiciones de un justo equilibrio entre los intereses sociales de toda clase, incluyendo así mismo los públicos".

²⁶ BOY 2001: p. 3031.

como el poder de dictar normas, sino de utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia e imponer obligaciones de servicio público a los operadores, para que su afán natural de beneficio sea compatible con las exigencias del interés general²⁷. La noción de regulación se establece cada vez más en el Derecho. La palabra aparece incluso en el nombre de ciertas autoridades administrativas independientes como las Comisiones de Regulación en Colombia o el Organismo Regulador del Transporte en España, de tal forma que a la regulación clásica realizada por el Estado o por organismos corporativos en el marco de la autorregulación, se han sumado entidades independientes frente a él y, por supuesto, ante el mercado, que responden a ciertos criterios y tienen características comunes.

Según el profesor Frier, el término regulación llegó a Europa en los vagones del neoliberalismo anglosajón, a través de la reimportación de un término inglés de origen francés denominado: *regulation*; que en inglés significa “reglamento” o “reglamentación”, y cuyo sentido jurídico se ha venido extendiendo y significando una serie de funciones que van más allá de la reglamentación²⁸; es así como, por ejemplo, algunos autores como Chevallier consideran que la regulación sólo puede existir en aquellos espacios en donde antes había monopolios nacionales de servicios públicos de redes²⁹. En este caso, la regulación tendría por objetivo permitir la permanencia de ciertas obligaciones de servicio público o de servicio universal, bajo el control de una autoridad específica³⁰.

Otra acepción inspirada en la teoría de los sistemas, considera que regular consiste en establecer ciertas reglas de intervención de forma permanente para suavizar las tensiones, lo que le permite solucionar los conflictos y asegurar la permanencia de un equilibrio de conjunto³¹, y que a su vez, resulta indispensable para garantizar el funcionamiento regular de determinados sectores en competencia, conforme a las

²⁷ MUÑOZ MACHADO 2009: p. 18.

²⁸ FRIER 2009: p. 95.

²⁹ CHEVALLIER 2003: 59.

³⁰ CELLI 2004: p. 7

³¹ CHEVALLIER2003: p. 61.

exigencias del interés general, incluso cuando no existe ningún servicio público.

Como se observa, la regulación plantea diferentes interpretaciones; en todo caso para efectos del presente estudio, se tendrá a la regulación como “el hecho de mantener un equilibrio en un sistema complejo y de coordinar su funcionamiento”³². A nivel europeo la doctrina francesa está de acuerdo en definir la regulación “como el conjunto de intervenciones de los poderes públicos orientados a instaurar la competencia en un sector en donde no exista o exista muy poco, y a conciliar el ejercicio leal de esta competencia con la misión de proteger el interés general del que están investidos los servicios públicos en redes”³³.

A diferencia de lo que ocurre en Gran Bretaña o España, en Colombia, existe una distinción clara entre los conceptos de regulación, reglamentación y control, así como las autoridades competentes para cada una de estas misiones: la "regulación" hace referencia a la función de intervención en un sector determinado, a través de la elección de las políticas generales y del modelo de desarrollo deseado; la "reglamentación" significa el poder de desarrollar una ley por medio del establecimiento de normas que pretenden aplicar concretamente normas superiores; y el "control", es una facultad de carácter más operativo destinándose al cumplimiento de la reglamentación, aplicable a un sector en particular, pero con poderes preventivos y represivos. Esta diferenciación es bastante próxima a la distinción clásica entre los tres poderes³⁴.

En principio, al interior del derecho colombiano, los únicos organismos de regulación son el Congreso como legislador ordinario o el Gobierno como legislador extraordinario. Excepcionalmente, y en un marco previamente establecido por el órgano legislativo, algunas autoridades administrativas pueden tener una misión de regulación, verbigracia, el Presidente de la República para la intervención en la economía, la Junta Directiva del Banco de la República en materia monetaria, la Autoridad Nacional de Televisión y las Comisiones de Regulación de servicios

³² NICOLAS Y RODRÍGUEZ 1998: p. 175.

³³ CELLI 2004: p. 9.

³⁴ GÓMEZ CARDONA 1999: p. 311.

públicos, en sus respectivos sectores. La reglamentación se ejerce a través de actos administrativos de carácter general, promulgados por el Presidente de la República. Por último, la misión de control sobre cada actividad, corresponde normalmente a los distintos Ministerios y Departamentos Administrativos y, cuando el sector lo merece, a algunas instancias administrativas independientes como las Superintendencias y algunos organismos autónomos e independientes³⁵.

ii. La emergencia de las autoridades administrativas independientes en España y Colombia

Entre los años ochenta y noventa del siglo pasado, un importante número de países europeos, entre ellos España, en atención a las exigencias del Derecho Comunitario por medio de directivas reguladoras de determinados sectores de redes, tales como el transporte, las telecomunicaciones³⁶ o la energía, impulsó un intenso proceso liberalizador en el marco del mercado único, que trajo consigo reformas tendientes a asegurar la competencia efectiva en los mercados, la prestación de los servicios universales y la eliminación de las barreras de entrada y las restricciones sobre los precios.

Entre los primeros ajustes que se llevaron a cabo, se estableció la nueva estructura institucional española a través de la radio televisión pública por medio de la Ley 4 del 10 de enero de 1980; en relación con el Banco de España se encuentra la Ley 30 del 21 de junio de 1980, y la Ley 15 del 22 de abril de 1980, por la cual se crea el Consejo de Seguridad Nuclear³⁷.

Según lo señala Pomed Sánchez, el cierre de la transición política española a finales de los sesenta incentivó el ritmo de creación de nuevas administraciones independientes, por lo que entre 1980 –donde se iniciaron los primeros ajustes- y 1996 –año en que se inició el proceso de establecimiento de órganos reguladores dotados de un estatuto de independencia respecto del Estado-, se establecieron la

³⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ 2013: p. 103.

³⁶ DE LA SERNA BILBAO en DE LA QUADRA-SALCEDO 2009: p. 434.

³⁷ POMED SÁNCHEZ en CARLÓN RUIZ 2014: p. 191.

Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Agencia Española de Protección de Datos³⁸.

Así mismo, en cumplimiento de los acuerdos derivados del Tratado de la Unión Europea del 7 de febrero de 1992, la Ley 13/1994, del 1 de junio, *sobre la autonomía del Banco de España*, lleva a cabo una profunda reforma jurídica del banco central, reforzando su autonomía orgánica y funcional, otorgando una regulación específica de la potestad normativa del Banco, tanto en materia monetaria como de ordenación y supervisión bancaria, entre otros ajustes institucionales. Proceso que seguiría con la creación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por el Real Decreto Ley 6 / 1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones, luego sustituido por la Ley 32 / 2003, de 3 de noviembre, *sobre el régimen general de las telecomunicaciones*³⁹.

Posteriormente, la Ley 34 / 1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, suprimió la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y creó la Comisión Nacional de Energía, como ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos, seguida de la Ley 23 / 2007, de 8 de octubre, por la cual se creó la Comisión Nacional del Servicio Postal. Tiempo después, se aprobó la creación de la Comisión Nacional del Juego y la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, seguida de la Ley 7 / 2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual, relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisa, la cual en su título quinto dispuso la organización del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Así mismo, por medio de la Ley 2 / 2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, se creó el organismo regulador del sector del transporte⁴⁰.

En este contexto histórico, en España se planteó la discusión sobre si los nuevos mercados que se liberaban estarían sometidos a las disposiciones normativas de defensa de la competencia nacionales o si, por el contrario, debían ser los organismos sectoriales independientes los que llevaran a cabo la supervisión. Finalmente, se optó

³⁸ POMED SÁNCHEZ 2014: p. 198.

³⁹ DE LA QUADRA-SALCEDO 2009: p. 17.

⁴⁰ FERNANDEZ ROJAS 2005: p. 428.

por una separación de funciones⁴¹. Las autoridades sectoriales se encargaron de separar las empresas entre los sectores regulados y los sectores en competencia; así mismo, se atribuyeron a los nuevos organismos potestades de inspección y sanción, así como facultades de propuesta normativa técnica y económica y estudios especializados del sector.⁴²

Por su parte, la Autoridad de Defensa de la Competencia se encargó de desarrollar un control *ex post* de la libre competencia, a través de investigaciones sobre conductas que atentaran contra la competencia, y un control *ex ante*, examinando las operaciones de concentración empresarial. Ahora bien, el Presidente del Gobierno Español en el discurso de investidura que pronunció ante el Congreso de los Diputados el 19 de diciembre de 2011, señaló la intención de reducir el número de organismos reguladores⁴³, lo que permitió que el Consejo de Ministros el 20 de enero de 2012, acordara la creación de un grupo de trabajo interministerial para presentar una propuesta de reforma justificada, basándose entre otras razones, en el hecho que, desde 2011 venía creciendo notablemente el número de estos organismos.

Como consecuencia de lo anterior, por solicitud del gobierno, se profiere el informe presentado por la Consultora PWC el 14 de febrero de 2012⁴⁴, en el cual se propone un modelo integrador, que fue finalmente adoptado por el legislador con la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a través de la Ley 3 de 2013, de 4 de junio, en donde se dio un paso hacia un nuevo organismo que respondiese a un doble carácter, por un lado, integrador -de las funciones de reguladoras y de competencia-⁴⁵ y, por el otro, multisectorial -de los sectores no

⁴¹ Ver Preámbulo Ley 3/2013, de 4 de junio.

⁴² CARLÓN RUIZ 2014: p. 38.

⁴³ Las razones que justificaron la propuesta son las siguientes: garantizar la seguridad jurídica y la confianza institucional; el entorno de austeridad en el que se encontraba la Administración Pública y, el hecho que las instituciones deben adaptarse a la transformación que tiene lugar en los sectores administrados.

⁴⁴ El informe se denomina “*Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España*”.

⁴⁵ En el preámbulo de la Ley 3 de 2013 se establece que “[...] el objeto de esta Ley es la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que agrupará las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados por la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales”.

financieros regulados por una comisión propia existente–, como sería el caso de las comunicaciones electrónicas, energía, sector postal y transporte ferroviario o prevista, aunque no creada –audiovisual y tarifas aeroportuarias–, teniendo como referencia la agencia holandesa creada en ese mismo año⁴⁶.

Como se puede observar los conceptos de autoridad o administración independiente en España y de organismo autónomo e independiente y comisión de regulación en Colombia, aparecieron y se desarrollaron de una manera pragmática y sin coherencia. Ahora bien, las autoridades administrativas independientes son un fenómeno incierto y muy controvertido. La doctrina destaca que existe una contradicción intrínseca del concepto, en particular, porque es difícil justificar la independencia de las autoridades administrativas respecto al Gobierno central⁴⁷.

Es poco a poco, y de manera empírica, que la institución de las Autoridades administrativas independientes se ha desarrollado. La idea de ellas consiste en crear organismos retirados de las influencias políticas y de la presión de los distintos intereses económicos y profesionales, en sectores sensibles del ejercicio de las libertades públicas y en cuanto a la regulación de algunos sectores económicos o de mercados⁴⁸.

La aparición de las Autoridades administrativas independientes se puede explicar por la incapacidad de las estructuras tradicionales, así como del sistema judicial, para proteger el orden económico y social. No obstante, que otra causa de su aparición fue el efecto instigador de las construcciones comunitarias impulsadas por la internacionalización del comercio y la independencia de las economías, en el caso europeo⁴⁹. En España, según Fernández Rojas, se ha justificado su creación en la

⁴⁶ CARLÓN RUIZ, 2014: p. 38.

⁴⁷ PAREJO ALFONSO 1994: p. 8.

⁴⁸ LEMOYNE DE FORGES 1991: p.22.

⁴⁹Sobre el particular, el Consejo de Estado Francés en su *Rapport Public 2001* afirmó: “[...] *jurídicamente, la transposición de las directivas no implica la obligación de crear una nueva institución especializada en la regulación del sector en cuestión, ni incluso de crear una institución orgánicamente separada de las Administraciones centrales. La parte fundamental de la legislación comunitaria solo impone la instauración de una instancia independiente de las partes que permita, en particular, aplicar el acceso de los terceros a las redes, independientemente de la influencia, supuesta o real, de las partes predominantes en el sector en el momento de la transposición de la Directiva*”.

exigencia de dar respuesta a cuatro desafíos fundamentales: i. La reconstrucción de la legitimidad institucional, deteriorada por una profunda desconfianza frente a la manipulación partidista de las administraciones públicas; ii. El perfeccionamiento de los mecanismos institucionales para la protección de la salud pública, la preservación de un ambiente sano, y la garantía a los derechos y libertades fundamentales; iii. La defensa de un mercado eficiente y, iv. El incremento de la competitividad, la eficiencia y la calidad de las administraciones en el marco de la Unión Europea⁵⁰.

Debido a su método particular de intervención, estos organismos manifestaron, y así lo hacen siempre, una irreducible especificidad con relación a las categorías institucionales clásicas expresando nuevas formas de emisión de la norma jurídica. Ahora bien, se puede intentar definir las Autoridades administrativas independientes por la conjunción de tres criterios: por un lado, la independencia, esto es, su no pertenencia al poder legislativo o judicial, ni tampoco aparecer subordinadas o sometidas al poder ejecutivo, por el otro, el concepto de autoridad, es decir, su poder de decisión –sin que cuenten con todo el abanico de potestades administrativas- y, en ciertos casos, un carácter normativo en el sector bajo su responsabilidad⁵¹. En Francia, por ejemplo, la doctrina ha estado de acuerdo en los siguientes criterios: el poder de expedir actos administrativos decisorios, la sustracción a todo control jerárquico o de tutela⁵² y la ausencia de personalidad jurídica propia -con algunas excepciones-⁵³, a diferencia del modelo español en donde el legislador ha revestido de personalidad jurídica por lo general a la totalidad de las administraciones independientes⁵⁴.

En este sentido, así se encuentren situadas al exterior de las estructuras jerárquicas de la Administración central, las Autoridades Administrativas Independientes no son exteriores a la administración y, de una manera general, al Estado⁵⁵. En España, por ejemplo, por regla general, su presupuesto está vinculado al del Estado, actúan en

⁵⁰ FERNANDEZ ROJAS 2005: p. 426.

⁵¹ PAREJO ALFONSO 1994: p. 638.

⁵² GOHIN 1998: p. 215.

⁵³ La Autoridad de los Mercados financieros (A.M.F.) creada por la Ley de Seguridad Financiera del 1 de agosto de 2003, es un caso particular de una autoridad administrativa independiente, dotada con la personalidad moral.

⁵⁴ FERNANDEZ ROJAS 2004: p. 444.

⁵⁵ PARADA VASQUEZ 1994, p. 653.

nombre del él y sus decisiones están sometidas a un control jurisdiccional⁵⁶.

La gama de poderes que disponen las Autoridades administrativas independientes es muy amplia; varían según la naturaleza y el objeto de cada una. Gran parte de las autoridades tienen amplios poderes de investigación en el marco de su misión y tienen la facultad -expresamente reconocida o no- de emitir dictámenes y de hacer recomendaciones a las autoridades públicas. Algunas de entre ellas ejercen, en el marco delimitado por el bloque de legalidad -ley o reglamentos- una potestad normativa⁵⁷; otras, toman decisiones individuales, creativas de derechos y obligaciones para las personas interesadas, y un grupo tienen poderes de advertencia y de prescripción, o incluso de sanción, que no deja de plantear serios problemas jurídicos.

El examen de las misiones confiadas a estas autoridades, tal como se definen en los textos, es bien interesante, ya que permite ver en qué estas estructuras se distinguen de otros organismos del sistema administrativo y, especialmente, de las estructuras consultativas clásicas. En el sistema colombiano, la intermediación de un organismo administrativo, especializado para el ejercicio de competencias de control, ha sido realidad desde el comienzo del siglo veinte, bajo influencia de los consejeros y estructuras norteamericanos que tuvieron su origen en la Comisión Kemmerer⁵⁸.

Con la Superintendencia Bancaria (1923), comienza en Colombia la creación de estas autoridades, aunque son *in* concreto incorporadas en el ordenamiento jurídico mediante el Decreto N° 1050 de 1968, relativo a la estructura del Estado, como autoridades administrativas del orden nacional, adscritas a los Ministerios, sin personalidad jurídica ni patrimonio propio, pero con gran autonomía administrativa y financiera, y cuya misión es ejercer algunas funciones asignadas al Presidente de la República por la Constitución, en lo que tiene que ver con la inspección, vigilancia y

⁵⁶ FERNANDEZ ROJAS 2005: p. 426.

⁵⁷ PAREJO ALFONSO 1994: p. 651.

⁵⁸ En el gobierno del entonces Presidente Pedro Nel Ospina, se contrata una Misión de expertos norteamericanos dirigida por el profesor Estadounidense Edwin Walter Kemmerer, la cual arribó a Bogotá el 10 de marzo de 1923, con el fin de presentar a consideración del gobierno algunos ajustes a la estructura administrativa del Estado.

control de los sectores encargados.

La reforma de la estructura del Estado colombiano (Ley N° 489 de 1998), guardó lo esencial de este concepto⁵⁹. Con la nueva Constitución de 1991⁶⁰, la Ley N° 142 de 1994 y la Ley N° 489 de 1998, se crearon los Organismos autónomos e independientes y las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos, que son instituciones estatales de "regulación", encargadas "de otras funciones del Estado" diferentes a la ejecutiva, legislativa y la judicial, y que agrupa entidades de carácter especial que no corresponden a ninguna de las instituciones tradicionales del sistema colombiano, y permanecen aún, tanto para la jurisprudencia como para la doctrina, como un concepto en construcción⁶¹.

iii. Alcance y objeto de la investigación:

El elemento común entre las autoridades administrativas independientes españolas, los órganos autónomos e independientes y las comisiones de regulación colombianos, junto con las agencias independientes anglosajonas, es su misión de control no jurisdiccional en el sentido más amplio del término. Si bien la heterogeneidad de organismos calificados bajo esta categoría, la vaguedad misma del concepto - identificado por su plasticidad y capacidad de adaptación en cada sistema jurídico-, hacen que su adecuado entendimiento sea problemático y sujeto a una evolución dinámica constante, que se caracteriza además por la diversidad de poderes que le son otorgados a los mismos.

En este sentido se advierte que, en principio, el fundamento común de estas instancias se encuentra en la necesidad que tienen los Estados contemporáneos de regular ciertas actividades, garantizando de esta manera, el respeto al derecho positivo y los derechos

⁵⁹ Con fundamento en el artículo 116 de la Constitución Política, la ley ha atribuido funciones jurisdiccionales a algunas superintendencias, las cuales se encuentran precisadas en el artículo 24 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

⁶⁰ El artículo 113 de la Constitución de 1991, establece que: Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

⁶¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ 2013: p. 112.

y libertades en la praxis, con el fin de mantener la estabilidad y equilibrio de estos importantes sectores sociales y económicos.

La pregunta que se plantea, por lo tanto, consiste en definir ¿Qué pretende lograr el Estado -tanto en España como en Colombia-, al permitir la creación de autoridades administrativas independientes para la regulación y control de sectores sensibles de la vida nacional?

Asimismo, se considera que el estudio del concepto de autoridad administrativa independiente presenta, tanto España como en Colombia, un interés particular por la siguientes razones: en primer lugar, porque los sistemas jurídicos de estos dos países tienen una estrecha relación; en segundo lugar, porque se trata de una investigación entre países que, además de tener una relativa proximidad a nivel jurídico, se encuentran muy cercanos desde el punto de vista de su construcción histórica e institucional; así mismo, permite constatar cómo conceptos originalmente anglosajones, extranjeros *a priori* al modelo napoleónico, se infiltran y finalmente son adoptados, por los sistemas de tendencia francesa como el español y el colombiano.

Por último, el estudiar un objeto a la par de dos sistemas jurídicos no encuentra asidero solamente en la exposición de divergencias o características propias, sino que puede revelar también un extenso campo de convergencias, a través del análisis de los fenómenos histórico que impactan al derecho y que a su vez, introducen en el sistema jurídico, instituciones que han sido suficientemente desarrolladas en ordenamientos jurídicos foráneos como el español, norteamericano o británico.

iv. Metodología

Con el propósito de cumplir con una serie de procedimientos que buscan dar garantía y rigor científico a la investigación, el método empleado en esta tesis doctoral ha combinado algunos elementos de naturaleza analítica, ecléctico, y deductiva. En un primer momento, al acudir a los diferentes instrumentos que desarrollan la noción de autoridad administrativa independiente en el panorama internacional se realiza un

análisis de las normas que le dan origen y de la doctrina más representativa en los dos países, aspectos propios del método inductivo, que permite al investigador aproximarse a las fuentes de conocimiento y facilita el procesamiento de la información.

El análisis de sus características, medios de acción, facultades, controles y principales discusiones doctrinarias, también coadyuva a la determinación de la noción de autoridad administrativa independiente y sus particularidades en cada sistema. Por otra parte, la sistematización de la información, la identificación de contenidos relevantes y la elaboración de fichas de análisis y síntesis de los textos consultados, permitieron extraer tendencias generales sobre lo que a nivel internacional representa el concepto objeto de estudio, con el fin de valorarlos al interior de los modelos objeto de estudio, esto es, España y Colombia.

Asimismo, la presente investigación combina los análisis realizados en la primera etapa en la que se empleó el método analítico, y de la información recopilada y estudiada, lo que permite que se infieran conclusiones de las normas y de la doctrina más relevante sobre el particular. Luego de haber realizado esto se efectuó una valoración de las principales opiniones y se hizo una reflexión de comparación sobre los dos sistemas jurídicos. Lo anterior supuso que se empleara el método deductivo.

Además, este estudio tuvo como una importante ambición teórica identificar las influencias recíprocas entre los sistemas jurídicos occidentales. Se trató de una investigación sobre países que cuentan con una cultura jurídica relativamente similar pero con circunstancias y desarrollos históricos e institucionales diferentes, lo cual es en últimas el principal interés de este trabajo. Finalmente, se espera que a través de la presentación del marco teórico abordado, sea fácil para el lector comprender aquellos aspectos delicados donde persiste una diferencia de tratamiento en cada uno de los países, en relación con el concepto de autoridad administrativa independiente.

v. **Estructura:**

El desarrollo de la presente tesis de doctorado se compone de tres capítulos distribuidos de la siguiente forma:

Capítulo I titulado: Las Autoridades Administrativas Independientes: un fenómeno mundial, pretende dar claridad sobre el origen de las autoridades independientes para comprender mejor el fenómeno de las AAI en España y Colombia, para lo cual, primero se estudiarán las AAI en Estados Unidos, en donde surgió dicho concepto. Luego se analizará la adopción en el Reino Unido, país que sirvió de catalizador de la proliferación de las AAI en Europa. Por último, se examinará el surgimiento de las AAI en Francia, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico de este país tradicionalmente ha ejercido una influencia significativa sobre el desarrollo de los sistemas jurídicos, tanto en España como en Colombia.

Capítulo II titulado: Autoridades Administrativas Independientes: una nueva forma de administración, en el cual se analizan las principales discusiones doctrinales en cuanto a esta institución; abordando, en primer lugar, la problemática sobre la independencia y la ruptura de las teorías clásicas del Estado, así la fragmentación de la estructura estatal y administrativa y la génesis del Estado policéntrico. Seguidamente, se estudia el fenómeno de las AAI como respuesta a los problemas de la privatización. Luego se aborda el concepto de Estado Regulador y la independencia como mecanismo para garantizar la imparcialidad. Finalmente, se explica la discusión sobre la constitucionalidad de las AAI, la captura del regulador y las funciones generales de las AAI como consecuencia de la fragmentación del poder público.

Capítulo III: Las AAI en Colombia y España: Dos modelos próximos de entendimiento de la regulación y la independencia, en donde se estudia, en una primera instancia, el modelo de organización del Estado colombiano desde sus orígenes hasta la entrada en vigencia de la actual Constitución Política de 1991. Luego se revisa el modelo presidencial en Colombia, los conceptos de centralización

política y descentralización administrativa y la forma organizativa del Estado Colombiano. Seguidamente, se analizan los antecedentes de las autoridades regulatorias hasta llegar al modelo constitucional vigente: las Comisiones de Regulación, las Superintendencias, hasta llegar al estudio del Banco de la República, las Corporaciones Autónomas Regionales - CAR, la Autoridad Nacional de Televisión - ANTV y la realización de algunas reflexiones finales sobre el fenómeno en Colombia. En segundo lugar, se aborda el estudio del modelo español, a través del modelo de Estado, la Constitución de 1978, el sector central y descentralizado de la administración; para posteriormente colocar de presente la discusión sobre la constitucionalidad de las AAI, el surgimiento y desarrollo histórico de la institución y los organismos más representativos, esto es, RTVE, CSN, Banco de España, AEPD, CMT, CNE, CNSP, hasta llegar a la novedad institucional que se plantea en relación con este fenómeno, con la creación de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia –CNMC-. Finalmente, se hacen unas reflexiones de cara a los dos sistemas estudiados con el fin de analizar sus características y aspectos convergentes o divergentes.

Por último, la tesis doctoral finaliza con unas conclusiones principales, las cuales han sido extraídas del análisis que se ha llevado a cabo en los tres capítulos que componen este trabajo, y que no solamente condensan las principales ideas desarrolladas en la tesis, sino que dan cuenta de los hallazgos que se obtuvieron del estudio de la temática

Capítulo 1: Las Autoridades Administrativas Independientes: un fenómeno mundial.

Las Autoridades Administrativas Independientes en el Derecho Comparado

Las Autoridades Administrativas Independientes -en adelante “AAI”- son un fenómeno relativamente nuevo en los ordenamientos jurídicos español y colombiano. Este tipo de autoridades tiene su origen en el derecho anglosajón. Se considera que la primera autoridad en el mundo en reunir las características de una AAI fue creada en el año 1887 en Estados Unidos, la *Interstate Commerce Commission (ICC)*⁶². Luego este tipo de autoridades se extendió a otros países. En el ámbito europeo, el Reino Unido fue el primer país en crearlas, y desde allí aquellas instituciones se extendieron hacia Europa.

A continuación, se desarrollará un estudio de derecho comparado para comprender el fenómeno de las AAI en España y Colombia. Primero se estudiarán las AAI en Estados Unidos, donde surgió el concepto de las AAI (I). Luego se analizará la adopción de este concepto en el Reino Unido, país que sirvió de catalizador de la proliferación de las AAI en Europa (II). Por último, se examinará el surgimiento de las AAI en Francia (III), teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico francés tradicionalmente ha ejercido una influencia significativa sobre el desarrollo de los sistemas jurídicos tanto en España como en Colombia.

I. Estados Unidos

1. Panorama de las AAI en Estados Unidos

1.1. Las Public Utility Commissions

Durante gran parte del siglo XIX los Estados Unidos fue un país cuya característica principal se concretó en una nula intervención en la economía, como consecuencia de la prevalencia del principio de libertad de empresa, defendido por las principales autoridades de este país. Así, por ejemplo, Thomas Jefferson, abogado y tercer

⁶² MORENO MOLINA 1995: p. 104.

presidente de los Estados Unidos, en su primer mensaje anual al congreso, señalaba: “[...] agricultura, manufactura, comercio y navegación, los cuatro pilares de nuestra prosperidad, son más florecientes cuánto más libertad de empresa haya”⁶³. En aquella época dominaba la política “*laisser-faire*”⁶⁴ y el “*Estado mínimo*”⁶⁵, es decir, la no intervención del Estado en la economía y una sociedad automáticamente regulada por el las leyes del mercado⁶⁶. Sin embargo, aquella política y principio tienen cambios importantes que se concretan a finales del siglo XIX, momento a partir del cual se observa un creciente intervencionismo del Estado en la economía. Ejemplo de ello, es la célebre sentencia del año 1877 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos - *Supreme Court of the United States*-, caso *Munn vs. People of Illinois*, en la considera válida la intervención regulatoria del Estado en ciertas actividades económicas denominadas *public utilities* con fundamento en el principio de prevalencia del interés general⁶⁷.

En la sentencia citada, los señores Munn y Scott, quienes explotaban unos silos de grano en el estado de Illinois, se vieron afectados por una norma aprobada por el parlamento que imponía una tarifa máxima para la prestación del servicio del almacenamiento del grano. Ante esta normativa, los señores Munn y Scott acuden al Tribunal Supremo por considerar que el legislador de Illinois no tenía derecho a fijar tal tarifa máxima dado que el principio de la libre empresa vigente permitía a las empresas determinar sus tarifas libremente.

⁶³ WILLIAMS Y LOSSING [s.f.]: p. 248.

⁶⁴ Aunque la expresión francesa es atribuida al pensamiento de A. Smith, es importante recordar que: “[En Francia] Smith conoce personalmente, a los grandes representantes de la Ilustración francesa: Voltaire, Montesquieu, Helvetius, Holbach, D’Alambert, entre otros. Además el futuro padre de la economía tiene la oportunidad de conocer a Turgot y, más importante aún, a Francois Quesnay, el padre de los fisiócratas. Su contacto con el fundador de la escuela fisiócrata, que pregonaba el *laissez faire, laissez passer* con el corolario político de que el mejor gobierno es el menor gobierno, fue una influencia importante para Smith, pero en ningún caso decisiva”. MONTES 2006: p. 5-24.

⁶⁵ En esta concepción del Estado y de la economía tienen especial relación con las posiciones de Adam Smith, dispuestas en el manifiesto Liberal: “The Wealth of Nations” (1776).

⁶⁶ El concepto de libre mercado, según la Gran Enciclopedia de Economía, es una: “Doctrina económica basada en la necesidad de una acción individual libre, sin cortapisas ni distorsiones estatales, como principio decisivo para el bienestar de la comunidad. Se inspira en la frase de J. S. M. Vincent de Gournay (siglo xviii), «laissez faire, laissez passer, le monde va de lui meme» (dejad hacer, dejad pasar, el mundo funciona por sí mismo). Laissez faire (fr.)”.

⁶⁷ *Munn v. Illinois*. 94 U.S. 113 (1877).

El Tribunal Supremo, sin embargo, no da la razón a los demandantes y apoya la actuación del Estado de Illinois, con fundamento en el principio de interés general. En efecto, el citado tribunal, señaló al respecto que “[...] cuando la propiedad privada se consagra a una utilización pública, estará sujeta a la reglamentación pública.” y a partir de dicho principio, entiende que los silos de grano son “*portadores del interés general*”, en tanto que en el citado estado, son pocos los operadores que comparten el total del mercado de silos de grano y en consecuencia el Tribunal concluye señalando que el Estado de Illinois tiene derecho a reglamentar esta actividad económica.

A partir de la sentencia *in cito*, los diferentes estados procedieron a crear autoridades especiales para regular determinados sectores de la economía que se caracterizaron como *public utilites* (servicios públicos), por ejemplo, el sector financiero, los seguros y el sector ferroviario. Todo ello debido a la complejidad técnica y a la necesidad de que una entidad autónoma e independiente a los intereses de los interesados (Gobierno Federal, Gobierno Estatal y empresas privadas, entre otros) se encargase de vigilar y establecer pautas de comportamiento.

Estas autoridades se establecieron primero a nivel estatal y se denominaron Comisiones de Servicios Públicos (*Public Utilities Commissions = PUC*), las cuales fueron creadas por el congreso de los estados y por ello sus efectos sólo se limitaban a la jurisdicción territorial correspondiente sin que afectase a otro estado de la Federación. Como característica común es importante señalar que en la mayoría de los casos, el gobernador era quien tenía el poder de nombrar a sus miembros que eran principalmente abogados⁶⁸. Estas comisiones estaban compuesta por cinco comisarios, de los cuales no más de tres podía pertenecer al mismo partido político, nombrados por el Gobernador con el visto bueno del Congreso, y que no podían ser cesados por el jefe del ejecutivo local más que en los supuestos tasados de ineficiencia, abandono del servicio o conducta delictiva en el desempeño del cargo⁶⁹.

⁶⁸DELZANGLES 2008: p. 48.

⁶⁹ Sección 13 *Interstate Commerce Act* (24 Stat. 379); citado en: MARTINEZ 2002: p. 93.

Es preciso analizar en este punto, como la construcción de la arquitectura típica del sistema constitucional norteamericano de las tres ramas del poder público y el sistema de frenos y contrapesos, se hace visible, en tanto que la elección de los comisionados es el resultado de un proceso compuesto, del cual hacen parte el ejecutivo y el legislativo. El jefe del ejecutivo, en este momento el Presidente, designa al candidato a comisionado y el legislativo, el Senado, lo aprueba o ratifica, que al suceder completa el proceso electivo⁷⁰.

La aparición del ferrocarril y su expansión, hacen necesaria la intervención del Estado dado que las condiciones y la forma en que aquel servicio se desarrolla, determina la aparición de problemas importantes como la especulación en los precios que genera un descontento popular por las tarifas, las prácticas abusivas de las compañías ferroviarias, los fraudes, las bancarrotas, entre muchos otros⁷¹. Ante dicha situación, el Congreso Federal se ve obligado a intervenir para garantizar un mínimo de orden y de control en el desarrollo de aquella actividad económica de gran trascendencia social para aquella época⁷². Es así, como en el año de 1887, se crea en Estados Unidos, la *Interstate Commerce Commission (ICC)* considerada la primera administración independiente a nivel nacional y que inicialmente tenía por objetivo recibir y tramitar quejas al servicio ferroviario, actuar ante los tribunales e informar al Gobierno para la toma de decisiones⁷³.

A finales de la década de los sesenta y principios de los setenta del siglo XIX, estas comisiones adquieren carácter permanente y se les otorga mayores competencias. Así, se les reconoce el ejercicio de funciones cuasi legislativas y cuasi ejecutivas, a tal punto que son las competentes para fijar las tarifas y resolver los conflictos que se planteaban en el sector⁷⁴.

⁷⁰ VIRGALA FORURIA 1994: p. 145

⁷¹ MARTINEZ 2002: p. 92.

⁷² CHUSHMAN 1941: p. 20.

⁷³ MARTINEZ 2002: p. 94.

⁷⁴ MARTINEZ 2002: p. 92.

1.2. Interstate Commerce Commission

A finales del siglo XIX, en todo el territorio nacional se crean diversos monopolios en distintos sectores de la economía de los Estados Unidos y el poder público se ve obligado a intervenir, lo cual va a determinar la aparición de innumerables conflictos dada la prevalencia que hasta ese momento había tenido el principio de libertad de empresa en el desarrollo de actividades económicas.

En este contexto, el Tribunal Supremo resuelve un importante caso sometido a su consideración, el *Wabash, St Louis and Pacific Railway y Co., v. People of Illinois*, 118 U.S. 557 (1886), cuya sentencia resulta de especial interés para entender la creación de las AAI en el país norteamericano. Los hechos que dan origen al pronunciamiento judicial corresponden al estado de Illinois, que adopta una regulación de tarifas para el transporte ferroviario que afecta también a otros estados. La Corte Suprema, con fundamento en el 3º inciso de la 8º sección del 1º artículo de la Constitución de Estados Unidos, denominada “cláusula de comercio”, considera nula dicha regulación porque en virtud de la citada clausula, cualquier regulación de un estado que pretenda traspasar sus efectos a otro no tiene validez. Con fundamento en esta cláusula, el Tribunal concreta que la fijación de las tarifas para el transporte ferroviario entre estados afecta indudablemente al comercio entre éstos, y para que esta regulación sea válida señala, debe ser aprobada por el Congreso de Estados Unidos, único competente para este tipo de normas⁷⁵. En otro de los apartes de la sentencia, el Tribunal también determinó que los estados de la Unión son incompetentes para realizar tal regulación⁷⁶.

En virtud de esta sentencia, el Congreso crea, en el año de 1887, una autoridad nacional de regulación para el transporte en todo el territorio nacional, conocida como *Interstate Commerce Commission* (ICC), cuya función era aprobar las tarifas de las compañías ferroviarias del país⁷⁷. Este organismo, es la primera autoridad independiente creada en el ámbito de la Federación, y sirvió de modelo para todas las

⁷⁵ *Wabash, St Louis and Pacific Railway y Co. v. People of Illinois*, 118 U.S. 557 (1886).

⁷⁶ MORENO MOLINA 1995: p. 105.

⁷⁷ Ley del 4 de febrero de 1887 (*Interstate Commerce Act*), 40 U.S.C. 1-22.

agencias independientes creadas a partir de ese momento⁷⁸. Con carácter general, el régimen jurídico de la ICC era muy similar a las comisiones que habían creado los estados de la Federación.

Inicialmente, la Interstate Commerce Commission se sujeta a la tutela de la Secretaría del Interior, quien debe designar sus miembros, salarios y gastos⁷⁹. Sin embargo, dos años después de su creación por la Ley de 2 de marzo de 1889 del Congreso, se le desvincula de la Secretaría y se concreta su dependencia del órgano legislador federal, a quien le corresponde a partir de entonces supervisar las cuentas de la ICC⁸⁰. Dicha reforma tenía por objetivos, limitar el poder del ejecutivo, en especial, del Presidente de Estados Unidos, ya que la dependencia de la citada autoridad a un integrante del gabinete presidencial, se consideraba que fortalecía no sólo al Ministerio de quien dependía, sino también, al Presidente que, en definitiva, era el responsable último de la regulación de este sector.

Esta nueva regulación es considerada clave en la aparición de las administraciones independientes dado que, por primera vez, se crea una autoridad pública que no se encontraba sometida a la tutela del poder ejecutivo. A partir de la promulgación de la citada norma, la autoridad en comento, adoptó sus decisiones de forma independiente de los órganos públicos, solamente siéndole menester rendir cuentas al Congreso. Por tal razón, la Ley de 2 de marzo de 1889 se considera el punto de partida de las AAI en Estados Unidos y en la historia de esta institución en el derecho comparado⁸¹.

Por otro lado, el Congreso consideraba que no era de él asumir la regulación de las cuestiones que la autoridad ejecutiva tenía atribuida en numerosos temas técnicos asociados con el sector del transporte. Bajo tal escenario el legislador federal norteamericano “terceriza” esta función de regulación en una entidad con características especiales, que será, en definitiva quien ejerza, en nombre del Congreso, dicha función⁸². Esta es casualmente el origen de las administraciones

⁷⁸ SHARFMAN 1959.

⁷⁹ DELZANGLES 2008: p. 48.

⁸⁰ Interstate Commerce Act as amended by 25 St. p. 855, c. 382 (1889).

⁸¹ Interstate Commerce Act as amended by 25 St. p. 855, c. 382 (1889).

⁸² DELZANGLES 2008: p. 49.

independientes, que, en la actualidad, continúa existiendo con estas características, si bien, como se observará, tendrá algunas modulaciones y mejoras en la regulación contemporánea.

Empero, la ICC no habría logrado la victoria hasta que el *Elkins Act* (1903) y el *Herpburn Act* (1906) le concedieron sendos poderes que permitirían prestar con total solvencia y fuerza ejecutiva las misiones que le habían sido encomendadas por la ley federal de creación (1887). *The Elkins Act* les permitió a los tribunales acabar con la discriminación “no razonable” de tarifas y dio efectos coercitivos y vinculantes a las tarifas publicadas por la *Interstate Commerce Commission*. Más adelante el *Herburn Act* aumentó el número de comisionados de cinco a siete, le concedió la potestad de señalar el baremo máximo de las tarifas, cambio el *onus probandi* en las apelaciones que desde esta ley estaba en cabeza de la Empresa de Ferrocarriles y ya no a cargo de la ICC, finalmente impuso un riguroso sistema de contabilidad aplicable a todas las empresas⁸³.

Respecto del diseño funcional implementado en la creación de la ICC, esta fue dotada de sendos poderes para la regulación según “el interés público, la utilidad y la necesidad”, lo que se traducía, de acuerdo con sus detractores, en la “usurpación” de las funciones legislativas propias del órgano federal. De otra parte, la Ley de 1887 le dotó del poder de determinar cuales tarifas eran contrarias al ordenamiento jurídico y perjudiciales para el comercio y la sociedad en general. En otras palabras, un poder administrativo decisorio, similar al del sistema judicial, debido a que existía un órgano colegiado similar al de los tribunales de apelación, un comisario, quien hacía las veces de juez de instancia, y el procedimiento estaba informado por los principios de imparcialidad y objetividad. Aunado a esto, hubo una casualidad que permiten asemejar el estatus de la ICC y de algunos de sus funcionarios con la rama judicial, los Comisarios percibían el mismo salario que los jueces de los EUA, y el primer presidente de la entidad fue el renombrado Juez Thomas M. Cooley⁸⁴.

⁸³ MITCHELL 1975.

⁸⁴ MORENO MOLINA 1995: p. 109-110.

Las modificaciones sucesivas fueron, *The Hepburn Act* (1906), que reformó la conformación del máximo órgano colegiado de la ICC de cinco a siete miembros⁸⁵. A continuación, la *Ley Mann-Elkins* (1910) que otorgó la facultad de imponer una “suspensión provisional” de los incrementos tarifarios publicados por las empresas del sector, a la cual podían hacer frente justificando la “razonabilidad” de los incrementos⁸⁶. En 1920, la Ley del transporte, aumentó una vez más el número de comisionados, que pasó de siete a once, a su vez que amplió los poderes de la Comisión⁸⁷.

Finalmente, en 1996 se establece la *Surface Transportation Board (STB)*, que da por terminada las funciones de la *Interstate Commerce Commission*, asumiendo sus competencias normativas, técnicas y jurisdiccionales. La STB se establece con un total de tres miembros, una notable disminución de los miembros de la anterior Comisión, y que son elegidos utilizando el mismo procedimiento compuesto al que se ha hecho referencia antes⁸⁸.

1.3. La Federal Trade Commission

En el año 1915, por medio de la *Federal Trade Act*, se crea la autoridad independiente denominada *Federal Trade Commission* -en adelante “FTC”-⁸⁹. La FTC nace para facilitar la aplicación de dos leyes antimonopolio de gran importancia para este estudio⁹⁰. Se trata de la “Ley Sherman del 2 de julio de 1890”⁹¹ y la “Ley Clayton del 15 de octubre de 1914”⁹².

La configuración jurídica de la citada “FTC” siguió el modelo de la “ICC”. La finalidad de la comisión federal de comercio era supervisar las reglas de la libre competencia en el mercado y velar por el cumplimiento de las leyes antimonopolio⁹³. Una vez puesta en funcionamiento fue objeto de distintas reformas por parte del

⁸⁵ *Hepburn Act*, 34 Stat. 584.

⁸⁶ MORENO MOLINA 1995: p. 109-110.

⁸⁷ MORENO MOLINA 1995: p. 110.

⁸⁸ *The Interstate Commerce Commission (ICC) Termination Act of 1995* (49 U.S.C. 10101 et seq.).

⁸⁹ 47 U.S.C. 307. El *Federal Trade Act* fue adoptado en el año 1914. (15 U.S.C. 41)

⁹⁰ DELZANGLES 2008: p. 50.

⁹¹ *Sherman Antitrust Act*, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1–7.

⁹² *Clayton Antitrust Act*, 38 Stat. 730, enacted October 15, 1914, codified at 15 U.S.C. §§ 12–27, 29 U.S.C. § 52–53.

⁹³ ABAD LICERAS Y IRURZUN MONTORO 2009: p. 33.

Congreso de los Estados Unidos, para otorgarle más competencias con mayor agilidad y eficiencia en la supervisión de las prácticas anticompetitivas de los mercados regulados. En 1938, el Congreso aprobó una prohibición contra las “prácticas o actos desleales y engañosos que afectan a la competencia” y confió a esta autoridad el deber de verificar el cumplimiento de la prohibición allí recogida, que comprendía una variedad de normas de protección al consumidor, como, por ejemplo, las ventas por medio del “tele-mercadeo”, “los sistemas de pago por llamada y la igualdad de oportunidad de crédito”, entre otros.

En 1975, el Congreso le atribuyó a la “FTC” una competencia muy relevante. Dado que no sólo velar por el cumplimiento de la normativa, era eficiente para controlar las prácticas contra-ley, se le habilitó para adoptar normas que regularan el sector comercial en general⁹⁴. En efecto, dicha atribución de competencia legislativa le diferenció de forma significativa de otros órganos o autoridades existentes, dado que tenía la capacidad de ejercer competencia propia del poder ejecutivo como el control de cumplimiento de las normas, pero, además, se le permitió desarrollar actividad legislativa.

1.4. El auge de las AAI en la era del New Deal

Desde los gobiernos de Theodore Roosevelt (1901-1909) y Woodrow Wilson (1913-1921), se instó a la creación de agencias independientes para vigilar y regular los mercados y así devolver el equilibrio y respeto a los derechos conculcados de los consumidores. Sin embargo, después de la crisis financiera de 1929, conocida como la “Gran Depresión”⁹⁵, se consideró necesario desarrollar una política intervencionista. El Presidente Franklyn D. Roosevelt⁹⁶, hace efectiva dicha política

⁹⁴ COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO 2014.

⁹⁵ “El crack de la Bolsa de Nueva York (*Crash of the US stock market*) se inició el 24 de octubre de 1929. Este día ha recibido el nombre de “Jueves negro” (*The Black Thursday*), y supuso el origen de un colapso financiero dramático y de una recesión económica sin precedentes. La Bolsa de Nueva York, el mayor mercado de valores del mundo, se hundió y arrastró a la ruina a miles de inversores desatando una crisis que condujo a la depresión de los años treinta. Una gran cantidad de la producción, tanto local como internacional, especialmente en los años 1920, estaba financiada a través del crédito, es decir, de promesas de pago en el futuro”. SERRANO SEGARRA 2010: p. 114-115.

⁹⁶ “En el verano de 1932, Franklin D. Roosevelt, gobernador de Nueva York, fue nominado como el candidato presidencial del partido demócrata. En su discurso de aceptación, Roosevelt abordó los problemas de la depresión diciéndole a los estadounidenses “yo les prometo, yo me prometo a mi mismo, un nuevo trato para el pueblo estadounidense.” En la elección tuvo lugar en el otoño de 1932, Roosevelt gana por un triunfo aplastante.” LIBRARY OF CONGRESS.

a través del conocido *New Deal*. que se basaba en la intervención del Estado en la economía a fin de recuperar los empleos y la capacidad industrial, además de la regulación estatal de la actividad de los diversos sectores económicos e industriales. Apunta Serrano Segarra al respecto: “El gobierno Roosevelt proponía la contratación directa por parte del gobierno, el dirigismo, el proteccionismo arancelario, las subvenciones, el control de precios y salarios, la realización de obras públicas, la nueva planificación estatal, etc. Es decir, en definitiva se rompía con la filosofía del capitalismo clásico por excelencia”.⁹⁷ La aplicación de esta nueva política, en lo que a este trabajo interesa, trae consigo un auge en la creación de administraciones independientes.

La Gran Depresión había ocasionado la quiebra y desaparición de muchas empresas, principalmente pequeñas. Esta situación lleva a que grandes conglomerados económicos, se apropien del mercado que aquellas desarrollaban y se produce, así, un creciente control monopolístico en muchos sectores que la política del *New Deal* pretende controlar para evitar abusos en el mercado⁹⁸. En efecto, “[l]a gran depresión comenzó en 1929 cuando, en un período de diez semanas, las acciones en la bolsa de valores de Nueva York perdieron 50 por ciento de su valor. Las acciones siguieron cayendo durante principios de 1930, empresas fracasaron, como desempleo aumentó dramáticamente. En 1932, uno de cada cuatro trabajadores estaba desempleado. Los bancos fallaron y los ahorros se perdieron, dejando a muchos estadounidenses indigentes. Sin trabajo y sin ahorros, miles de americanos perdieron sus hogares. Los pobres se congregaron en chozas de cartón en llamadas *Hoovervilles* en los bordes de las ciudades en todo el país; cientos de miles de desempleados que recorrían el país a pie y en furgones en inútil búsqueda de puestos de trabajo. Aunque algunos pocos pasaban hambre, el hambre y la desnutrición afectaba a muchos”⁹⁹.

La depresión económica fue muy profunda lo que obligó en aquel entonces a replantear la función de las autoridades públicas. El Gobierno de la Nación, tiene una mayor intervención en la economía fundamentalmente encaminada a sustituir o

⁹⁷ SERRANO SEGARRA 2010: p. 119.

⁹⁸ DELZANGLES 2008: p. 51.

⁹⁹ LIBRARY OF CONGRESS.

corregir los mecanismos del mercado que, por una parte, eran acusados de provocar la depresión y, por otra, su organización no le permitía intervenir correctamente en ciertos sectores del mercado. Para solventar estos problemas, se procede a regular la economía en los sectores básicos, para estabilizarlos a través de la fijación de barreras de entrada, por la imposición de horquillas y la concreción de los precios a los operadores privados. Para el desarrollo de estas nuevas funciones, se crean autoridades independientes de suma importancia, como la “Federal Communications Commission”, la “Federal Power Commission”, y la “Securities and Exchange Commission”¹⁰⁰.

1.4.1. La Federal Communications Commission

La *Federal Communications Commission* (FCC) fue creada con base en el *Communications Act* de 1934¹⁰¹. El Gobierno pretendió concentrar funciones en el seno de la FCC que habían sido ejercidas con anterioridad por otros organismos estatales como la *Federal Radio Commission* (1927), el Departamento de Correos, el Departamento de Estado y la *National Aeronautics and Space Administration* (NASA). La FCC actualmente vigente, es una agencia de regulación multisectorial e interestatal en tanto que tiene competencias en varios sectores como son la radio, televisión, telefonía, redes inalámbricas, satélites y cable, en los 50 Estados, el Distrito de Columbia y los territorios de ultramar pertenecientes a los Estados Unidos¹⁰².

La FCC sigue el arquetipo de conformación de las agencias independientes americanas. Sin embargo, está integrada por siete miembros, siguiendo las reglas de paridad política en donde no más de cuatro comisionados pueden tener la misma filiación. Para asegurar que los comisionados se mantengan independientes del mercado de las comunicaciones, la Ley establece la prohibición de participar en negocios, vocación o empleo en el sector de las comunicaciones¹⁰³. La diferencia entre la FCC y las demás agencias independientes radica en que, debido a las diversas

¹⁰⁰ MONTERO PASCUAL citado en LENIS MEJÍA 2003: p. 13-14.

¹⁰¹ The Communications Act of 1934, 48 Stat. 1064.

¹⁰² *Acerca de la FCC*. Federal Communications Commission (FCC). [consulta 15-10-2014]. Disponible en: <http://transition.fcc.gov/cgb/consumerfacts/spanish/aboutfcc.html>

¹⁰³ The Communications Act of 1934, 48 Stat. 1064. Sec. 4.

y colosales responsabilidades de la agencia, ella debió haber tenido una conformación diferente a la clásica estructura heredada de la ICC por otras agencias.

1.4.2. La Federal Power Commission

Durante el desarrollo de la industria de la electricidad, y hasta el año 1920, las empresas y las distintas concesionarias hidroeléctricas tenían que contar con una Ley especial expedida por el Congreso norteamericano que les habilitara para “construir y operar” hidroeléctricas tanto en los ríos navegables como en las tierras propiedad del gobierno federal.¹⁰⁴

Es por esto que el 10 de junio de 1920, se expidió el *Federal Water Power Act*, por medio del cual se creó la *Federal Power Commission* –en adelante, “FPC”-, la cual se encargaría en adelante de expedir licencias y regular el mercado hidroeléctrico interestatal, además de proteger e incentivar la navegabilidad de los ríos norteamericanos. Básicamente, el Congreso delegó sus funciones en una entidad técnica más eficiente en la regulación del sector, no obstante, que en aquel momento las grandes empresas y los monopolios existentes abusaban de su poder conculcando flagrantemente los derechos de los consumidores, entre otros factores determinantes para la creación de la FPC.

Posteriormente, en 1930, la FPC fue reorganizada y convertida en una agencia independiente. La misma se componía de cinco comisionados (*Commissioners*) designados directamente por el Presidente de la República, con el consentimiento del Senado de los cuales sólo tres de ellos podían pertenecer al mismo partido político. El Presidente también elegía a quien ejerce el cargo de oficial principal (*Executive Officer*), y su sede principal se encontraba en el Distrito de Columbia¹⁰⁵, rasgos típicos de las Agencias creadas con posterioridad a la ICC.

En 1935, el Congreso Federal modifica *el Federal Power Act*, para reconocerle a la “FPC” funciones interestatales de regulación sobre la industria de la energía hidroeléctrica. Con posterioridad, se extendieron a la industria del gas, en el año de

¹⁰⁴ *Hydropower Regulatory History*. U.S Fish & Wildlife Service.

¹⁰⁵ *The Federal Power Act*, of June 10, 1920, ch. 285, 41 Stat. 1063.

1938 a través de la aprobación por parte del congreso del *Natural Gas Act*¹⁰⁶. Finalmente, en 1977, se modificó nuevamente el *Federal Power Act* y se suprimió la FPC, para en su lugar se crear la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) que se encargó de asumir las funciones y el trabajo realizado por su predecesora.

1.4.3. La Securities and Exchange Commission¹⁰⁷

La *Securities And Exchanges Commission* (SEC) fue creada para combatir las amenazas dejadas por la gran depresión, tales como la especulación, el fraude y el peculado, así como fomentar la confianza en el mercado de valores, lo cual constituye un pilar fundamental en la robustez de la industria. Es claro que la creación de la SEC se produce en medio de las fuertes críticas que se realizaron a las entidades financieras por su participación en el colapso económico de finales de la década de 1920¹⁰⁸. Siguiendo una estructura similar a la de la FPC, la SEC fue creada por el *Securities and Exchanges Act* en 1934, compuesta por cinco comisionados, designados por el Presidente y ratificados por el Senado, atendiendo a las reglas de simetría política, no podían designarse más de tres comisionados pertenecientes al mismo partido político¹⁰⁹.

La SEC se le reconoce funciones de vigilancia y supervisión de los sujetos que actúan en el mercado de valores norteamericano (emisores, inversionistas e intermediarios), además de las funciones que ejercía hasta ese momento la “FTC”, verbigracia el registro de inscripción (*registration statement*), mecanismo que regulaba –o controlaba- las emisiones de valores¹¹⁰.

1.4.4. National Labor Relations Board

Durante la mayor parte del siglo XIX, y durante los primeros lustros del siglo XX, en Estados Unidos se libraba una constante lucha entre la industria y los sindicatos, especialmente el sector ferroviario. En esta época, los sindicatos se encontraban desprotegidos frente al enorme poder financiero de los empresarios, además de tener

¹⁰⁶ BELL 1964: p. 601-609.

¹⁰⁷ Comisión de Valores y Bolsas.

¹⁰⁸ FREEDMAN 1988: p. 129.

¹⁰⁹ U.S.C. *Securities Exchange Act of 1934*. June 6, 1934, ch. 404, title I, Sec. 1, 48 Stat. 881.

¹¹⁰ LOPEZ ÁLVAREZ 2008.

a las decisiones judiciales con resultados adversos. Por esta razón, el gobierno federal interviene con la aprobación del *Norris-LaGuardia Act* (1932)¹¹¹ que contiene por finalidad proteger el derecho de los sindicalizados a participar en las huelgas y la libertad a utilizar otras vías de hecho, para poder forzar negociaciones con los empleadores¹¹².

En 1935, el Congreso Federal interviene nuevamente en temas laborales, y aprueba la *National Labor Relations Act* (NLRA), que crea la autoridad *National Labor Relations Board* (NLRB). Se trata de una agencia compuesta por tres miembros – posteriormente elevados a cinco- designados por el Presidente y ratificados por el Senado, y que tenía por finalidad prevenir o corregir las prácticas laborales consideradas injustas que afectaban el comercio entre los estados de la Unión¹¹³. En este caso, al igual que los supuestos antes estudiados, el presidente elige al que será jefe de la autoridad –*Chairman of the Board*-, el cual sólo puede ser removido, previa notificación y audiencia al afectado, por negligencia en el desarrollo de sus funciones o por actividad ilícita en el ejercicio de su cargo señaladas específicamente en la citada Ley¹¹⁴.

2. El Fortalecimiento de las agencias independientes.

Para hacerle frente a la crisis económica de la Segunda Guerra Mundial, a partir de 1945 se crearon comisiones reguladoras que buscaban proteger principalmente a los consumidores y al usuario. Con el comienzo de la guerra de Corea en 1950, se desencadenó una ola de pánico por el desabastecimiento de productos por parte de los consumidores y de las empresas que recordaban la escasez del conflicto que recientemente había finalizado. Los precios se incrementaron rápidamente y los controles a los precios y salarios, así como medidas de política fiscal restrictiva, entran en vigencia en 1951. A finales de los años cincuenta, el presupuesto llegó a

¹¹¹ *Norris-LaGuardia Act*, 47 Stat. 70 (1932).

¹¹² COOKE 1985: p. 1-21.

¹¹³ U.S.C. § 153 - *National Labor Relations Board*, 1935. Posteriormente, la misma es modificada por el *Labor Management Relations Act*, 1947 [29 U.S.C. 141 et seq.], que eleva el número de comisionados a cinco (5).

¹¹⁴ U.S.C. § 153 - *National Labor Relations Board*, 1935. Posteriormente, la misma es modificada por el *Labor Management Relations Act*, 1947.

presentar déficit durante las recesiones y superávit con niveles pico de la actividad económica¹¹⁵.

La llegada la década de los sesenta, durante la administración Kennedy (1960-1963) trajo consigo la implementación de políticas para lograr recuperar la economía. El programa contemplaba una devolución por impuestos pagados a la inversión, un incremento del gasto público y recortes impositivos o tributarios para personas y empresas. Empero sería en el periodo desde 1965 a 1977 en el que se daría el último gran impulso de creación de comisiones reguladoras, iniciándose con los programas de la *Great Society* del presidente Johnson, y la creación en 1977 de la *Federal Energy Regulatory Commission* que reemplazó a la *Federal Power Commission*..

Las comisiones reguladoras creadas en este periodo nacen fundamentalmente contra la industria, con el fin de atender externalidades, a efectos sociales de la actividad industrial, por ejemplo nace el *Equal Employment Opportunity Safety Commission* (1972); que es un movimiento político a través del cual se consiguió igualmente involucrar a consumidores y asociaciones ciudadanas en los procedimientos de las comisiones independientes, con el fin de representar directamente los intereses del pueblo norteamericano¹¹⁶. A comienzos de los años setenta, durante el contexto de reformas que de manera precedente se ha expuesto, surge en el pensamiento económico la Escuela de Chicago, compuesta por economistas de la Universidad de la ciudad en comento. De entre ellos se destacan los esposos FRIEDMAN, quienes consideraban que el Estado no debería intervenir en la economía¹¹⁷.

La más notable crítica de la Escuela de Chicago a la intervención económica de las agencias independientes, fue la facilidad para ser capturadas por las industrias reguladas, y de esta forma favorecer sus intereses y no los de la sociedad en general. Adicionalmente, la imposición de barreras de entrada y la fijación de precios por parte

¹¹⁵ LENIS MEJÍA 2003: p. 15.

¹¹⁶ MONTERO PASCUAL citado en: LENIS MEJÍA 2003 p. 16.

¹¹⁷ LENIS MEJÍA 2003: p. 17.

de las agencias gubernamentales, impedían que fuera el mismo mercado quien fijara los precios y no garantizaba que los industriales recibieran una utilidad razonable¹¹⁸.

3. Características orgánicas y funcionales de las AAI en Estados Unidos.

3.1. División de poderes y constitucionalidad de las AAI.

La Constitución de los Estados Unidos de 1787 consagró un sistema tripartito de autoridades, a saber: ejecutivo, legislativo y judicial, sostenido en el novedoso principio americano de los *checks and balances*¹¹⁹ o equilibrio de poderes¹²⁰, el cual es fundamental para determinar la constitucionalidad de las AAI, pues “[e]n la

¹¹⁸ LENIS MEJÍA 2003: p. 18.

¹¹⁹ Aunque se pudiera decir que los conceptos son, generalmente, más antiguos que las definiciones que los ponen en el plano de la inteligibilidad o los hacen notar dentro del estudio de una materia, es claro que los albores del concepto datan de la época del Juez inglés Edward Coke, citado por el Juez Norteamericano John Marshall en el célebre fallo *Marbury v. Madison*, U.S. 137. (1803), batalla legal que pone de presente el concepto como un todo, que viene a marcar el desarrollo del Derecho y de los sistemas jurídico-constitucionales de los dos siglos posteriores. El pleito judicial nace cuando John Adams, Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica para 1801, nombra en el último día de su mandato a 42 miembros de su partido como jueces de paz, pero su Secretario de Estado, John Marshall, el mismo juez que conocería más adelante de la cuestión jurídica ya como Juez de la Suprema Corte, no entrega cuatro de las 42 notificaciones de nombramiento para el desempeño del cargo, entre ellas la de William Marbury. El día siguiente, cuando tomas posesión Thomas Jefferson, es nombrado como Secretario de Estado James Madison, quien en los días posteriores rechaza la petición, de entregarles el cargo, de los cuatro jueces que no habían recibido notificación de su nombramiento. Debido a la negativa de Madison, Marbury y los otros tres afectados presentan una demanda ante la Corte Suprema, solicitando que esta emitiera un *writ of mandamus* contra el Secretario de Estado a fin de ordenar la posesión de los jueces en su cargo. La cuestión legal, termina en un histórico, pero polémico, fallo que configuró una mejor manera de entender los poderes del juez constitucional y, de paso, la noción de separación de poderes, la independencia, y el control entre de las ramas del poder público, conocido como el *checks and balances*, o *pesos y contrapesos* en lengua castellana. A este respecto anotó VALDES: “La importancia del juicio *Marbury vs. Madison* consiste en que en la resolución del mismo, los jueces que en esa época formaban la Suprema Corte de los Estados Unidos, establecieron, primero, que ellos y los demás jueces federales tenían el poder de interpretar las leyes; segundo, que ellos y los otros jueces federales tenían, además, el poder de nulificar esas leyes hechas por los legisladores elegidos por la población, cuando, en la opinión de tales jueces, las mismas fueran contrarias a lo que dice la Constitución; y tercero, que al tener ellos la función de interpretar las leyes y de anularlas cuando fueran contrarias a lo que dice la Constitución, necesariamente tenían y les correspondía a ellos detenninar qué es lo que dice la Constitución”. VALDES 2005: p. 351-257, 366.

¹²⁰ “El poder de revisión judicial establecido por Marbury ha permitido a la corte a efectuar un cambio revolucionario en nuestra comprensión de las disposiciones constituciones adicionales. Este poder no es de extrañar, ha dibujado crítica y alabanza sobre la historia de la corte. Pero nunca ha sido un poder totalmente fuera del control de las otras ramas de gobierno. Desde el poder del Presidente para nombrar y energía del Senado para confirmar a jueces de la Corte Suprema a los ocasionales "grandes esfuerzos" de enmienda constitucional, la corte sigue siendo firmemente incrustada en el sistema de nuestra Constitución de pesos y contrapesos. Al mismo tiempo, revisión judicial ha asegurado que de Justicia de la Suprema Corte, una vez confirmada, tiene poder suficiente para ejercer su independencia de los poderes políticos y hacer valer límites constitucionales de sus poderes. Supremacía de la corte en la interpretación constitucional se basa en parte en la popular respeto y estima por opiniones de la corte. Que tal supremacía es ampliamente reconocida hoy en día es indicativa del cuidado con que el Tribunal General ha ejercido su poder de revisión judicial, una tradición iniciada por el "gran jefe de justicia," John Marshall”. AMERICAN BAR ASOCIATION [s.f.].

concepción norteamericana de la división del poder y del *checks and balances*, ninguna rama puede asumir el poder de otra, lo que genera un esquema en el cual cualquier acto de alguna función necesita por lo menos la aprobación de otra, e incluso cualquier acción del ejecutivo tendiente a limitar los derechos constitucionales de las personas debe ser aceptada por las otras dos.”¹²¹. Sin duda esta es una de las más importantes contribuciones hechas por los Estados Unidos al arte de gobernar y al constitucionalismo global, y que connaturalmente debe sus raíces al pensamiento de Platón, Aristóteles, Cicerón, Maquiavelo, Locke, Blackstone, y finalmente Montesquieu¹²² quien plasmó en su obra *El Espíritu de las Leyes*, el principio que sirvió posteriormente al primer Congreso Constituyente Estadounidense de 1789, para soportar las bases iusfundamentales de separación de poderes en la nueva Federación¹²³.

En contravía a este principio fundamental en el andamiaje constitucional norteamericano, comenzaron a surgir nuevas instituciones que no se adecuaban a la tradicional definición de separación de poderes –ejecutivo, legislativo y judicial-, pero que eran consecuencia de las nuevas necesidades imperantes en la nación continental. Las AAI no hacen parte integrante del ejecutivo, aun cuando ejercen funciones que son propias de las autoridades administrativas federales, por ejemplo, la expedición de licencias o la vigilancia de empresas de un sector económico. Aunado a lo anterior, el Presidente de los Estados Unidos ejerce funciones de nominación de los miembros de las Comisiones o Agencias, sin embargo, no puede ejercer el poder discrecional de nombramiento y remoción, en tanto que, los Comisionados no están subordinados a la autoridad de un ministerio o del mismo Presidente, lo que les coloca por fuera de la jurisdicción y obligatoriedad de las órdenes ejecutivas¹²⁴.

De otra parte, también ejercen funciones cuasi judiciales, ya que al detentar el poder sancionador y tener la facultad de resolver controversias puestas a su consideración,

¹²¹ CHAUX DONADO 2013: p. 102; LUNDMARK 2008.

¹²² “Cuando los poderes legislativo y ejecutivo se encuentran unidos en la misma persona, o en el mismo cuerpo de magistrados, no puede haber libertad.” MONTESQUIEU 2010.

¹²³ FREEDMAN 1988: p. 29.

¹²⁴ MARTÍNEZ 2002: p. 113.

están conforme a la expedición del *Administrative Procedures Act*¹²⁵ que establece procedimientos de naturaleza contradictoria, e inviste a los comisionados de jurisdicción, de la misma forma que un juez¹²⁶.

También, las AAI ejercen funciones cuasi legislativas, debido a que tienen la facultad de regular el mercado federal, no obstante que sea una función propia del órgano legislativo, y que su reconocimiento haya atravesado por un sinnúmero de discusiones al interior del constitucionalismo norteamericano, hasta su posterior reconocimiento pleno. Si bien la Constitución norteamericana en su artículo I. numeral 1 es clara y determinante, al otorgar todo poder legislativo al Congreso, por lo que, inicialmente, la Corte Suprema entendió que estas funciones no eran susceptibles de delegación; debido a la complejidad y especialidad técnica de la regulación, aunado al problema de conseguir mayorías aprobatorias en el seno de la corporación política, finalmente se desencadenó el desarrollo de la delegación de funciones del Congreso en las Agencias¹²⁷.

Desde el *Hepburn Act* (1906)¹²⁸ y, definitivamente desde la Sentencia *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*¹²⁹, no se volvió a cuestionar la posibilidad del Congreso de delegar ciertas funciones de tipo legislativo en órganos administrativos¹³⁰. La no adscripción de estas agencias independientes a una de las tres ramas del poder, aunado al ejercicio de funciones propias o derivadas de cada una de las ramas, resulta extraña al sistema tripartito de poderes, a tal punto que en estudios realizados por el Comité Presidencial sobre Administración Gubernamental en el gobierno de Franklin D. Roosevelt, se escribió: “Constituyen una acéfala ‘cuarta rama’ del gobierno, un deposito heteróclito de agencias irresponsables y poderes no coordinados. Violentan la teoría básica de la Constitución norteamericana de que debe haber tres grandes ramas del gobierno y solo tres”¹³¹.

¹²⁵ *Administrative Procedures Act (APA)*, 60 Stat. 237.

¹²⁶ MARTÍNEZ 2002: p. 108-109.

¹²⁷ VIRGALA FORURIA 2006: p. 156.

¹²⁸ *Hepburn Act*, 34 Stat. 584.

¹²⁹ *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States* 295 U.S. 495 (1935).

¹³⁰ VIRGALA FORURIA 2006: p. 156.

¹³¹ FREEDMAN 1988: p. 32.

3.2. Independencia de la Rama Ejecutiva: orgánica y funcional.

En el sistema administrativo federal estadounidense el Presidente es el jefe de Estado y jefe de Gobierno¹³². Bajo su autoridad se encuentran quince departamentos¹³³ y un mismo número de ministros y/o secretarios, además, existen agencias ejecutivas (*executive agencies*) sobre las cuales el jefe del ejecutivo ejerce el poder de nominación y de retiro de los comisionados a diferencia de las Agencias Independientes o AAI, que como se estudió en precedencia no están sujetas a los decretos presidenciales (*executive orders*)¹³⁴.

Señala Moreno Molina que las Agencias Ejecutivas “se pueden definir como aquellas entidades auxiliares del Presidente que constituyen la organización nuclear de la Administración Federal, así como las entidades de ellas dependientes”¹³⁵. A continuación destaca el autor: “La definición legal más importante de Agencia Ejecutiva se encuentra en 5 U.S.C. 105, conforme el cual «A los efectos de este título «Agencia ejecutiva» (Executive agency) significa un departamento ejecutivo, una organización gubernamental y un establecimiento independiente»”.¹³⁶ Sin embargo, advierte el citado autor, que esta definición *per se* “escueta” tiene un sinnúmero de problemas, tales como: i) es restrictiva a la aplicación de dicha normativa (U.S.C); ii) es una definición que no permite de manera clara y sistemática saber que características, “estructurales y funcionales”, hacen parte del concepto, y así que entidades pueden ser o no consideradas agencias ejecutivas; y iii) equipara entidades diferentes de una parte las que son ejecutivas y de otra parte las entidades independientes, lo cual es un contrasentido¹³⁷.

Las primeras Agencias Independientes estadounidenses fueron creadas para ejercer el poder regulador del Estado, y se ubicaron bajo la tutela de un Ministerio o también

¹³² PACTEC Y MÉLIN-SOUCRAMANIEN 2011: p. 228.

¹³³ Departamento de Estado (DOS por sus siglas en inglés); Departamento de Agricultura (USDA); Departamento del Interior (DOI); Departamento de Justicia (DOJ); Departamento del Trabajo (DOL); Departamento del Transporte (DOT); Departamento del Tesoro; Departamento de Asuntos de Veteranos (VA).Departamento de Comercio (DOC); Departamento de Defensa (DOD); Departamento de Educación (ED); Departamento de Energía (DOE); Departamento de Salud y Servicios Humanos (HHS); Departamento de Seguridad Nacional (DHS); Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano (HUD);

¹³⁴ MARTINEZ 2002: p. 102.

¹³⁵ MORENO MOLINA 1995: p. 47.

¹³⁶ MORENO MOLINA 1995: p. 47.

¹³⁷ MORENO MOLINA 1995: p. 47-49.

llamado Secretaría, de tal manera que estuviese bajo órdenes presidenciales. Sin embargo, el legislador se encontraba en una encrucijada, o bien le asignaba el poder regulador al ejecutivo, por medio de comisiones o agencias bajo la tutela de un ministerio y de esta forma hacerlo más poderoso, o bien, ejercer *motu proprio* la regulación de los mercados y los sectores económicos.

Así las cosas, lo más lógico en aquel momento, era continuar con la creación de Comisiones administrativas dentro del entramado jerárquico ordinario, como quiera que el Congreso no tenía la capacidad técnica para ejercer tales funciones. No obstante, el legislativo Federal prefirió optar por una tercera opción: la independización de las Comisiones administrativas existentes, como el caso de la *Interstate Commerce Commission* (ICC), y la creación de nuevas Autoridades de carácter administrativo, independientes, tales como la *National Labor Relations Board* (NLRB), entre otras.

Aquí puede entonces trazarse un paralelo en el sentido de señalar como en un primer momento, la visión constitucional era que el Congreso Federal tratara a las AAI con capacidad de tomar decisiones independientes, técnicas e imparciales, para posteriormente modificarse en la teoría de que el Congreso pretendía limitar el poder del Presidente durante los años treinta¹³⁸, lo cual en visión propia, fue cierto ya que la creación de las AAI sirvió como mecanismo de restricción de los poderes del Presidente, en el marco del conflicto interinstitucional entre Congreso y la presidencia de los Estados Unidos.

Cabe recordar que en el caso *Humphreys Executor vs. U.S.* (1935) la Corte Suprema afirmó que “[l]a autoridad del Congreso para crear Agencias cuasilegislativas o cuasijudiciales, para permitirles actuar con independencia frente al ejecutivo, no puede ser cuestionada y esa autoridad incluye, como un medio adecuado, la potestad de fijar un período de permanencia en el cargo, así como prohibir su remoción, excepto por causa justificada.”

¹³⁸ DATLA Y REVESZ 2013: p. 778.

Las Agencias independientes, se sitúan en principio fuera del alcance de las consignas presidenciales, gozan de autonomía e independencia para ejercer la función reguladora de manera imparcial, y libres de captación política y de cualquier represalia administrativa sobre los comisionados¹³⁹. Sin embargo, dicha independencia no es absoluta, ya que, si bien el nombramiento de los comisionados es reglado y estable por el periodo de tiempo establecido en la Ley, estos pueden ser retirados del servicio cuando exista una justa causa (*due cause*).

En conclusión, las agencias independientes gozan de separación tanto jerárquica como funcional, con sendas garantías para el ejercicio de la función reguladora, sus miembros luego de ser elegidos adquieren independencia funcional respecto del Presidente y del Congreso. Lo cual no obsta recordar que su nombramiento es un acto complejo, en el entendido que una vez nombrados pueden tomar decisiones técnicas e independientes, así como también estar blindados de posibles represalias, puesto que no pueden ser removidos sin justa causa, siendo lo anterior una constante en la creación de este tipo de agencias.

4. Conclusión sobre AAI en Estados Unidos

La referencia al derecho público norteamericano al estudiar la figura de las Administraciones Independientes se explica por dos motivos. En primer lugar, porque fue en Estados Unidos donde tuvo lugar el nacimiento de este tipo de Administraciones y donde estas han conocido su mayor desarrollo, al hilo de la creciente intervención pública en los diversos sectores de la vida social. En segundo término, porque, con ocasión del cuestionamiento de esa misma intervención, se ha producido un debate en la doctrina estadounidense acerca de la constitucionalidad de las agencias independientes que, con más o menos variaciones, se ha reproducido en todos los países que han importado esta construcción¹⁴⁰.

Las Agencias Administrativas en Estados Unidos tienen diversas clasificaciones y denominaciones –mencionadas en párrafos anteriores–, por ejemplo, las llamadas *independent agencies o commissions* y, con menos frecuencia, *independent*

¹³⁹ MARCOU Y MODERNE 2009: p. 199.

¹⁴⁰ POMED SANCHEZ 1993: p. 121-122.

regulatory agencies o commissions. Ahora bien, no existe una definición clara y precisa de lo que se deba entender por “agencia” desde el punto de vista jurídico. Por el contrario, en Estados Unidos se trata de un concepto abierto en el que se incluyen dentro del mismo, diversos tipos de organismos públicos con regímenes jurídicos diferentes. Si bien en diversas normas se enumeran los entes públicos que se consideran “agencias”, no llega en ningún caso a definirse lo que se entiende por tal.

No obstante, es posible considerar que la definición contenida en el *Administrative Procedure Act (APA)* puede servir de referencia, que señala al respecto, “agencia” es “toda autoridad pública de los Estados Unidos, esté o no integrada en otra agencia, o sujeta a la supervisión de otra agencia”. Se excluye de este concepto al Congreso, a los Tribunales, a los Estados federados y a las posesiones de los Estados Unidos, al Distrito de Columbia, a los organismos de representantes de quienes son parte de las disputas que ellos resuelven, a los tribunales y comisiones militares, y a las autoridades militares en tiempo de guerra o territorios ocupados.

También se debe excluir de esta enumeración al presidente que, aunque no se recoja aquí, ha sido expresamente excluido por la jurisprudencia del país norteamericano. Las definiciones de agencia que dan otras normas coinciden en lo fundamental con la APA, aunque hay que advertir que algunos organismos no son agencia para ciertas normas y si lo son para otras¹⁴¹. El calificativo “independientes” significa que poseen un determinado grado de “autonomía” respecto del Presidente, quien no puede ejercer sobre ellas el mismo control que ejerce sobre las restantes agencias administrativas, ni puede cesar discrecionalmente a sus miembros¹⁴².

Concluyendo, al analizar la historia económica de Estados Unidos, y los fenómenos que dieron origen a las agencias independientes, se destaca la relación entre períodos de pobreza y estancamiento, donde aparece una excesiva intervención del Estado a través de la regulación económica, y periodos de crecimiento económico donde empieza a criticarse sin compasión el importante número de industrias y mercados regulados, que finalmente lo que hacen es retrasar el crecimiento de los ingresos, sin

¹⁴¹ DIAZ 2007: p. 144-145.

¹⁴² DIAZ 2007: p. 145.

tener en cuenta que en una buena parte de los casos se generan a partir de situaciones de desequilibrio en los mercados, abusos de posición dominante, y creación de carteles, que finalmente distorsionan los mercados en competencia y cuyo parte perjudicada es la población débil, los consumidores o usuarios y la competencia entendida como un fenómeno económico favorable¹⁴³.

Finalmente, si bien es cierto que la mayoría de la bibliografía especializada le atribuye a Franklin D. Roosevelt la creación de algunas de las más importantes AAI en EE.UU., también lo es que no todas surgieron en el periodo del *New Deal* de la mano de Roosevelt, aunque resulta claro que este las repotenció, incluso convirtiéndolas a algunas en una verdadera herramienta de regulación de tipo independiente, como fue el caso de la *Federal Power Commission*.

II. Reino Unido (UK)

1. Desarrollo histórico

Es importante destacar que el Reino Unido ha tenido una influencia permanente en las Agencias Independientes en Europa. Con anterioridad al siglo XIX existían Consejos y Comisiones encargados de funciones administrativas y de prestación de servicios públicos al margen de las instituciones gubernamentales¹⁴⁴, donde “la creación de este tipo de organismos [fue] una estrategia utilizada tanto por el Parlamento como por la Corona para limitar el ámbito de actuación de otro poder, el del Gobierno. Hasta la Guerra Civil (1642-1649) fue la Corona quien creó una complicada red de órganos locales, tribunales y otros órganos especiales que formalmente actuaban con autonomía, pero que, de facto, estaban controlados por el monarca. A partir de entonces [...], fue el parlamento el que dirigió la creación de numerosos organismos de nivel local que disfrutaban de un alto grado de autonomía para el desempeño de sus funciones”¹⁴⁵.

A renglón seguido, en 1830 el poder del gobierno central llevó lentamente a la

¹⁴³ LENIS MEJÍA 2003: p.23.

¹⁴⁴ VIRGALA FORURIA 2006; p. 151.

¹⁴⁵ MARTÍNEZ 2002: p. 43.

desaparición de los Consejos y Comisiones encargados de funciones administrativas, debido a la falta de responsabilidad en sus tareas¹⁴⁶. Un ejemplo notable en el siglo XIX antes de la reforma del gobierno local, fue la creación de un gran número de Quangos a los cuales se les encargaron la prestación de servicios públicos, entre ellos algunos *Boards* locales de la construcción de escuelas públicas, conforme lo ordenaba la Ley de enseñanza escolar de 1870, así como el *Poor Law Act* de 1834 que confería al *Poor Law Commissioners*, las funciones de carácter de asistencia social¹⁴⁷.

Moreno Molina afirma que en el Reino Unido no fue sino hasta 1846 que se creó una primera entidad con características de AAI, era una Comisión Supervisora, integrada por cinco miembros, que no funcionó del todo bien, por lo que fue suprimida en 1851. Posteriormente, en 1873, por medio del *Regulation of Railways Act*, el Parlamento constituyó la *Board of Commissioners*, aunque sus escasos poderes y la ineficiencia del modelo contribuyeron posteriormente a su supresión definitiva. Es finalmente, en 1888, que se crea la primera AAI en UK, nombrada *Railway and Canal Commission*¹⁴⁸, no obstante que hasta mediados del siglo XX sobrevivieron algunas Comisiones Independientes, órganos administrativos moldeados al estilo de los auténticos tribunales, pero sin funciones reguladoras sino de resolución de conflictos en la aplicación jurídica¹⁴⁹.

De esta forma, la mayoría de *Public Bodies* proliferó desde las primeras décadas del siglo XX, pero alcanzaron su esplendor en la época de la segunda posguerra (décadas del cincuenta y sesenta); sin embargo, su excesivo número tuvo como consecuencia directa un desequilibrio en las finanzas públicas británicas, lo que generó que el Gobierno Conservador de la Primera Ministra Margaret Thatcher (1979-1990, su política conservadora fue conocida como “Thatcherismo”¹⁵⁰) emprendiera una fuerte

¹⁴⁶ VIRGARA FORURIA 2006: p. 151.

¹⁴⁷ 4 & 5 Will. 4 c. 76.

¹⁴⁸ MORENO MOLINA 1995: p. 112.

¹⁴⁹ VIRGARA FORURIA 2006: p. 151.

¹⁵⁰ “El término thatcherismo, aunque fue empleado primero por escritores marxistas, fue adoptado muy rápidamente por todos los comentaristas y observadores de Thatcher tanto en Gran Bretaña como en el exterior (...)”, añade el autor: “El thatcherismo fue, ante todo, un intento por renovar la economía británica”. LERUEZ 1992: p. 617-643.

política de desarticulación de estos organismos públicos apoyados en la política liberal y anti-intervencionista de la Ministra.

Thatcher, quien accedió al cargo de primera ministra como candidata del Partido Conservador Inglés, y se mantuvo allí por un poco más de 10 años, desde el 4 de mayo de 1979 al 28 de noviembre de 1990, el periodo más largo de un primer ministro en el siglo XX¹⁵¹, denotó tres elementos centrales que inspiraron su gobierno, el primero fue la “reafirmación del mercado”, es decir la una nueva liberación del mercado pero esta vez de un calado más profundo, incluyendo una disminución de los controles estatales (controles a salarios y dividendos, las transferencias de capital, entre otras)¹⁵². El segundo aspecto, inspirado en el primero, requería una disminución del Estado, para ese entonces considerado “paquidérmico” termino utilizado para hacer referencia a la dimensión que había alcanzado luego de su paso por la forma de Estado Benefactor, en consecuencia se siguieron una serie de privatizaciones que incluyeron a *British Telecom*, *British Petroleum*, *Rolls Royce*, *Jaguar*, *British Airways*, por solo nombrar las más conocidas¹⁵³.

Finalmente, el tercer punto en la agenda de Margaret Thatcher fue una profunda reforma fiscal, que llevó a cabo en sus dos lustros en el poder, compuesta por i) disminución de impuestos sobre el ingreso; ii) una reducción de impuestos a las corporaciones; y iii) un incremento de gravámenes indirectos. Lo que finalmente “recaletó” la economía y, en 1989, generó la segunda crisis económica de la era Thatcher, la primera fue entre 1979 y 1982¹⁵⁴. Recientemente se ha impulsado varias iniciativas con el fin de minimizar el tamaño de los *Public Bodies*, incluidos los *Quangos*, sin embargo, lo contradictorio es que, debido a la política de privatizaciones del Gobierno Thatcher, el Estado británico debió crear un sinnúmero de *Quangos* para regular el mercado y controlar de esta forma a las sociedades privadas que asumieron las actividades que otrora eran desarrolladas por entidades estatales.

¹⁵¹ LERUEZ 1992: p. 617.

¹⁵² LERUEZ 1992: p. 618-619.

¹⁵³ LERUEZ 1992: p. 619-623.

¹⁵⁴ LERUEZ 1992: p. 627-628.

En Gran Bretaña, las agencias o corporaciones que disfrutaban de un especial grado de independencia con respecto del gobierno central se encuadran dentro de la denominación de QUANGOS –*quasi autonomous non government organizations*-, y comprenden, entre otros, a los *Executive Bodies*, *Advisory Bodies* y los *Tribunals*; según el profesor Betancor estas entidades responden a una tradición británica secular, sobre la cual, es un principio de buen gobierno el delegar en autoridades locales o cuerpos profesionales el ejercicio o gestión de los servicios públicos ¹⁵⁵.

2. Características de las AAI en Reino Unido

La determinación de cuáles características debe tener un organismo autónomo no es homogénea internacionalmente ¹⁵⁶, sin embargo, existen autores que le han dado cierto alcance característico importantes a los Quangos¹⁵⁷, como es el caso del ya referenciado Betancor¹⁵⁸, quien señala que las características más importantes de los *Quasi Autonomous non Government Organizations* Británicos son: A) La responsabilidad política de los Ministros es limitada e indirecta, debido a que los *Quangos* escapan al control político del parlamento, además, el ministro carece de facultades de control administrativo; B) Los Ministros nombran a los miembros de los *Quangos*; C) El control judicial es escaso debido a lo confuso de sus estatutos legales y los procedimientos judiciales que se utilizan para una entidad no se aplican para otra; D) estos han sido capturados por los sectores privados que regulan y de esta forma han servido como instrumento para influenciar las políticas públicas desde lo privado¹⁵⁹.

Igualmente, Melo Salcedo señala que estas organizaciones se caracterizan de forma negativa por no pertenecer a la estructura de un departamento no ministerial y de forma positiva porque gozan de un cierto grado de autonomía. Así mismo manifiesta, que no existe un reparto de poderes entre partidos como si sucede en las Agencias norteamericanas, tampoco la técnica de autonomía se concreta como en aquéllas, en

¹⁵⁵ BETANCOR RODRIGUEZ 1994: p. 60-64.

¹⁵⁶ En el caso de Gran Bretaña, el Organismo Autónomo hace referencia a los mismos QUANGOS.

¹⁵⁷ *Quasi-autonomous-non-governmental-organization*.

¹⁵⁸ BETANCOR RODRIGUEZ 1994: p. 60-64.

¹⁵⁹ BETANCOR RODRIGUEZ 1994: p. 60-64.

la negación al ejecutivo del poder de destitución¹⁶⁰. Por otro lado, los Quangos son *Publics Bodies* cuya característica principal es ser organizaciones no electas que cumplen diversas funciones, como por ejemplo la prestación de servicios, asesorar a los responsables políticos, regular otras instituciones, representar intereses de ciertos grupos sociales y culturales, así como apoyar a la empresa privada y promover los valores sociales¹⁶¹.

3. Diferencias con el Sistema Norteamericano

A pesar de la influencia de las *Independent Agencies* de origen norteamericano en el Reino Unido y que son el modelo de referencia utilizado para la creación de los *Quangos*, se evidencian tres grandes diferencias entre las Agencias Americanas y las Británicas, la primera, consiste en que en el modelo norteamericano en el cual las decisiones se producen en el seno de un cuerpo colegiado, en Gran Bretaña toda la responsabilidad es puesta en el Director General, lo cual evita la lentitud en la toma de decisiones, que era una de los principales inconvenientes que enfrentaban las AAI estadounidenses, y que su vez, podría paralizar toda la actuación administrativa debido a los largos debates y la falta de consenso.

La segunda diferencia radica en que el sistema de AAI norteamericano ha sido catalogado como excesivamente procesal y burocrático, puesto que existe un procedimiento reglado para la toma de decisiones, en cambio el sistema británico es más simple y menos estricto, debido a que se le otorgaron amplias facultades discrecionales a los *Quangos*, como consecuencia de que no hay normas que regulen el procedimiento de toma de decisiones. Por último, el control judicial en los Estados Unidos que era pleno, fue sustituido y limitado en Gran Bretaña, en el cual el juez ejerce una función de conocimiento meramente formal.

4. Ejemplos de AAI contemporáneas en Reino Unido

4.1. The Office of Communications (OFCOM)

La *Office of Communications* (OFCOM), tiene su origen en la desaparecida Oficina

¹⁶⁰ MELO SALCEDO 2003: p. 13.

¹⁶¹ THE CABINET OFFICE 2003: p. 12.

de Telecomunicaciones (OFTEL), que fue acusada de haber beneficiado a *BT Group*, al darle al operador excesiva libertad económica que coadyuvó a la creación de un monopolio en la telefonía fija destruyendo a sus competidores. Ante tal situación, el legislador británico decidió cerrar OFTEL en 2002 y al año siguiente crear OFCOM, por medio del *Office of Communications Act 2002*, a la cual le otorgó la regulación estatal, tanto técnica como económica, del sector de las comunicaciones, lo que la convierte en la autoridad orientadora de la radiodifusión, las comunicaciones y las industrias postales, al igual que es la encargada de representar los intereses de los ciudadanos y los consumidores. En esta función le corresponde velar por que no exista nada dañino u ofensivo para aquellos y con tal fin se le reconoce la facultad de promover competencias y proteger el interés del público¹⁶².

La OFCOM está integrada por diez miembros, incluido el presidente (*Chairman*), nombrados por el Gobierno, proceso en el cual no interviene el Parlamento, lo que supone que esta Oficina como la mayoría de los Quangos, tiene una fuerte influencia política del Gobierno de turno¹⁶³. Sin embargo, son independientes y no hacen parte del gabinete ministerial¹⁶⁴. Igualmente ofrece importantes datos estadísticos de los sectores regulados, por ejemplo en 2013, licenció el espectro de bandas entre 800 MHZ y 2.4 GHZ para el uso de la telefonía 4G y puso en marcha el plan de televisión digital terrestre, de otra parte, esta Oficina realizó monitoreos constante para controlar y alertar sobre la eficiencia del sistema universal de correos, datos valiosos para determinar la intervención o no en el mercado¹⁶⁵.

4.2. The British Broadcasting Corporation (BBC)

Se trata del servicio público de radio, televisión e internet del Reino Unido, nació en 1932 bajo el objetivo principal de unir a las personas de habla inglesa que vivían en lo que, entonces, era el Imperio Británico. En 1938 se crearon los primeros servicios en otro idioma, principalmente en árabe y español; a comienzos de la Segunda Guerra Mundial comenzó a transmitir en siete idiomas y ganó reputación por su visión

¹⁶² OFCOM 2010- 2014.

¹⁶³ MARTÍNEZ 2002: p. 64.

¹⁶⁴ FORTALEZA INSTITUCIONAL DE LAS AGENCIAS REGULADORAS EN MÉXICO 2012: p. 81-82.

¹⁶⁵ OFCON 2013-2014: p. 19-23.

precisa e imparcial en tiempos de conflicto¹⁶⁶.

En 1940, lo que se conocía como el "Servicio del Imperio" cambió su nombre a "Servicios Externos", y se trasladó a su sede actual en Bush House, en el centro de Londres. En 1988 la BBC tuvo su expansión a nivel mundial recibiendo el nombre de "Servicio Mundial de la BBC"¹⁶⁷.

Actualmente la BBC opera bajo el mandato de una *Royal Charter* que garantiza su independencia frente a controles de tipo político o comercial; lo cual le permite actuar bajo este estatuto real y cuenta con un alto grado de autonomía¹⁶⁸. Asimismo, es importante resaltar que se financia mediante el impuesto televisivo que fijó el legislador en Gran Bretaña, variando anualmente según las tasas establecidas por el ejecutivo. Otra fuente de financiamiento es la venta de programas, revistas y libros elaborados por la BBC¹⁶⁹.

Se le critica principalmente por su presunta falta de objetividad e imparcialidad percibida por algunos estudios en el tema de los *Quangos* en Inglaterra. Otros observadores lo manifiestan debido al modo en que se financia, mediante el canon televisivo, puesto que goza de un alto grado de autonomía financiera que conlleva implicaciones burocráticas, desde la aprobación de un impuesto propio (parlamento), hasta la fijación de tasas anuales que aumentan cada año (gobierno británico).

5. La delimitación entre AAI y las demás entidades estatales

El entramado constitucional e institucional británico es particular, por lo cual se hace necesario hacer algunas precisiones generales acerca de la monarquía, el gobierno y el parlamento, con el fin de tener claridad acerca de la ubicación de los QUANGOS en ese ordenamiento jurídico. Como lo señala James la monarquía británica es limitada o constitucional –caso similar al de la corona española– en la cual el papel

¹⁶⁶ BBC 2011.

¹⁶⁷ BBC 2011.

¹⁶⁸ Es un decreto expedido por un monarca británico para legitimar un cuerpo incorporado, tales como una ciudad, compañía o universidad. En la Europa Medieval las ciudades eran los únicos lugares en los que era legal realizar comercio, y las Cartas Reales eran la única manera de establecer una ciudad. El año en que una ciudad era decretada es considerado el año en que a ciudad fue "fundada", independientemente de si había un asentamiento anterior.

¹⁶⁹ BBC 2012/13: p. 8-9.

que desempeña es de unidad del Estado. Por esta razón, la reina en la praxis administrativa no tiene ningún poder, dado que los asuntos de gobierno, a pesar de llevarse en su nombre, son de entera competencia de sus ministros, quienes en definitiva son los responsables ante el Parlamento¹⁷⁰.

El Gobierno Británico, por su parte, se compone por el *Prime Minister* (Primer Ministro) elegido entre los miembros de la cámara de los comunes, que actúa con el apoyo del Gabinete, “Núcleo del Gobierno”, compuesto por al menos 20 ministros a quienes les corresponde adoptar la totalidad de las decisiones de naturaleza política. Si bien los ministros tienen facultades de dirección política, no tienen prerrogativas de dirección o control administrativo sobre las Corporaciones que conforman el extenso grupo de QUANGOS¹⁷¹.

La mayoría de Ministros del Gabinete son los “jefes políticos” de los departamentos del gobierno, asistidos por un secretario permanente, los departamentos conforman el ejecutivo central, y sus funcionarios son los encargados de administrar la política de gobierno en sus dependencias y áreas respectivas. Por otro lado, el ejecutivo está compuesto además por organismos gubernamentales autónomos, también conocidos a partir de la década de los sesenta, como *quasi autonomous non government organizations*, de estos existen principalmente tres grandes según Virgala:

“Surgen tres tipos diferentes de órganos relativamente independientes de la Administración General: los <Operational Boards> (encargados de la gestión directa de determinadas funciones públicas: la BBC, por ejemplo) que crecen enormemente a partir de 1940 con las nacionalizaciones; los <Tribunals> (Como órganos de resolución de conflictos), que se establecen también gran número con el desarrollo del estado bienestar; las <Regulatory Agencies> (Agencias encargadas de la formulación de políticas públicas y de la resolución de conflictos, con una relativa independencia), que surgen fundamentalmente a partir de los años 40 con la creación de la <Independent Television Authority> y la <Competition Comisión>”¹⁷².

¹⁷⁰ JAMES 1996: p. 93.

¹⁷¹ JAMES 1996: p. 95.

¹⁷² VIRGALA FORURIA 1994: p.151.

Es decir, los *quasi autonomous non governmental organizations* son una estrategia de las autoridades políticas británicas con la cual buscan otorgarle autonomía, y de esta manera neutralidad, a ciertas instituciones que tienen en sus manos la prestación o regulación de los servicios públicos por redes. Un ejemplo de ello es la *British Broadcasting Corporation* (BBC) que presta los servicios televisivos y de comunicación.

Como antes se dijo, la edad de oro de las Agencias Administrativas Independientes Británicas –QUANGOS- está relacionada con el crecimiento del intervencionismo del Estado en la economía durante gran parte del siglo XX. A su vez, baste señalar, que la creación de estas agencias se fundamenta en cuatro razones esenciales: A) exigir un control permanente y especializado de la creciente actividad industrial y de la vida social; B) contar con un marco estratégico de regulación y de políticas que permitan la toma de decisiones particulares; C) Necesidad de que existan órganos mixtos que promuevan políticas y resuelvan también los conflictos que se susciten; D) Exigencia de órganos de decisión formados por expertos en un área o sector para promover el desarrollo tecnológico.

La creación de estas agencias con rasgos de independencia corresponde a la voluntad de ubicar fuera del alcance y de la órbita del control político importantes sectores de la administración pública. De igual modo la doctrina ha señalado que existen tres razones fundamentales que han servido como argumento para justificar la creación de los *Executive bodies*. Primero, que una función meramente ejecutiva no necesita de la intervención de un Ministro; segundo, el trabajo debe ser realizado por una organización básica, que a su vez permita la participación de los ciudadanos en la dirección de la organización gubernamental; finalmente, tercero, saca de la órbita del control político del parlamento ciertas actividades de índole administrativo. Empero el argumento preponderante para la creación de los *Advisory bodies* se basa en que los *Departments* están en la incapacidad de juzgar u opinar sobre su propia labor, lo que hace imperioso la creación de este tipo de organizaciones de asesoramiento¹⁷³.

¹⁷³ BETANCOR 1994: p. 60.

Por último, los *Tribunals NDPB*, son aquellos que están legitimados para funcionar con jurisdicción en un campo determinado por la Ley, independientemente del Gobierno, aunque sus funciones sean judiciales, no hacen parte del *Court System*; su creación está determinada por la necesidad de tener organismos de carácter técnico con funciones judiciales, pero que además sus decisiones sean neutras e independientes.

Los QUANGOS son producto de la descentralización funcional o por servicios que tiene por objeto delegar en personas jurídicas diferentes a la Nación o al Estado funciones públicas, independientes y responsables directos de sus actos, con el objeto de prestar de forma más eficiente los servicios públicos y limitar a su vez la responsabilidad pública.

6. Relación de las AAI con el Gobierno

Los Quangos o *Public Bodies (PB)* son creados bajo ciertos principios que garantizan una armonía, por lo menos práctica, entre sus labores y las responsabilidades propias del Gobierno. Es por lo anterior que la creación de los PB debe estar cimentada en la garantía de independencia en el desarrollo de sus funciones y la satisfacción del ministro a la hora de responder ante el parlamento por la actividad de los primeros. Esto dependerá, particularmente, de la naturaleza de las funciones asignadas al *Public Body*, y el grado de independencia deseable. Con todo, los ministros responderán políticamente ante el parlamento por las faltas cometidas por las instituciones a su cargo, ya que este debe ejercer la vigilancia, y dado el caso, el control sobre estos, especialmente cuando se les delega el manejo de recursos públicos¹⁷⁴.

Sin embargo, una parte de la doctrina asegura que la responsabilidad de los ministros sobre la actuación de estos organismos es limitada¹⁷⁵, aunque en el estatuto de cada *Public Body* se deja constancia de las responsabilidades atribuidas a cada ministro, con el fin de evitar una confusión de obligaciones con otro ministro o con el Secretario de Estado. El PB debe elaborar cada año un informe de sus actividades, el

¹⁷⁴ CABINET OFFICE. 2006: p. 6-8.

¹⁷⁵ BETANCOR 1994: p. 61.

cual es enviado al Parlamento¹⁷⁶.

En otras palabras, las AAI en el Reino Unido tienen una estrecha relación con el gobierno, máxime cuando la mayoría de sus miembros son nombrados por los ministros, respetando las reglas de pluralismo y paridad política, concepto similar al caso norteamericano. Sin embargo, las Autoridades también ejercen, férreamente, su autonomía ante cualquier intento de captura por parte del ejecutivo central, así, el entramado administrativo británico funciona de la siguiente manera: los ministros conducen la administración, establecen la política general, y responden ante el Parlamento por la actividad administrativa general, de igual modo, ejercen, en mayor o menor medida, funciones de vigilancia y control sobre los organismos que se encuentran ubicados fuera de la administración jerárquica¹⁷⁷.

7. La constitucionalidad de las AAI

La constitucionalidad de las AAI en Gran Bretaña no ofrece mayor discusión, recuérdese que el derecho consuetudinario prevalece en el país de la Reina Isabel II, tradición que aún se conserva. Empero, la imposibilidad de ejercer el control político parlamentario, como se hace con los órganos administrativos propiamente dichos, rompe con los principios democráticos en los que se basa el ejercicio de poderes en Inglaterra: la responsabilidad política por el ejercicio del poder del Estado.

La ausencia de legitimidad democrática se constituye en una diatriba a los postulados superiores del ordenamiento jurídico británico, baste recordar que es un principio general en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, cuyas manifestaciones principales son el ejercicio democrático del poder, y la elección popular de las autoridades. Los miembros de los Quangos no son electos por voto universal, ni por el órgano legislativo, depositario del poder popular, sino por el gobierno¹⁷⁸, son organizaciones tecnocráticas carentes de la legitimación popular, lo que genera el descontento en la ciudadanía.

¹⁷⁶ CABINET OFFICE. 2006: p. 6-8.

¹⁷⁷ BETANCOR 1994: p. 63.

¹⁷⁸ MARTÍNEZ 2002: p. 84.

8. Beneficios y crítica a las AAI

Una crítica importante que le hace la doctrina *iuspublicista* a los Quangos en el Reino Unido, ha sido la polémica forma en que administran los recursos públicos y el alto grado de burocracia que se observa en torno a las Autoridades Administrativas Independientes. Aunado al constante reproche sobre el escaso control que se ejerce sobre estos por parte del gobierno, además de la dificultad que representa el ejercicio del control político por parte del parlamento inglés, junto al insignificante control que puedan ejercer, eventualmente, los tribunales judiciales. Es decir, existe temor de que estas organizaciones escapen a los controles democráticos propios de una monarquía constitucional, como es el caso de Inglaterra¹⁷⁹. Una vez más, en el año 2010 el gobierno inglés en cabeza del primer Ministro David Cameron, lanzó un programa para reducir los Quangos, motivado por su alegada falta de transparencia, despandio económico y clientelismo político¹⁸⁰.

9. Conclusión sobre AAI en el sistema jurídico anglosajón

Del estudio comparado realizado se denota, por una parte, que Estados Unidos y el Reino Unido aún no han podido superar abiertamente la elemental tridivisión del poder público, tratando de insertar en alguna de sus ramas a las AAI, por otra, en la mayoría de dichos Estados estas figuras de organización estatal están en crisis y, por tal motivo, en vía de extinción o de transformación¹⁸¹.

Igualmente, no existe definición legal ni construcción jurisprudencial que permita identificar este tipo de organismos. La doctrina ha dado el nombre de *quasi autonomus nongovernmental organisations (quangos)* a los organismos públicos que, fuera de la estructura de los departamentos ministeriales, disfrutan del nivel más alto de autonomía. Estas autoridades han recibido diversos nombres: *ad hoc bodies, public agencies, fringe bodies, non public corporations, comissions, committee, councils, boards, authosities, non public departamental public bodies*, sin que necesariamente tengan un significado constitucional concreto, y determinen la organización o la función del organismo, de manera que, en la práctica, se usen

¹⁷⁹ MARTÍNEZ 2002: p. 84.

¹⁸⁰ EL TELÉGRAFO DE GUAYAQUIL 2014.

¹⁸¹ MELO SALCEDO 2003: p. 14.

indistintamente y se puede optar por cualquiera de ellos. Actualmente el término más extendido es el de Quango, término importado de los Estados Unidos donde surgió a mediados de los años sesenta del siglo pasado y que se generalizó en el Reino Unido a partir de la obra de A. Barker. No obstante, hay que advertir que el término *quango*, aunque sea el más extendido, no es el más preciso porque realmente se trata de organismos non-departamental más que *non-governamental*¹⁸².

III. Francia

1. Desarrollo histórico de las AAI en Francia

El modelo estatal francés se sostiene en las bases de la antigua república napoleónica, la cual tenía como principales características la centralización del poder y la jerarquización de la administración, siguiendo, los ideales de la Revolución Francesa, que como respuesta antimonárquica, buscó crear un Estado nacional y centralizado¹⁸³.

La Vª república francesa, cuya Constitución fue expedida el 4 de octubre de 1958 y actualmente vigente, se caracteriza por adoptar un sistema rígido de separación de poderes, afirmado con base en la experiencia y el modelo de su homóloga estadounidense, fielmente constituido sobre la base tradicional de las tres ramas del poder público¹⁸⁴. Es por esto que el advenimiento de la categoría de *autorités administratives indépendantes* –AAI-, valga decir, instituciones que *prima facie* escapan a las convenciones que determinan qué organismos hacen parte de cada cual rama del poder público, genera polémica.

Al igual que la estructura constitucional francesa, el régimen administrativo (*le régime administratif*) es un sistema basado en los principios de jerarquía, tanto orgánica como funcional, y de tutela ejercida por órganos situados en un nivel superior de la administración respecto de otros colocados en un nivel directamente inferior. En consecuencia existe, por regla general, una férrea subordinación de la administración al ejecutivo, debido a que este último es responsable ante el

¹⁸² DIAZ 2007: p. 144.

¹⁸³ LAPERDRIX 2011–2012 : p 4.

¹⁸⁴ GODECHOT 1979 : p. 8.

parlamento¹⁸⁵, el cual ejerce el control democrático de la actividad político-administrativa estatal; resultando ser extraña la aparición de las AAI para el tradicionalista sistema francés¹⁸⁶.

Pero entonces, ¿Cuáles fueron las condiciones que permitieron el surgimiento de las AAI en un sistema tradicionalista como el francés? ¿Cómo lograron las AAI flanquear la muralla puesta por los revolucionarios franceses y sus sucesores?

Poderosas razones responden a estos cuestionamientos, entre otras, la creciente necesidad de encontrar una nueva forma de intervención más ecuánime, profesional y transparente para regular un determinado sector económico, antes en manos de intereses políticos o económicos¹⁸⁷. La regulación de los sectores y el panorama social y económico resultante de la superación de las crisis económicas, bélicas y sociales a finales de la primera mitad del siglo XX, produjo un cambio en la perspectiva y a su vez en los instrumentos con los que el Estado interviene política y administrativamente en la sociedad, desembocando en un aumento de la autonomía de las entidades públicas y una reinención de las técnicas de intervención¹⁸⁸.

Los parlamentarios buscaban, sin duda, hacer más eficiente y competitiva la gestión de los mercados, lo que justificaba con suficiencia la implementación de nuevas instituciones administrativas que se encargasen de llevar a cabo las funciones técnicas de regulación, dada la incapacidad técnica del Estado tradicional para intervenir el mercado. La creación de autoridades a las que además se les atribuyeran competencias judiciales demuestra que la desconfianza del legislador en las estructuras tradicionales del poder, no se limitó a las funciones administrativas del Estado, sino también a las funciones judiciales, por cuanto las AAI se convirtieron en entidades más eficientes y eficaces para resolver controversias litigiosas¹⁸⁹.

¹⁸⁵ CONSTITUTION DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE; Article 20: “*Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation. [...] Il dispose de l’administration et de la force armée. [...] Il est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50.*”

¹⁸⁶ “*En efecto, si, en términos del artículo 20 de la Constitución, el Gobierno dispone de la administración, las AAI escapan precisamente del control del poder ejecutivo.*” GÉLARD 2006: p. 19.

¹⁸⁷ GÉLARD 2006: p. 20.

¹⁸⁸ FERNANDEZ ROJAS 2004: p. 343-372.

¹⁸⁹ GÉLARD 2006: p. 20.

El motivo loable del legislador francés para crear autoridades de las características de las AAI fue constituer instrumentos que garantizaran el pleno ejercicio y respeto de los derechos fundamentales y de participación democrática de los ciudadanos en la sociedad¹⁹⁰. Entre 1973 y 1984, Francia vivió la primera ola de creación de AAI, a través de la cual nacieron entre otras: *Le Médiateur de la République* (Ley de 3 enero 1973); *Commission nationale d'équipement commercial* (Ley de 27 de diciembre 1973); *Commission des sondages* (Ley de 19 de julio 1977); *Commission des infractions fiscales* (Ley de 29 de diciembre 1977); *Bureau central de tarification* (Ley de 4 de enero 1978); *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (Ley de 6 de enero 1978); *Commission d'accès aux documents administratifs* (Ley de 17 de julio 1978); *Médiateur du cinéma* (Ley de 29 de julio 1982); *Commission de la sécurité des consommateurs* (Ley de 21 de julio 1983); *Commission bancaire* (Ley de 24 de enero 1984); *Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement* (Ley de 24 de enero 1984)¹⁹¹.

A pesar de esto, la doctrina especializada reconoce que la primera AAI creada de manera oficial y con expresa consagración en el texto legal, fue la Comisión Nacional de Informática y Libertades (*Commission nationale de l'informatique et des libertés*), a través de la Ley n° 78-17 del 6 de enero de 1978. La segunda ola, se daría en la década transcurrida entre 1985 y 1995, y en la cual se crearon: *la Commission des participations et des transferts* (Ley de 6 de agosto 1986); *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (Ley de 30 de septiembre 1986); *Conseil de la concurrence* (Ley de 1 de diciembre 1986); *Commission pour la transparence financière de la vie politique* (Ley de 11 de marzo 1988); *Comité national d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* (Ley de 10 de julio 1989); *Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance* (Ley de 2 de diciembre 1989) la cual se transformó en *Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles*; *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques* (Ley de 15 de enero 1990); *Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité* (Ley de 10 de julio 1991); *Comité*

¹⁹⁰ GÉLARD 2006: p. 20.

¹⁹¹ GÉLARD 2006: p. 50.

national consultatif d'éthique (Ley de 29 de julio 1994); *Commission nationale du débat public* (Ley de 2 de febrero 1995).¹⁹²

La tercera ola de creación de estas entidades se encuentra entre 1996 y 2006, en donde se colocaron en funcionamiento un total de 12 AAI: *Conseil des marchés financiers* (Ley de 2 de julio 1996), fusionado en 2003 con la *Commission des opérations de bourse au sein de l'Autorité des marchés financiers*; *Commission consultative du secret de la défense nationale* (Ley de 8 de julio 1998); *Conseil de prévention et de lutte contre le dopage* (Ley de 23 de marzo 1999) la cual se transformó posteriormente en *l'Agence française de lutte contre le dopage*; *Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires* (Ley de 12 de julio 1999); *Commission de régulation de l'énergie* (Ley de 10 febrero 2000); *Défenseur des enfants* (Ley de 6 de marzo 2000); *Commission nationale de déontologie de la sécurité* (Ley de 6 de junio 2000); *Haute autorité de santé* (Ley de 13 agosto 2004); *Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité* (Ley de 30 de diciembre 2004); *Autorité de régulation des communications électroniques et des postes* (ARCEP) (Ley de 20 de mayo 2005); *Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur* (de 18 de abril 2006); *Autorité de sûreté nucléaire* (Ley de 13 de junio 2006)¹⁹³.

Actualmente, los adelantos administrativos, comunitarios y la tecnificación de los sectores económicos en donde opera la libertad de competencia, son motivos suficientes y legítimos para que el legislador cree una nueva AAI, con el fin de mejorar la prestación de los servicios, imponer sanciones a las empresas que violen la ley y los reglamentos, entre otras consideraciones¹⁹⁴. Desde 2006 y hasta la actualidad se han creado, *El Contrôleur général des lieux de privation de liberté* (Ley n° 2007-1545 de 30 octubre 2007, modificada por la Ley n° 2014-528 de 26 de mayo 2014) como una autoridad independiente; la *Haute Autorité pour la transparence de la vie publique* (Ley n° 2013-907 del 11 octubre 2013).

¹⁹² GÉLARD 2006: p. 50.

¹⁹³ GÉLARD 2006: p. 50.

¹⁹⁴ GÉLARD 2006: p. 28.

Sin embargo, antes de la aparición de las llamadas *autorités administratives indépendantes*, en la administración francesa ya existían órganos especializados que disfrutaban de cierta autonomía para desempeñar funciones fiscalizadoras o de enjuiciamiento, y a los que se ha considerado como los antecedentes inmediatos de las actuales autoridades independientes. Entre ellos se suele citar a los jurados de exámenes o concursos, las comisiones de concentración parcelaria o de impuesto, y también a órganos como el Consejo de Estado y el Tribunal de Cuentas¹⁹⁵.

Según la concepción tradicional del derecho administrativo francés, todas las entidades estatales están sujetas a la dirección y control de un ministerio¹⁹⁶, por lo cual es insólita la existencia de autoridades administrativas independientes que escapen al control ministerial, aunque las primeras AAI hayan servido de dique a la expansión del poder municipal creciente bajo la descentralización territorial¹⁹⁷. En 1978 el legislador creó, oficialmente y por primera vez una “Autoridad Administrativa Independiente” (*autorité administrative indépendante*): la Comisión Nacional de Informática y Libertades (*Commission nationale de l'informatique et des libertés*, en adelante “CNIL”)¹⁹⁸.

La creación de la CNIL se debe a las nuevas amenazas que permean los datos personales en la era digital. En 1974 la prensa francesa había revelado que el Ministerio del Interior tenía la intención de centralizar las bases de datos de los diferentes servicios de policía. El debate público llevó al Gobierno a la creación de la CNIL para garantizar que el desarrollo de la tecnología de la información en los sectores público y privado se realizara con respeto a la privacidad, las libertades individuales y las libertades públicas.

Al analizar las características de la CNIL, la doctrina francesa advirtió que con anterioridad ya existían algunas instituciones de rasgos semejantes a los de aquella¹⁹⁹, por lo que aun en la actualidad, no existe unanimidad sobre el momento exacto en el

¹⁹⁵ MARTINEZ 2002: p. 191-192.

¹⁹⁶ DELZANGLES 2008: p. 257.

¹⁹⁷ ABAD LICERAS Y IRURZUN MONTORO 2009: p. 38.

¹⁹⁸ Ley n° 78-17 del 6 de enero de 1978.

¹⁹⁹ MARTINEZ 2002: p. 192.

que aparecen las AAI en Francia. El primer estudio sobre este tipo de organismos, publicado por el Consejo de Estado en 1984, considera que la primera institución con las características que hoy definen a las autoridades independientes se creó en 1941²⁰⁰. Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que las AAI no aparecen hasta la década de los setenta²⁰¹. A continuación, otras entidades estatales fueron cualificadas como AAI, algunas por determinación del legislador, otras por decisiones judiciales de las Cortes. Por ejemplo, en 1984, El Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) cualificó como AAI a la Alta Autoridad de la comunicación audiovisual (*Haute Autorité de la communication audiovisuelle* = HACA)²⁰².

Hoy en día abundan las AAI, actualmente se cuentan con aproximadamente 40 en Francia²⁰³. Actúan en campos y sectores muy diversos, aunque se pueden identificar dos grupos diferentes: las que regulan ciertos sectores económicos y las que protegen los derechos de los ciudadanos.

Los regímenes jurídicos de las diferentes entidades cualificadas como AAI también difieren, por lo cual, persiste cierta incertidumbre sobre el alcance de la noción misma. El legislador por su parte, ha calificado como AAI a aquellas instituciones que no reunían los criterios tradicionales desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia. No obstante, que en el estado actual de la discusión es poco probable reconocer por parte del legislativo un concepto general en pro de una tendencia a crear cada vez más AAI, ya que cuando el legislador crea una nueva autoridad independiente, lo hace para remediar algún problema concreto.

2. Panorama de las AAI contemporáneas en Francia

En su Informe Público 2001 titulado “*Reflexiones sobre las autoridades administrativas independientes*” por el Consejo de Estado francés publicó una lista exhaustiva de las AAI existentes para aquella época en el país, ya fuese por

²⁰⁰ MARTINEZ 2002: p. 192.

²⁰¹ MARTINEZ 2002: p. 192.

²⁰² Decisión del Consejo Constitucional no. 74-938 del 8 de noviembre de 1974. La HACA fue el primer organismo francés encargado de la regulación del sector audiovisual. En 1986 fue sucedido por la Comisión nacional de la Comunicación y de las Libertades (*Commission nationales de la communication y des libertés* = CNCL), antes de convertirse en el Consejo Superior del Audiovisual (*Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* = CSA) en el año de 1989.

²⁰³ Véase la lista en: www.legifrance.gouv.fr/Sites/Autorites-independantes.

determinación legislativa o por decisión judicial²⁰⁴. Después, en el curso de los años tras la publicación de este informe, algunas de las autoridades mencionadas cambiaron de nombre o fueron reemplazadas por nuevos organismos, mientras que otras fueron abolidas.

Las siguientes son los organismos enumerados en el estudio del Consejo del Estado, o las entidades que les sucedieron, según el caso:

- La Comisión Nacional de Informática y de las Libertades (*Commission nationale de l'informatique et libertés* = CNIL)²⁰⁵;
- El Defensor de derechos (*Défenseur des droits*)²⁰⁶;
- El Comité nacional de evaluación de los establecimientos públicos de carácter científico, cultural y profesional (*Comité national d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* = CNE)²⁰⁷;
- El Consejo Superior del Audiovisual (*Conseil supérieur de l'Audiovisuel* = CSA)²⁰⁸;
- La Comisión de control de las campañas electorales y de los financiamientos políticos (*Commission nationale de des comptes de campagnes et des financements politiques* = CNCCFP)²⁰⁹;

²⁰⁴CONSEIL D'ETAT 2001: p. 300 – 302.

²⁰⁵Creada por el artículo 11 de la Ley no. 73-6 del 6 de enero de 1978 relativa a la informática, a los archivos y las libertades.

²⁰⁶El Defensor de derechos sucede al Mediador de la República (*Médiateur de la République*), creado por la Ley no. 73-6 del 3 de enero de 1973. El Mediador de la República fue clasificado como “autoridad administrativa” por el Consejo de Estado en la decisión *Retail* del 10 de julio de 1981. La Ley no. 89-19 del 13 de enero de 1989 modificó el artículo 1° de la Ley no. 73-6 cualificando Mediador de la República como “autoridad independiente”. En el año 2011 se suprimió el Mediador de la República y se creó el Defensor de derechos por la Ley orgánica no. 2011-333 del 29 de marzo de 2011. Éste sucedió al Mediador de la República. Es interesante notar que el artículo 2° de dicha Ley cualifica al Defensor de Derechos como “autoridad constitucional independiente”, categoría novedosa en derecho francés.

²⁰⁷Creado por la Ley no. 84-52 del 26 de enero de 1984 sobre la enseñanza superior y clasificado como AAI por el artículo 27 de la Ley no. 89-486 del 10 de julio de 1989.

²⁰⁸Creado por el artículo 1° de la Ley no. 89-25 del 17 de enero de 1989 como autoridad independiente. El CSA reemplazó la Comisión nacional de comunicación y libertades (*Commission nationale de la communication et des libertés* = CNCL), clasificada como AAI por la Ley no. 86-1067 del 30 de septiembre de 1986.

²⁰⁹Creada por la Ley no. 90-55 del 15 de enero de 1990 y clasificada como AAI por el Consejo Constitucional en la decisión no. 91-1141/1142/1143/1144 DC.

- La Comisión nacional de control de interceptaciones de seguridad (*Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité* = CNIS)²¹⁰;
- La Autoridad de mercados financieros (*Autorité des marchés financiers* = AMF)²¹¹;
- La Autoridad de regulación de las comunicaciones electrónicas y correos (*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes* = ARCEP)²¹²;
- la Comisión consultiva del secreto de la defensa nacional (*Commission consultative du secret de la défense nationale* = CCSDN)²¹³;
- la Agencia francesa de lucha contra el dopaje (*Agence française de lutte contre le dopage* = AFLD)²¹⁴;
- la Autoridad de control de las molestias sonoras aeroportuarias (*Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires* = ACNUSA)²¹⁵.

Algunas de las autoridades mencionadas en el estudio del Consejo de Estado en el 2001 que han sido abolidas, por ejemplo:

²¹⁰Creada como AAI por el artículo 13 de la Ley no. 91-646 del 10 de julio 1991 relativa al secreto de las correspondencias emitidas por medio de las telecomunicaciones.

²¹¹Cualificada como “autoridad pública independiente” y dotada con personalidad jurídica por el artículo 2° de la Ley no. 2003-706 del 1 de agosto de 2003 de seguridad financiera. La AMF fusionó la Comisión de operaciones de bolsa (*Commission des opérations de Bourse*), creada por la ordenanza no. 67-836 del 28 de septiembre de 1967 y clasificada como AAI por el artículo 1° de dicha ordenanza tras la modificación de ésta por la Ley no. 96-597 del 2 de julio de 1996 sobre la modernización de las actividades financieras, el Consejo de mercados financieros (*Conseil des marchés financiers*), creado por la Ley 96-597 y el Consejo de disciplina de la gestión financiera (*Conseil de discipline de la gestion financière*), creado por la Ley no. 89-531 del 2 de agosto de 1989.

²¹²Sucedió a la Autoridad de Regulación de las Telecomunicaciones (*Autorité de régulation des télécommunications* = ART), creada por la Ley no. 96-659 del 26 de julio de 1996 y clasificada como AAI por el Consejo Constitucional en la decisión no. 96-378 DC del 23 de julio de 1996. La ARCEP fue creada por la Ley no. 2005-516 del 20 de mayo de 2005 relativa a la regulación de las actividades postales.

²¹³Creada y clasificada como AAI por el artículo 1° de la Ley no. 98-567 del 8 de julio de 1998.

²¹⁴Sucedió al Consejo de prevención y de lucha contra el dopaje (*Conseil de prévention et de lutte contre le dopage* = CPLD), el cual había sido creado y cualificado como AAI por el artículo 14 de la Ley no. 99-233 del 23 de marzo de 1999. La AFLD fue cualificada como AAI por el artículo 2° de la Ley no. 2006-405 del 5 de abril de 2006 relativa a la lucha contra el dopaje y a la protección de la salud de los deportistas.

²¹⁵Creada y clasificada como AAI por el artículo 1° de la Ley no. 99-588 del 12 de julio de 1999, el cual posteriormente fue codificado como el artículo L. 227-1 del Código de Aviación Civil (*Code de l'aviation civile*).

- El Defensor de los niños (*Défenseur des enfants*)²¹⁶.
- La Comisión nacional de deontología de la seguridad (*Commission nationale de déontologie de la sécurité*)²¹⁷.

Además el Consejo de Estado, en su Informe Público 2001, reconoció que algunas autoridades deben ser cualificadas como AAI con base en los criterios desarrollados por la doctrina y jurisprudencia para identificar tales organismos²¹⁸. Este estudio de derecho comparado no es el marco adecuado para presentar una lista exhaustiva de todas las entidades francesas que reúnen los criterios determinadores de las AAI, sin embargo, se enunciarán algunos ejemplos como son: el Mediador del Cinema (*Médiateur du cinema*)²¹⁹, la Comisión bancaria (*Commission bancaire*)²²⁰, la Autoridad de Competencia (*Autorité de la Concurrence*)²²¹, la Comisión de regulación de la energía (*Commission de régulation de l'énergie* = CRE)²²², o la Comisión de control de los seguros (*Commission de contrôle des assurances* = CCA)²²³ entre otros organismos.

El Consejo de Estado en su informe, también mencionó unas autoridades que le parecían ser AAI sin determinar de forma definitiva su naturaleza²²⁴, verbigracia, la Comisión de acceso a los documentos administrativos (*Commission d'accès aux*

²¹⁶Creado por el artículo 1º de la Ley no. 2000-196 del 6 d marzo de 2000 como “autoridad independiente”. En 2011 se suprimió el Defensor de los niños y el Defensor de derechos asumió sus funciones.

²¹⁷Creada y clasificada como AAI por la Ley no. 2000-494 del 6 de junio de 2000. En 2011 se abolió la CPLD. Sus funciones fueron asumidas por el Defensor de derechos.

²¹⁸CONSEIL D'ETAT. 2001 : p. 302-304.

²¹⁹Creado por la Ley no. 82-652 del 29 de julio de 1982.

²²⁰Creada por la Ley no. 84-46 del 24 de enero de 1984. En el año 2010 se suprimió la Comisión bancaria y sus funciones fueron asumidas por la Autoridad de control prudencial y de resolución (*Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* = ACPR).

²²¹Antes Consejo de Competencia (*Conseil de la Concurrence*), creado por la ordenanza no. 86-1243 del 1 de diciembre de 1986. El Consejo de Competencia sucedió a la Comisión de la Competencia (*Commission de la Concurrence*), la cual había sido explícitamente cualificada de AAI por la Ley no. 85-1408 del 30 de diciembre de 1985. La Autoridad de Competencia fue cualificada explícitamente como AAI por medio del artículo 95 de la Ley no. 2008-776 del 4 de agosto de 2008 de modernización de la economía.

²²²Creada por la Ley no. 2000-108 del 10 de febrero de 2000 como Autoridad de regulación de la electricidad (*Commission de régulation de l'électricité*). Se convirtió en CRE mediante la Ley no. 2003-8 del 3 de enero de 2003.

²²³Creada por el artículo 30 de la Ley no. 89-1009 del 31 de diciembre 1989, en forma de un artículo L. 310-12 del Código de Seguros (*Code des assurances*). La CCA fue sucedida por la Autoridad de control de los seguros (*Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles* = ACAM), la cual también fue suprimida en el año 2010, igual como la Comisión bancaria. Sus funciones fueron asumidas por la ACPR.

²²⁴CONSEIL D'ETAT 2001 : p. 304-305.

documents administratifs = CADA)²²⁵, la Comisión de la seguridad de los consumidores (*Commission de la sécurité des consommateurs* = CSC)²²⁶ o la Alta Autoridad para la transparencia de la vida política (*Haute Autorité pour la transparence de la vie politique* = HATVP)²²⁷.

Después de la publicación del informe del Consejo de Estado, el legislador reforzó su tendencia de crear Autoridades Administrativas Independientes, algunas creadas en los últimos años son las siguientes:

- La Agencia de evaluación de la investigación y enseñanza superior (*Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur* = AERES)²²⁸;
- La Autoridad de control prudencial y de resolución (*Autorité de contrôle prudentielle et de résolution* = ACPR)²²⁹;
- La Autoridad de regulación de las actividades ferroviarias (*Autorité de régulation des activités ferroviaires* = ARAF)²³⁰;
- La Autoridad de regulación de los juegos en línea (*Autorité de régulation des jeux en ligne* = ARJEL)²³¹;
- La Autoridad de seguridad nuclear (*Autorité de sûreté nucléaire* = ASN)²³², entre otras reseñadas anteriormente.

²²⁵ Creada por la Ley no. 78-753 del 17 de julio de 1978 para garantizar una Administración Pública transparente por medio del ejercicio del derecho de obtener el acceso a los documentos administrativos. El legislador la cualificó como AAI por el artículo 10 de la ordenanza no. 2005-650 del 6 de junio de 2005.

²²⁶ Establecida por la Ley no. 83-660 del 21 de julio de 1983. Esta autoridad es competente para emitir dictámenes y de sugerir medidas para mejorar la prevención de riesgos con respecto a la seguridad de productos y servicios.

²²⁷ Sucedió en 2013 a la Comisión para la transparencia financiera de la vida pública (*Commission pour la transparence financière de la vie publique*), creada por la Ley del 11 de marzo de 1988.

²²⁸ Cualificada como AAI por el artículo 9 de la Ley de programa para la investigación no. 2006-450 del 18 de abril de 2006

²²⁹ Cualificada como AAI por el artículo 1 de la ordenanza no. 2010-76 del 21 de enero de 2010 sobre la fusión de las autoridades de autorización y control de los bancos y seguros.

²³⁰ Cualificada como AAI y dotada de personalidad jurídica por el artículo L. 2131-1 del Código del Transporte (*Code des Transports*).

²³¹ Cualificada como AAI por el artículo 34-I de la Ley no. 2010-476 del 12 de mayo de 2010 relativa a la apertura a la competencia y a la regulación del sector de los juegos de azar en línea.

²³² Cualificada de autoridad administrativa independiente por el artículo 4 de la Ley no. 2006-686 del 13 de junio de 2006 relativa a la transparencia y a la seguridad en materia nuclear.

El ritmo de creación de las AAI en el país Galo desde su aparición en los albores de la década de 1970, ha sostenido un ritmo de prácticamente 10 Autoridades por década, lo que se traduce en 1 cada año, una cifra por demás gruesa. A continuación, se estudiará dos de los casos más importantes de AAI en Francia.

2.1. La Comisión Nacional de Informática y de las Libertades (CNIL)

La CNIL es considerada la primera AAI creada en suelo francés por medio de la Ley no. 78-17 del 6 de enero de 1978, que en artículo 11 dispuso: “La comisión nacional de la informática y de las libertades es una autoridad administrativa independiente”. Se encuentra conformada por diecisiete miembros, así: dos diputados y dos senadores, designados por la Asamblea Nacional y por el Senado respectivamente, un hombre y una mujer equitativamente; dos miembros del Consejo económico, social y ambiental, elegidos por esa asamblea; dos miembros o antiguos miembros del Consejo de Estado, los candidatos deben poseer como mínimo el grado de consejero o uno de igual jerarquía; dos miembros o antiguos miembros de la Corte de casación, siguiendo las mismas indicaciones que para los candidatos miembros del Consejo; dos miembros o antiguos miembros de la Corte de cuentas, bajo los mismo parámetros enunciados para el nombramiento en las dos autoridades judiciales anteriores; tres personalidades calificadas por su conocimiento en el campo de la informática, designados por decreto, dos deben ser mujeres; finalmente, dos personalidades calificadas por su conocimiento en el campo de la informática, designados respectivamente por el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado.

Es facultad de la Comisión elegir a un Presidente y dos vicepresidentes, uno de ellos será vicepresidente delegado, estos conforman el “bureau” de la Comisión. El mandato del presidente y de los comisionados es de cinco años (art. 13.). Existe la figura de Comisario del Gobierno, elegido por el Primer ministro, el cual tendrá asiento en la comisión. Existe dentro del entramado de la entidad un Secretario General, encargado del funcionamiento y la coordinación de los servicios bajo la autoridad del Presidente (art. 19).

Su independencia esta garantizada por varios elementos, a saber: i) en la elección de los miembros no participa el gobierno, pero si las otras dos ramas del poder, en cantidades superiores y equitativas; ii) la comisión no esta subordinada a ninguna autoridad por lo tanto no recibe ordenes de ninguna de las tres ramas del poder, excepto en casos determinados legalmente, por ejemplo, las decisiones judiciales o las advertencias presupuestales hechas por las comisiones encargadas en el Parlamento; iii) existe un buen numero de incompatibilidades e inhabilidades que incluyen la imposibilidad ejercer un cargo en el gobierno en concomitancia con las funciones como comisionado o tener intereses en el sector sujeto a vigilancia y control de la entidad, entre otros que aseguran su independencia definitiva.

2.2. La Alta Autoridad por la Transparencia de la Vida Pública

Fue creada por la Ley n° 2013-907 del 11 octubre 2013, la cual según su artículo 19-I, es una Autoridad Administrativa Independiente, y los miembros de la misma no recibirán y solicitarán la instrucción de ninguna autoridad. Sin embargo, la Alta Autoridad, a diferencia de la CNIL, esta conformada por un Presidente que es nombrado por el Presidente de la República; dos consejeros de Estado en actividad o honorarios, elegidos por la misma corporación; dos consejeros, de las mismas características que los dos anteriores, elegidos por la Corte de casación; dos consejeros-maestros de la Corte de cuentas elegidos por la cámara del consejo; una personalidad calificada, que no haya ejercido cargo alguno en el Gobierno, un mandato en el Parlamento, o algunas otras funciones enumeradas en el artículo 11 de la Ley, dentro de los 3 años anteriores, que es nombrado por el Presidente de la Asamblea Nacional, previa aprobación de la comisión permanente de asuntos constitucionales con las tres quintas partes del quórum; una personalidad calificada, elegida por el Presidente Senado, siguiendo el mismo procedimiento mencionado anteriormente, en su respectiva corporación. El periodo del Presidente y de los consejeros es de seis años, sin la posibilidad de reelección. Existe como de habitud un Secretario General, pero en este caso es nombrado por el Primer ministro a proposición del Presidente de la Alta Autoridad.

Esta autoridad tiene una interesante misión, cual es salvaguardar la transparencia en la vida pública francesa, a través de la recepción de las declaraciones patrimoniales de las personas señaladas por la Ley; pronunciarse sobre los posibles conflictos de interés e incompatibilidades de los funcionarios como de las personas que prestan sus servicios en entidades jurídicas que ejercen poder público, además que en ejercicio de sus funciones, tiene la facultad de emitir recomendaciones para la correcta aplicación de la Ley de transparencia, las cuales pueden ser enviadas al Gobierno (art. 20).

Entre otras garantías de la independencia se encuentran: i) un reconocimiento legal; ii) en ejercicio de sus funciones la Autoridad no recibe ni solicita instrucción u orden de ninguna otra autoridad; iii) sus consejeros esta nombrados de acuerdo a las reglas de participación de las tres ramas del poder, pero en su mayoría son elegidos por el legislativo y el judicial; iv) un fuerte sistema de inhabilidades e incompatibilidades para asegurar a neutralidad e independencia de sus miembros, entre otras (art. 19).

3. Características de las AAI en derecho administrativo francés

La noción de “autoridad”, significa que los organismos cualificados como AAI disponen de una determinada cantidad de facultades, según el caso, pueden incluir poderes de reglamentación, de autorización individual, de control, de conminación o de nominación. Autoridad es aquella que tiene poder de decisión; sin embargo, este punto ha sido ampliamente debatido por la doctrina y la jurisprudencia francesa, verbigracia, Chapus anota: "La categoría de las autoridades administrativas independientes no pueden tener de especificidad (y el término de autoridad no puede ser justificado) sólo si se comprenden organismos que detentan, para el mismo cumplimiento de su misión, un poder de decisión"²³³.

Además, estas autoridades son calificadas como “administrativas”. De ello se desprende que actúan en nombre del Estado. También significa que algunas competencias de la Administración les han sido delegadas, como por ejemplo el poder de reglamentación en un determinado sector económico.

²³³ CONSEIL D'ETAT 2001: p. 289.

Finalmente, son “independientes”, tanto del sector económico en el cual actúan, como del Gobierno. En términos de la estructura del Estado, las AAI se sitúan fuera de las estructuras tradicionales de la Administración Pública, tampoco están sujetos a la jerarquía tradicional de la que si se encuentran insertas las demás entidades estatales. En principio, la actuación de las AAI no puede ser controlada o censurada por otras entidades estatales, excepto las de la rama judicial. Adicionalmente, gozan de ciertas garantías que les permiten mantener una cierta autonomía frente al Gobierno.

Por las grandes diferencias entre las AAI en Francia, es difícil identificar características comunes concretas, aunque algunas dispongan de poderes amplios mientras que otras tengan facultades más limitadas. El legislador incluso ha calificado como autoridades administrativas independientes a algunos organismos que solamente tienen poderes consultivos, en contravía de lo sostenido por gran parte de la doctrina.

Es interesante notar que la gran mayoría de las AAI en Francia carecen de personería jurídica²³⁴. Por tanto, es el Estado-Nación que tiene que asumir la responsabilidad patrimonial y mora de los actos de estas. En su informe del año 2001 el Consejo de Estado mencionó que la tendencia de crear más AAI, tiene como objetivo mejorar la actuación estatal en términos de imparcialidad, profesionalismo y eficacia. Además, dicho órgano estima que esta tendencia también persigue el objetivo de dar mayor importancia a los elementos de transparencia y mediación en la actuación estatal.

El Consejo de Estado propone la siguiente definición para las autoridades administrativas independientes: “son autoridades que actúan en nombre del Estado sin estar subordinadas al Gobierno y que benefician, para el buen ejercicio de sus misiones, de garantía que les permiten actuar en plena autonomía, sin que su actuación pueda estar orientada o censurada, salvo mediante un juez”²³⁵.

²³⁴Las AAI con personería jurídica son excepcionales, sin embargo, se pueden encontrar, la Autoridad de los mercados financieros (*Autorité des marchés financiers* = AMF), la Alta autoridad de la salud (*Haute autorité de la santé*), creada por Ley del 13 de agosto de 2004 y la Comisión de regulación de la energía (*Commission de régulation de l'énergie*), dotada con personalidad jurídica mediante la Ley del 30 de diciembre de 2004.

²³⁵CONSEIL D'ETAT 2001: p. 257.

4. La influencia del Derecho de la Unión Europea

Francia es considerada como la cuna de la escuela del servicio público –*L'école du service publique*– nacida en *Bordeaux*, bajo las teorías del profesor Leon Duguit, según las cuales el Estado estaba pensado, y a su vez legitimado, para ejercer el rol de prestador de los servicios públicos, siendo esta su función y su razón de ser, entre otras teorías, algunas contrapuestas, como las de Gaston Jéze, Maurice Hauriou y la Escuela de Toulouse. También es considerado como el lugar de nacimiento del derecho administrativo, aunque para el inicio de la mancomunidad europea, el país galo tenía una idea de Estado bastante distinta a la de la liberalización de mercados internos y la abolición de monopolios naturales introducida por las autoridades de la Unión Europea (UE)²³⁶.

Pese a todo, la concepción de servicio público ha tenido sendos cambios, puesto que se ha abolido la idea que el único agente facilitador de la redistribución social y económica es el Estado, y se la erigido la teoría liberal de la autorregulación del mercado y la armonización entre la libertad de competencia y el interés general²³⁷. Los primeros estudios que se hicieron sobre la liberalización del mercado de telecomunicaciones fueron en 1984, posteriormente, en 1987, se publicó el primer libro verde (*Livre vert*), que preconizaba la apertura del mercado en dos fases, la primera la liberalización del equipamiento terminal, en 1988, y una segunda fase la liberalización de los servicios diferentes al de la telefonía en 1990.

En 1993, el Consejo Europeo de Ministros acordó la apertura absoluta del mercado de las telecomunicaciones a partir de mediados de 1998, entretanto se llevaban a cabo la apertura de los satélites (1994), las redes del servicio (1995), y el servicio de móviles (1996)²³⁸.

En concomitancia a este proceso, se expidieron disposiciones comunitarias de armonización para facilitar los engranajes que permitieran la transposición de las medidas comunitarias de liberación de los mercados al ámbito del derecho nacional

²³⁶ DELZANGLES 2008: p. 14.

²³⁷ DELZANGLES 2008: p. 15.

²³⁸ AUTORITÉ DE RÉGULATION DES TÉLÉCOMMUNICATIONS 1997.

de cada país miembro de la eurozona. Pero ¿de qué se trata la liberalización del mercado de las telecomunicaciones? ¿Cómo afecta este proceso la creación de nuevas AAI?

Este proceso es parte del objetivo común de confiar en la eficiencia del mercado y disminuir progresivamente la participación del Estado, sobre las redes del servicio, a cambio de asumir la regulación del mismo. La influencia comunitaria no solo transformó la concepción francesa de Estado, sino que también su estructura, por lo cual el legislador acudió a la creación de una nueva AAI para que se encargara de la regulación del mercado de las telecomunicaciones, ejemplo de ello es la Autoridad de Regulación de las Telecomunicaciones (*Autorité de régulation des télécommunications* = ART), creada por la Ley no. 96-659 del 26 de julio de 1996 y posteriormente catalogada como AAI por el Consejo Constitucional en la decisión no. 96-378 DC del 23 de julio de 1996.

En mencionada decisión el Consejo se refiere en los siguientes términos a la pretérita Autoridad: “15. Considerando que la ley puede sin que esté afectado el principio de la separación de los poderes, dotar a una autoridad administrativa independiente de poderes de sanción dentro del límite necesario para la realización de su misión; que corresponde no obstante al legislador combinar al ejercicio de estos poderes de sanción de medidas destinadas a salvaguardar los derechos y libertades constitucionalmente garantizados; que en particular una sanción administrativa de naturaleza pecuniaria no puede acumularse con una sanción penal” (Negritas y subrayas fuera del texto original).

Aproximadamente una década después de su creación, la ART fue reemplazada por la Autoridad de regulación de las comunicaciones electrónicas y correos -ARCEP- establecida por la Ley no. 2005-516 del 20 de mayo de 2005 relativa a la regulación de las actividades postales. En conclusión, es claro que el derecho y las políticas comunitarias han influenciado sendos cambios en el ámbito del derecho interno de los países miembros de la UE, e impulsado a su vez la creación de autoridades de regulación, bajo el modelo de las AAI, como es el caso francés.

5. La delimitación entre AAI y las demás entidades estatales

La organización administrativa francesa es novedosa, el sistema adoptado por los constituyentes en la V república fue el “semi-presidencialismo” que se encuentra en cabeza del presidente, elegido por voto universal y del primer ministro, nombrado por el presidente. El primero ejerce el rol de Jefe de Estado, y algunas como jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, empero en su mayoría son desarrolladas en su mayoría por el Primer Ministro²³⁹.

A su vez, cada Ministro o Secretario de Estado está encargado de un departamento ministerial, desde donde coordina la prestación de servicios públicos y sociales, que son aquellos que satisfacen las necesidades generales. De igual modo, se ejerce el poder público (*la puissance publique*) en servicios como la defensa de la nación, entre otras²⁴⁰. Los Prefectos (*Les préfets*) son presentados por el Primer Ministro y el Ministro del Interior, y son nombrados por decreto presidencial, estos representan y ejercen el poder Ministerial en cada uno de sus distritos o regiones²⁴¹.

En Francia, existen un número abundante de entidades gubernamentales que ejercen el poder público y que se encuentran bajo la subordinación jerárquica del ejecutivo, tales entidades son, entre otras, los establecimientos públicos de carácter administrativo (Établissements publics à caractère administratif “EPA”), los de carácter industrial y comercial (Établissements publics industriel et commercial “EPIC”), los de carácter científico y tecnológico (Établissements publics scientifique et technologique “EPST”), los de carácter científico, cultural y profesional (Établissements publics scientifique, culturel et professionnel “EPSCP”)²⁴².

Dichas instituciones ejercen sus actividades en numerosos sectores sociales y políticos, tales como transporte, salud, educación ciencia y cultura, construcción, parques nacionales, entre otras. Todos tienen en común, hacer parte de la arquitectura

²³⁹ MARTINEZ 2002: p. 188.

²⁴⁰ CENTRE NATIONAL DE FORMATION ET D'ETUDES – PROTECTION JUDICIAIRE DE LA JEUNESSE: 2001.

²⁴¹ CENTRE NATIONAL DE FORMATION ET D'ETUDES – PROTECTION JUDICIAIRE DE LA JEUNESSE: 2001.

²⁴² CENTRE NATIONAL DE FORMATION ET D'ETUDES – PROTECTION JUDICIAIRE DE LA JEUNESSE: 2001.

jerárquica de la administración y responder ante el Parlamento por el ejercicio de sus funciones y de los asuntos de su competencia²⁴³. Igualmente, recuérdese que las Autoridades Administrativas Independientes no son parte integrante de la administración propiamente dicha, estas son un “hibrido”.

6. Relaciones entre las AAI y el Gobierno

Como las AAI están situadas por fuera de la estructura tradicional de la Administración Pública, no están sujetas al control del Gobierno, en este contexto, la garantía más fuerte de independencia frente al Gobierno es la irrevocabilidad de los miembros de las AAI. Empero, existe una serie de limitaciones a la supuesta independencia de las AAI:

1. El Gobierno interviene en la designación de los miembros de las AAI, por medio de un decreto adoptado por el Consejo de los Ministros.
2. En muchas AAI existe el cargo de “comisario del gobierno” (*commissaire du gouvernement*). Este funcionario representa al ministro en el seno de la respectiva AAI, por ejemplo, en el caso de la AMF o la CSC. En el caso de la CNIL, el comisario del gobierno representa directamente al Primer Ministro. Los poderes del comisario varían según las AAI, en algunas, puede exigir una nueva deliberación si no está de acuerdo con la decisión tomada, lo que es el caso por ejemplo en la CNIL. En otros casos, tiene solamente derecho a asistir a los debates y a tomar la palabra, pero no tiene derecho de veto, por ejemplo, en el caso de la Autoridad de Competencia.
3. Otra restricción de independencia se debe a la exigencia de la homologación ministerial de los reglamentos adoptados por las AAI. Por ejemplo, los reglamentos adoptados por la AMF o la ARCEP solo tienen fuerza legal después de tal homologación.
4. Además, la independencia se relativiza teniendo en cuenta que la mayoría de las AAI no disponen de su propio presupuesto²⁴⁴. Por tanto, son

²⁴³ MARTINEZ 2002: p. 191.

²⁴⁴ Algunas AAI sí disponen de su propio presupuesto, este es el caso de la AMF.

financieramente dependientes del Ministro de Hacienda o del ministerio al cual pertenece la actividad ejercida por la AAI correspondiente.

7. Fiscalización de las AAI

El ejecutivo ejerce un cierto grado de control sobre las Autoridades Administrativas Independientes, especialmente la cesación, con causa justa, de los miembros de las mismas²⁴⁵. Tratándose del control judicial de los actos y decisiones de las AAI, no hay ninguna diferencia entre éstas y las demás entidades estatales. En general, es competente la jurisdicción contencioso administrativa. En algunos casos excepcionales asume competencia la jurisdicción ordinaria, por ejemplo, las sanciones impuestas por la Autoridad de la Competencia o por la AMF, son conocidas por el Tribunal de Apelación de París (*Cour d'Appel de Paris*).

En cuanto a las demás AAI el competente para juzgar la legalidad de sus decisiones es el Consejo de Estado. El parlamento, aunque no ejerce sobre las AAI un control político similar al que ejerce sobre el gobierno, puede vigilar el ejercicio de sus funciones por intermedio de figuras jurídicas sencillas como solicitudes de informes ordinarios (anuales) y extraordinarios, cuestionarios, y con el establecimiento de comisiones de investigación, entre otras²⁴⁶.

8. La constitucionalidad de las AAI

Para gran parte de la doctrina, las AAI no solo violentan la Constitución, también la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que consagra en el artículo 15: “La sociedad tiene el derecho de pedirles cuentas a todos los agentes públicos de su administración”. Es decir, que los ciudadanos como mandantes pueden exigirles a sus mandatarios, en palabras de los avezados civilistas, tanto el cumplimiento de sus planes de gobierno, como las cuentas y reportes de su actividad, en la cual se pueden medir los avances y retrasos en sus funciones o la desviación de las mismas a fines contrarios a la ley.

²⁴⁵ MARTÍNEZ 2002: p. 224.

²⁴⁶ MARTÍNEZ 2002: p. 225.

Según el artículo 20 de la Constitución francesa que dice: “El Gobierno determinará y dirigirá la política de la Nación. Dispondrá de la Administración y de la fuerza armada. Será responsable ante el Parlamento en las condiciones y conforme a los procedimientos establecidos en los artículos 49 y 50”, una de la característica determinantes de las AAI es la independencia frente al Gobierno, por lo que surge la duda sobre su constitucionalidad, toda vez que estas son contrarias al principio democrático de sumisión de la administración al Gobierno, como remarca el último reporte del Senado francés señalando que: “Las AAI no disponen de la legitimidad que asegura la elección y la responsabilidad política. Ellas [Las AAI] constituyen una delegación de poder en instituciones no democráticamente representativas por lo que constituyen una ruptura del vínculo de responsabilidad política del Gobierno delante del Parlamento”²⁴⁷.

Sin embargo, el parlamento francés, como cualquier otro órgano legislativo, puede hacer frente a este tipo de inconvenientes implementando mecanismos de control a las AAI, siendo el país galo un ejemplo de ello, ya que la obligación de rendir cuentas es un deber necesario para conservar el derecho a ser independientes, asimismo esta obligación consiste en presentar ante el Gobierno y al Parlamento un reporte anual contentivo de un dispositivo de medición de resultados. Además los presidentes de las AAI tienen audiencias regulares ante las comisiones permanentes competentes que sirven para asegurar el cumplimiento de las disposiciones presupuestales contenidas en la Ley orgánica relativa a la Ley de finanzas (LOLF)²⁴⁸.

¿Puede que la continua y abundante creación de las AAI este suponiendo un llamado al legislativo para la abolición del sistema tradicional de separación tripartita de poderes, al reemplazo del “modelo Ejecutivo” “unitario y centralizado” y en su lugar a la implementación del modelo “pluricéntrico y descentralizado”? de parte propia se creé que es así, la creación de AAI si bien no tiene por objetivo principal ir en contravía del principio secular de la tridivisión de poderes, si quiebran este principio, ya que son parte del ejecutivo, apenas controlables políticamente por el Gobierno, y

²⁴⁷ DOSIÈRE YVANNESTE 2010: Acápite. I-1.

²⁴⁸ DOSIÈRE YVANNESTE 2010: Título II. Acápite. C-1.

poseen una independencia de este, predicable únicamente por las ramas del poder público.

9. Beneficios y crítica a las AAI

Las AAI se caracterizan por la flexibilidad y la adaptabilidad que poseen para realizar tareas misionales que el Estado tradicional no puede llevar a cabo. La capacidad técnica es el argumento más sólido para defender y promover su creación. Sin embargo, además de ser considerado un beneficio es, a su vez, objeto de críticas por parte de quienes consideran que estas traen consigo un retorno a la “tecnocracia”²⁴⁹. Asegura el Senado Francés que esta nueva forma de gobierno favorece la transparencia, la consulta y la negociación además de una evidente mejora en la prestación de los servicios de manera eficiente y eficaz²⁵⁰.

A pesar de lo anterior, las críticas al nuevo modelo de administración no se han hecho esperar, y más en un sistema preconcebido donde convergen dos fuerzas opuestas, en este caso ejecutivas y legislativas, luchando por evitar la concentración de poder en su contrario, por medio de instrumentos constitucionales y legales, como las mociones y las rendiciones de cuentas. El parlamento Francés debe, según sus propios estudios, buscar y reforzar el control sobre las AAI para así posibilitar la reconciliación entre los principios de responsabilidad e independencia²⁵¹.

10. Conclusión sobre AAI en Francia

La aparición de la AAI en el estricto sistema jurídico francés se explica en tres razones principales, las cuales vistas en perspectiva son similares a las que dieron lugar al nacimiento de las autoridades independientes en Estados Unidos y Gran Bretaña. Primero, la protección de los derechos de los consumidores. Segundo la regulación técnica e imparcial de los mercados o un sector de la actividad social. Tercero, la resolución eficiente de las controversias surgidas entre los actores económicos involucrados²⁵².

²⁴⁹ MARTINEZ 2002: p. 233.

²⁵⁰ GÉLARD 2006: p. 13.

²⁵¹ GÉLARD 2006: p.14.

²⁵² Véase: BETANCOR RODRIGUEZ 1994: p. 64-96.

En principio las AAI no fueron consagradas dentro de la arquitectura constitucional francesa y plantean un problema jurídico de gran calado, debido a que el presidente y el primer ministro responden por la gestión del ejecutivo ante el parlamento, luego ello incluiría a las AAI. Sin embargo, el principio universal de la responsabilidad señala que un sujeto es responsable de sus propios actos y no de actos ajenos. Por lo cual el Consejo Constitucional Francés mediante decisión de 17 enero de 1989 sobre el *Conseil supérieur de l'audiovisuel* consideró que las AAI al igual que las demás entidades administrativas se encuentran representadas por el gobierno únicamente para fines de responder ante el Congreso por su actividad, lo que no significa que las ubique bajo su jerarquía.

Lo anterior significa entonces, que el Consejo de Estado siempre ha sido firme respecto de su competencia para ejercer el control de legalidad de los actos administrativos emanados de dichas corporaciones, incluyendo los que se consideran cuasi judiciales²⁵³. En Francia al igual que en Estados Unidos y Gran Bretaña no existe una definición legal precisa sobre que es una Autoridad Administrativa Independiente. Sin embargo, el Consejo de Estado y la doctrina especializada ha dado pasos que acercan a la noción de AAI. Por lo cual puede definirse las AAI en suelo galo como: instituciones de carácter administrativo, que ejercen funciones propias del Estado con total autonomía e independencia, sin estar subordinadas al gobierno de turno ni a cualquier otra entidad de carácter estatal, y que se caracterizan por participar en la regulación social o económica de la República.

Varios elementos pueden resumir las garantías de las AAI en Francia, el primero, es una elevada técnica legislativa que permite controlar y tener claro cuando se esta en frente de una AAI; segundo, están protegidas de cualquier injerencia de parte del Gobierno y las demás autoridades; tercero, contienen un sistema de elección particular y distinto a los demás países estudiados, en el cual las tres ramas del poder intervienen en la elección de sus miembros, con preponderancia de las ramas

²⁵³ CONSEIL D'ETAT 2001: p. 323.

legislativa y judicial; cuarto, un sistema de incompatibilidades fuerte que reafirma la neutralidad de sus miembros, entre otras

IV. Comparación de las AAI en los países estudiados

1. Aproximación a las razones por el desarrollo de AAI en los diferentes países

Las Autoridades independientes surgen en las potencias económicas mundiales por varias razones: primero, debido a que estos países tienen en común un desarrollo acelerado de varios sectores industriales bajo la sombra protectora del modelo liberal capitalista, el cual exige que el Estado intervenga en el mercado no como prestador de servicios o propietario de una industria, sino como árbitro en las relaciones de los competidores entre sí y de estos con los consumidores. Una lección aprendida por los Estados Unidos luego de la debacle de 1929.

Segundo, debido a la incapacidad técnica de los órganos y entidades del Estado que se veían avocados a asumir funciones que les eran ajenas o desconocidas. Pero no solo eso, también la industria desconfiaba de la administración y viceversa, lo cual provocó que se pensara en una autoridad alejada de la influencia del gobierno y también que no estuviera supeditada a los intereses del sector regulado. Es decir, se pensó en una autoridad imparcial e independiente.

Tercero, la presión de los consumidores y los administrados, como quiera que ellos eran los primeros afectados con el crecimiento y la consolidación de los monopolios y carteles. Finalmente, los procesos de integración supranacional impulsaron la creación de las AAI.

Conforme a lo anterior, las Autoridades Administrativas Independientes nacen en los Estados Unidos, como consecuencia directa de la insuficiencia de regulación estatal la cual generalmente entraba en controversia con las leyes expedidas en los estados vecinos. La *Interstate Commerce Commission*, la cual fue el punto de partida para un modelo que en el transcurso de varias décadas conquistó el mundo y rompió con el paradigma tradicional de la tridivisión de poderes, pudo asegurar el avance más

importante de la técnica administrativa del último siglo.

2. Características comunes de las AAI

Las Autoridades Administrativas Independientes son parte importante de un proceso de mimetismo jurídico, en el cual las teorías y soluciones implementadas en otros países son trasplantadas en un ordenamiento jurídico diferente al de su nacimiento. Es pues, un proceso de adopción de soluciones exógenas para problemas similares en el contexto interno de un país²⁵⁴.

Las características comunes son: primero, respecto de su naturaleza, las AAI son entidades u organismos estatales de naturaleza administrativa, es decir se asemejan a las entidades de la rama ejecutiva del poder público. En la mayoría de países, las AAI hacen parte de esta rama. Según estudios realizados por el Comité Presidencial sobre Administración Gubernamental, en el gobierno de Franklin D. Roosevelt: “Constituyen una acéfala ‘cuarta rama’ del gobierno, un deposito heteróclito de agencias irresponsables y poderes no coordinados. Violentan la teoría básica de la Constitución norteamericana de que debe haber tres grandes ramas del gobierno y solo tres.”²⁵⁵.

Segundo, en relación con sus funciones, estas entidades ejercen el poder público (la *puissance publique*), están investidas de autoridad, de poder de decisión. Tercero, respecto de su relación con el ejecutivo central las AAI, en los países estudiados *et supra*, son independientes del gobierno. De esta manera poseen autonomía para la toma de decisiones de gran trascendencia, en especial en materia de regulación de mercados, sectores sociales, y la resolución de controversias.

3. Críticas a las AAI

La principal crítica a las AAI es debido a su novedad, no encuadran dentro del entramado constitucional de la mayoría de países, por ejemplo, en Estados Unidos, cuya Constitución vigente es la más antigua en el mundo, no pudo el constituyente

²⁵⁴ Este fenómeno se puede definir como: "la retoma sistemática de soluciones externas, incluso cuando no son jurídicamente vinculantes" Du BOIS de GAUDUSSON 1990: p.7. Citado en: RODRIGUEZ GUTIERREZ 2010.

²⁵⁵ FREEDMAN 1988.

haber previsto la aparición de dichas autoridades administrativas y esto ha generado todo tipo de argumentos sobre su inconstitucionalidad. En Francia ha sucedido lo mismo, sin embargo, el Consejo de Estado ha optado por hacer caso omiso al cuestionamiento sin dejar de lado la advertencia sobre la proliferación de estas autoridades²⁵⁶.

La mayoría de entramados constitucionales y administrativos disponen que el gobierno, bien sea presidente o primer ministro, es el jefe de gobierno y primera autoridad administrativa. Dentro de la organización jerárquica es quien, junto a sus ministros dirigen la política y el actuar administrativo del Estado, y a su vez son responsables ante el órgano legislativo, el cual ejerce el control político de la actividad. Empero, la creación de autoridades por fuera de la organización administrativa, tanto orgánica como funcional, genera inconvenientes al legislador para cumplir con sus cometidos constitucionales.

Otro reproche constante que se le hacen a las AAI es la falta de legitimidad democrática de este tipo de organizaciones, en tanto que sus miembros, son elegidos por el gobierno, algunas veces con la participación del legislador, otras en virtud de su propio criterio, lo que resulta extraño en los Estados sociales y democráticos de derecho.

Una crítica constante que se cierne sobre las Autoridades Administrativas Independientes está ligada a la amenaza de captura tanto por parte del Gobierno como por parte del sector privado, los dos interesados en influir en sus decisiones y someter su poder a sus intereses²⁵⁷.

4. Conclusión del Primer Capítulo

Autoridades Administrativas Independientes, Agencias Independientes, Agencias Reguladoras, Organizaciones Cuasi Autónomas No Gubernamentales –QUANGOS-, son algunos de los nombres que han sido acuñados para agrupar los órganos creados por el legislador o atribuidas como tal por los jueces. Sin embargo, ni la técnica

²⁵⁶ BETANCOR RODRIGUEZ 1994: p. 68.

²⁵⁷ Véase: BETANCOR RODRIGUEZ 1994.

legislativa más avanzada, ni la jurisprudencia más instruida ha logrado definir con claridad el concepto de las AAI.

Las Autoridades Administrativas Independientes tienen en todos los países estudiados una apariencia de inconstitucionalidad y cierta falta de legitimidad, puesto que los ordenamientos jurídicos rígidos se resisten a la proliferación de este tipo de instituciones, a la dispersión del poder público de la rama ejecutiva. De otra parte las AAI carecen de legitimidad debido a que sus miembros no son elegidos por los ciudadanos²⁵⁸.

Pero aun de esta manera las AAI han conquistado el mundo, seducido con su elocuencia práctica a los parlamentarios de diferentes ordenamientos jurídicos, e incluso a los ciudadanos y sectores industriales los cuales confían en sus facultades. Aunado a lo anterior, la captación no se ha hecho esperar, tanto por parte del gobierno como de los particulares debido a los amplios poderes que estas poseen.

²⁵⁸ BETANCOR RODRIGUEZ 1994.

Capítulo 2. Autoridades Administrativas Independientes: una nueva forma de administración

En este capítulo se pretenden analizar las principales discusiones doctrinales en cuanto a la institución de las Autoridades Administrativas Independientes; para tal efecto, estudia en primer lugar, la problemática sobre la independencia y la ruptura de las teorías clásicas del Estado, así como la fragmentación de la estructura estatal y administrativa y la génesis del Estado policéntrico. Seguidamente, se estudia el fenómeno de las AAI como respuesta a los problemas de la privatización. Luego se aborda el concepto de Estado Regulador y la independencia como mecanismo para garantizar la imparcialidad. Finalmente, se explica la discusión sobre la constitucionalidad de las AAI, la captura del regulador y las funciones generales de las AAI como consecuencia de la fragmentación del poder público.

I. La independencia y la ruptura de las teorías clásicas del Estado

“Ni teórica, ni pedagógicamente es posible definir autónomamente Administración y Derecho Administrativo. Sólo es posible su definición a partir de la constitución.” Georges Vedel.

El Derecho constitucional contemporáneo se establece como la base general de la ordenación jurídica de las naciones. Esta disciplina conforma, junto con el derecho administrativo, lo que se ha denominado derecho público. Así las cosas, el derecho constitucional es la rama del derecho público que se encarga de determinar la forma de Estado, sus órganos superiores, y la extensión de sus poderes con relación a los individuos. En este sentido, la Constitución política²⁵⁹ es el documento que por

²⁵⁹ “La palabra Constitución procede el verbo *constituere* (establecer, disponer, instituir) al que desde muy pronto se le dio un significado jurídico (*constituere iuris*), y desde el siglo II, una *constitutio principis* era “*quod imperator decreto vel dicto vel epistula constituit*”. En el Bajo Imperio, las *constitutiones* imperiales quedaron equiparadas a las *leges* (*quod principi palcuit legis habet vigorem*) y se convirtieron en la forma por la que se creaba el nuevo derecho.”

excelencia recoge en su texto la sustancia de la ordenación política, así como los derechos, deberes y demás normas generales de una nación, especialmente la división de los poderes públicos²⁶⁰.

Para Pactet y Mélin-Soucramanien, la noción clásica de Constitución tiene su origen en las doctrinas de la escuela contractualista que iniciaron en el siglo XVI y lograron su ápice en el siglo XVIII, las cuales pregonaban la idea de un pacto social inicial, que diera origen a la sociedad, las leyes y la limitación del poder por medio del derecho. Conforme a lo anterior, la Constitución viene entonces a ser la confirmación o la renovación de ese pacto o contrato originario²⁶¹. En Inglaterra, en el siglo XVII, por primera vez se hace alusión al término Constitución para referirse a las leyes fundamentales del reino; junto al *agreement of the people* (1653), en el cual las colonias reales de Norteamérica participaron activamente, especialmente, el llamado *The Covenant* de los colonos de Connecticut, que fue un texto que resultó muy similar a una Constitución actual, el cual posteriormente fue aprobado por el Parlamento Inglés como norma fundamental.

Como señala Sánchez-Arcilla a partir de este momento, el concepto de Constitución no solo significará pacto de organización de una comunidad política, sino que también se situará como Ley suprema. Con la Constitución de Virginia (1776) se erigió a las Cartas Magnas como las estructuras básicas de la comunidad; a todo este largo camino, hasta el significado moderno del término, se unieron los pensadores de la filosofía política de la Ilustración, entre ellos el Barón de la Brede et Montesquieu y Rousseau, quienes agregaron que: “[...] todos los poderes del gobierno derivan del pacto constitucional celebrado con el pueblo soberano”. Finalmente, y debido a la revolución francesa, se desató el éxito del constitucionalismo escrito, el cual fue rápidamente copiado por otros países²⁶².

De esta manera, es claro que el derecho constitucional permea a todas las ramas del ordenamiento jurídico, situación a la que no es ajena el derecho administrativo, que

²⁶⁰ CONCHA 2010: p. 32.

²⁶¹ PACTET Y MÉLIN-SOUCRAMANIEN 2011: p. 59. Para obtener un panorama histórico y decantado de las teorías sobre la constitución véase: GARCÍA-PELAYO 1953: p. 33-99.

²⁶² SÁNCHEZ ARCILLA 2009: p. 303-304.

a su vez, viene a ser parte del desarrollo específico de las disposiciones contenidas en la Carta iusfundamental, no obstante, que la interpretación judicial de esta evoluciona a una velocidad distinta de las que presentan las necesidades sociales, afirmación que encuentra explicación en el carácter *pétreo* de las legislaciones estatales, como se puede observar en los trámites que existen para su reforma. Conforme a lo predicho, es común encontrar que la ciencia administrativa avanza a tal punto que esta queda aparentemente por fuera de los límites impuestos; siendo de interés la creación de las Autoridades Administrativas Independientes (AAI), las cuales se podrían tornar contrarias a la Constitución.

1. Teoría tripartita de separación de poderes

1.1. De la separación de poderes. El pensador inglés John Locke en su *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, estudiando la separación de poderes anteriormente esbozada por el filósofo griego Aristóteles²⁶³, describió tres ramas del poder: el legislativo, quien se encarga de dictar las leyes; el ejecutivo, quien a su vez las ejecuta, y el federativo, que tiene la potestad de declarar la guerra o negociar la paz, a su vez que otros asuntos de orden internacional²⁶⁴. Posteriormente, el Barón de Montesquieu en *El Espíritu de las Leyes*, explica la existencia de tres poderes así: “Hay en todo Estado tres especies de Poderes: el Poder legislativo; el Poder ejecutivo de las cosas que dependen del Derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del Derecho civil.” En la visión del Barón francés, el primer poder se encarga de establecer las leyes temporales o permanentes; el segundo llamado poder ejecutivo del Estado ejerce idénticas funciones que el poder federativo para Locke, esto es, hacer la guerra y mantener la paz, así como los demás asuntos internacionales; el tercero, desempeña la función jurisdiccional, tanto en lo criminal como en lo civil, también conocido como el poder judicial²⁶⁵.

Para Locke, el poder predominante es el legislativo, también conformado por el poder federativo; a *contrario sensu* para Montesquieu, el poder superior es el ejecutivo, que

²⁶³ ARISTÓTELES 1996: p. 125-126.

²⁶⁴ LOCKE 1963.

²⁶⁵ LOCKE 1963.

estaba ligado al judicial y este a su más que al legislativo, sin embargo, se observará que, si bien esta teoría es de origen Galo, los revolucionarios franceses abolieron la conjunción de esos dos poderes sin dubitación alguna. Conforme a lo precedente, la concepción de la separación de poderes y, especialmente, la existencia de tres – legislativo, ejecutivo y uno judicial– fue una clasificación ofrecida por Montesquieu²⁶⁶. Estas tres ramas del poder público, debían ser independientes la una de la otra puesto que esto aseguraba la protección de la libertad de los asociados. En Francia esta teoría dio lugar a la proposición de crear una jurisdicción especial para procesar a los agentes del ejecutivo y sus decisiones, ya que de dejarse en manos de los tribunales ordinarios, el ejecutivo estaría subordinado al poder judicial²⁶⁷.

En Gran Bretaña inicialmente el poder ejecutivo era ejercido por la Corona, el cual tuvo vigencia hasta el advenimiento de la monarquía constitucional y parlamentaria, en donde el poder legislativo nace como producto de la presión ejercida por los barones ingleses a la Corona, quienes consiguieron depositar en el parlamento la mayoría de las decisiones políticas importantes. Asimismo se dio la creación y fortalecimiento de los jueces independientes que al no ser sometidos a la potestad real, sino al arbitrio de la ley, podían ejecutar las decisiones legislativas, de aquí nace el principio del *Rule of Law*, que consiste en el sometimiento por igual de los administradores y administrados al señorío de la Ley²⁶⁸.

En Estados Unidos de Norteamérica la arquitectura del Estado está soportada en la tridivisión del poder público y a su vez ancladas en el pensamiento político de Montesquieu; sin embargo, los constituyentes norteamericanos no se preocuparon por la separación entre el ejecutivo y el judicial más allá de lo expresado en la Constitución, la cual orgánicamente se dio siguiendo el modelo del *Rule of Law* británico, a diferencia del caso francés cuya razón principal fue la llamada desconfianza hacia el poder judicial producto del antiguo régimen monárquico. En

²⁶⁶ GARCÍA-TREVIJANO 1968: p. 36.: “Claramente diríamos que con Aristóteles la división de funciones tiene un sentido puramente funcional, apolítico, mientras que con Montesquieu la división de poderes tiene un sentido político.”

²⁶⁷ VEDEL 1980: p. 56.

²⁶⁸ MATEO 1985: p. 36-37.

Francia, surge una importante diferencia en cuanto a los modelos anglosajones²⁶⁹ puesto que el ejecutivo no estaba sometido a la jurisdicción ordinaria. En el denominado *L'Ancien Régime* la justicia estaba puesta en manos de la nobleza, la cual interpretaba la ley de forma parcial e interesada limitando el ejercicio de algunas políticas públicas, situación que los revolucionarios franceses quisieron proscribir de la Constitución de la república, al ver subordinado el ejecutivo al judicial²⁷⁰.

Es innegable que la división de poderes se ha convertido en una herramienta de la teoría política de los Estados democráticos modernos en la lucha contra el absolutismo y la diferenciación de funciones y sus responsables, aunado al deseo de garantizar la prevalencia del orden jurídico y los derechos de los ciudadanos. Gabino Fraga afirma que las funciones o atribuciones del Estado no se limitan a las meramente ejecutivas, por el contrario, esta es una noción con varias aristas²⁷¹. Es por esto que la división de poderes se basa en la especialización de funciones y en la relación armónica entre fuerzas contrapuestas que se regulan y limitan entre sí, lo cual en palabras de Montesquieu significa que “el Poder contenga al Poder”.

En los Estados constitucionales modernos, al órgano legislativo se le ha encomendado la suprema función de representar al pueblo y ejercer la soberanía popular por medio de la expedición de leyes y la reforma de la Constitución. Al ejecutivo se le ha encargado la administración de lo público, el observar el ejercicio y aplicación de las leyes, y la función de liderar las relaciones con otros Estados. Finalmente, el poder Judicial se le encargado de dirimir los conflictos entre el Estado y los particulares, así como entre estos últimos. La técnica legislativa enseña que al someterse a aprobación la creación de una nueva entidad del Estado, esta deberá estar adscrita a algunas de las tres ramas del poder público las cuales gozan de una estructura y funciones diametralmente distintas y delimitadas.

Para el caso Español, García de Enterría y Fernández, en un esclarecedor *excursus* sobre la división de poderes, hacen una honda crítica a la concepción

²⁶⁹ GARCÍA VÉLEZ 1996.

²⁷⁰ MATEO 1985: p. 38-39.

²⁷¹ FRAGA 1993: p. 27-29.

transpersonalista del Estado y consideran que los poderes públicos son órganos de un ente superior²⁷²; así mismo, aseguran que este tipo de concepciones cercenan la esencia sociológica del Estado, sobre el cual consideran es claro que los sistemas, y especialmente los políticos, están creados por el hombre y para el hombre, lo cual podría convertirlo en un prisionero de su creación. En ese sentido, García de Enterría y Fernández señalan que el poder legislativo no es un órgano del Estado, sino del pueblo y, Hauriou afirma que el pueblo es el titular de la propiedad del poder, quien delega en sus representantes la facultad de dictar las leyes, controlar al gobierno y señalar las políticas fundamentales.

En ese mismo sentido, el Juez no es órgano del Estado sino un instrumento del derecho sin importar qué tanto dependa de la fuerza de la totalidad de la nación. La Administración entonces no es representante de la comunidad, sino una organización colocada a su servicio; es un verdadero mandatario de la comunidad y a ella debe su legitimidad y su razón de ser²⁷³. En este orden de ideas es preciso concretar qué se entiende por Administración a fin de comprender el fenómeno de las Autoridades Administrativas Independientes, y las consecuencias que ellas traen en la fragmentación del poder. Según Jean Rivero, cuando se habla de administración pública se hace referencia a “[e]se conjunto de órganos por los cuales son conducidas y ejecutadas las labores públicas. En esa perspectiva, la Administración es concebida toda a la vez como esencialmente diferente a la actividad de los particulares, y como distinta de ciertas otras formas de la actividad pública: la legislación, el ejercicio de la justicia”²⁷⁴.

La Administración es heterogénea, pues no se limita únicamente a hacer cumplir las leyes y las sentencias judiciales; tiene además asignadas funciones legislativas básicas, ejercidas por medio del poder reglamentario²⁷⁵, y con funciones judiciales al momento de resolver reclamaciones²⁷⁶. Igualmente es concebida como un conjunto

²⁷²GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 1997: p. 28.

²⁷³GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 1997: p. 28-29.

²⁷⁴RIVERO 1965: p. 9.

²⁷⁵ Huelga decir, que el poder reglamentario está limitado a la ley que se dispone a reglamentar, es decir, a disgregar, explicar o especificar, por medio de un instrumento administrativo que permita su correcta aplicación o ejecución, el cual es denominado reglamento. Véase: GARCÍA VÉLEZ 1996.

²⁷⁶GARRIDO FALLA 1989: p. 36-41.

de entidades con o sin personalidad jurídica, cuya naturaleza es pública y están asociadas a la satisfacción de necesidades generales tales como prestar servicios al ciudadano, ejecutar la política interna y desenvolverse en el ámbito internacional, así es conducida y representada en el mundo corpóreo por personas naturales quienes, en las más altas esferas del poder, son elegidas popularmente (Gobierno), y cuyo concepto no se va a entrar a discutir, puesto que les de naturaleza política no organizacional que se amolda a la estructura administrativa del Estado; por el contrario, el Estado y la administración, tienen vocación de permanencia.

La función administrativa es la actividad del Estado que se caracteriza por ejecutar los cometidos estatales y procurar la materialización de las disposiciones legislativas, judiciales y propiamente dichas; entre las cuales se encuentran la administración de los bienes, la dirección política, la planificación de la economía, y la dirección de las relaciones internacionales. La Administración, como un solo cuerpo, está sostenida sobre los pilares de la jerarquía del poder. En el derecho continental europeo, desde la Francia Napoleónica, el ejercicio del poder ejecutivo se ha caracterizado por una marcada jerarquización y dependencia entre las entidades públicas, rasgo similar al de las monarquías absolutistas, y consiste en la creación de una organización fundada en un estricto orden descendente y sucesivo de posiciones, en donde a más arriba se encuentren en la escala organizativa mayor es el poder de direccionamiento sobre los órganos inferiores²⁷⁷. Sin embargo, la modernidad ha traído consigo un sinnúmero de variaciones a esta característica, lo cual se podrá observar en la aparición de las AAI en los ordenamientos jerárquicos, que ha provocado la expansión de este concepto y su desplazamiento como regla general en las estructuras administrativas de las entidades públicas y sus relaciones.

2. Teoría sobre la fragmentación de la estructura estatal y administrativa.

2.1. Ruptura del sistema tradicional de separación de poderes

La estructura del Estado moderno se basa en la división de tres poderes: ejecutivo,

²⁷⁷ COSCULLUELA MONTANER 1992: p. 181.

legislativo y judicial; sin embargo, las necesidades sociales y políticas actuales hacen insostenible mantener una estructura clásica con las características descritas. En la década de los sesentas del siglo pasado, García-Trevijanos señalaba que la separación de poderes debe entenderse más como equilibrio, y que no es impensable que en lugar de tres, existan cuatro o cinco ramas del poder citando a la Constitución de China (1947) en donde, según el autor citado, se establecieron además de los tres poderes clásicos, el poder de “control”²⁷⁸ y el poder de “examen”²⁷⁹; para el doctrinante español en comentario estos poderes se suelen subsumir dentro de los tres poderes tradicionales²⁸⁰. Sin embargo, las previsiones de García-Trevijanos no eran totalmente pasajeras, puesto que en las Constituciones más actuales, como las de Ecuador y Venezuela, es factible ver cómo se ha desvanecido el paradigma de las tres ramas clásicas del poder público.

En la República del Ecuador, el poder público está dividido en funciones de las cuales, además de las tradicionales ejecutiva, legislativa y judicial, se encuentran otras dos: la de “transparencia y control social” y la función “electoral”. La primera se encarga del control de la actividad pública y privada cuando estos últimos presten servicios públicos o ejerzan actividades de interés público, promoción de la participación ciudadana y lucha contra la corrupción; a su vez que está formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tienen personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa (artículo 204)²⁸¹. La segunda función –de gestión–, se instauró para proteger el

²⁷⁸ Según el artículo 90 de la Constitución China de 1947 el poder de control es: “El Yuan de Control es el organismo supremo de control del Estado y ejerce los poderes de consentimiento, de realizar procesos de destitución contra los funcionarios públicos, de censura y de contraloría.” Este sería asimilable a lo que en Colombia se conoce como Procuraduría General de la Nación, que es una autoridad administrativa que ejerce la facultad disciplinaria en contra de los funcionarios públicos.

²⁷⁹ De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución China de 1947 el poder de examen es: “El Yuan de Examen es el organismo supremo de examen del Estado y tiene jurisdicción sobre los asuntos relativos a los exámenes de selección, nombramiento, registro, evaluación del desempeño, escalafón, salarios, promociones y traslados, protección de empleos, premios, seguro familiar en caso de muerte, retiro, jubilación y pensión de vejez de los funcionarios públicos.” Comparable en Colombia con la funciones ejercidas por el de un organismo administrativo del nivel central, denominado Departamento Administrativo de la Función Pública.

²⁸⁰ GARCÍA-TREVIJANO 1968: p. 38.

²⁸¹ Constitución de la República del Ecuador.

ejercicio a los derechos políticos de los ciudadanos y se encarga de la organización política, siendo conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, cuyas atribuciones de jurisdicción nacional, autonomía administrativa, financiera, organizativa, y personalidad jurídica propia son dadas por la propia Carta Política en su artículo 217, además de señalar el texto superior, que estos organismos se regirán por principios de autonomía e independencia, lo cual permite colegir que son un verdadero poder público²⁸².

Por su parte, en la República Bolivariana de Venezuela la constituyente incluyó en su cuerpo normativo dos nuevos poderes denominados “Poder ciudadano” y, en el mismo sentido que la Constitución ecuatoriana, el “Poder electoral”. En la República de Bolívar el poder ciudadano se constituye en un medio de control del Consejo Moral Republicano, integrado por el Defensor del Pueblo, el Fiscal General y el Contralor de la República, que se encuentra encargado principalmente de investigar y sancionar las conductas que atentan contra la ética y moral administrativa; además, de promover la defensa del patrimonio público y la aplicación del principio de legalidad en el desarrollo de la actividad administrativa (artículos 273 y 274)²⁸³. El Poder electoral está conformado por el Consejo Nacional Electoral como ente rector, y son organismos subordinados a este, la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral, y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, con la organización y el funcionamiento que establezca la ley orgánica respectiva. A esta compleja red de organismos se le atribuye el poder reglamentario sobre las normas electorales, dictar la política pública en materia de financiamiento y publicidad de las campañas políticas, pero con un rasgo muy particular sobre su autonomía cual es la posibilidad de formular su propio presupuesto y presentarlo directamente a la Asamblea Nacional sin necesidad de acudir al ejecutivo (artículos 292 a 295)²⁸⁴.

Puede observarse entonces que hasta ahora es posible que en los países se encuentre una suerte de policentrismo del poder público y que de esta forma se admitan más de tres ramas. Sin embargo, este tipo de modificaciones a la estructura del poder son

²⁸² Constitución de la República del Ecuador.

²⁸³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

²⁸⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

voluntarias, parten de la expresión del poder constituyente, pero en países más conservadores la iniciativa ha iniciado, ya no desde el poder popular, sino desde la técnica administrativa. En un país en donde la Ley de leyes señala expresa e inequívocamente que existen un determinado número de poderes o funciones públicas, cual sea el caso, y que según se ha visto, son detalladas y debidamente diferenciadas de los demás poderes, el surgimiento de autoridades de carácter administrativo e independiente no sólo afecta la configuración administrativa sino también el equilibrio de poderes y su consagración en la Carta política.

2.2. Las génesis del Estado policéntrico: una consecuencia del advenimiento de las AAI

La Administración en el Estado clásico se sustentaba en dos principios de la configuración y relación administrativa, el principio del control jerárquico, en el nivel central y el de tutela administrativa sobre la descentralización. El primero se encuentra en la titularidad del superior jerárquico y aún sin atribución legal expresa le autoriza a modificar, anular o invitar a su subordinado a revocar un acto administrativo, no solo por razones de ilegalidad, sino también por conveniencia pública; el segundo, es un control ejercido por el Estado dentro de los términos legales, sobre las entidades descentralizadas, tanto territorialmente como por servicios, su fundamento se encuentra en la necesidad de salvaguardar el principio de unidad política y la protección de los derechos de los ciudadanos con respecto de la actuación de las entidades descentralizadas²⁸⁵.

Sin embargo, Chevallier describe en su obra *El Estado Posmoderno*, a la Administración clásica, como una serie de ramificaciones unidas entre sí por un tronco fuerte sostenido en los principios de la centralización y la jerarquía del poder, donde se viene abajo para convertirse o asemejarse más a una especie de rizoma, aquí las entidades administrativas poseen mayor libertad, autonomía o independencia. En el modelo clásico se define con nitidez la verticalidad de las relaciones entre entidades pertenecientes al aparato administrativo, mientras que en el Estado posmoderno las

²⁸⁵ RIVERO 1965: p. 282-284.

relaciones son más horizontales e interdependientes. Agrega Chevallier, que la estructura en “red” sustituye la organización “piramidal” como forma de organización administrativa²⁸⁶.

Las Autoridades Administrativas Independientes son una excepción al concepto de administración clásica debido a que tienen características que alteran el concepto de jerarquía administrativa²⁸⁷. Es la misma naturaleza independiente de este tipo de autoridades lo que las hace innovadoras y a su vez particulares, pero también es ese rasgo distintivo lo que hace que no encuadren dentro de la mayoría de entramados constitucionales. En el capítulo anterior, se evidenció que los Estados Unidos de Norteamérica sustenta sus bases constitucionales en un estrecho concepto de tridivisión montesquiana de poderes, afincado también en el *check and balances*. De igual modo no fue el primer país en conocer el advenimiento de las agencias reguladoras o de las *independent agencies* en las cuales convergen los tres poderes – la administración, regulación general y en muchos casos el papel de juzgador– y desestabilizan la nación entera; aunque estuviesen mencionadas desde la administración de Franklin D. Roosevelt, y desde entonces consideradas como la cuarta rama del poder público, producto de la conjunción de las otras tres funciones públicas, semejante a las monarquías absolutistas de los siglos XVI al XVIII.

No obstante, este surgimiento generó en la república del norte de América un debate sobre su constitucionalidad el cual ya se indicó en precedencia²⁸⁸. Debate que aunque favorable no es más que un calmante para un enfermo grave, ya que ha intentado dársele a la teoría tripartita del poder una flexibilidad que le es ajena, teniendo en cuenta que estos argumentos atienden a la conveniencia nacional –entendible dado que las necesidades sociales y políticas de una nación son cada vez mayores y más complejas– y que las AAI son un remedio eficaz para esta. También se explica en que

²⁸⁶ CHEVALLIER 2011: p. 145-146.

²⁸⁷ Sobre el particular ver ECHEVERRI URUBURU 2002: p. 85, que afirma “[d]entro de la institucionalización del poder aparece como primordial el principio jerárquico, es decir, el escalonamiento de los órganos de acuerdo con su importancia y atribuciones, de inferiores a superiores dentro de la pirámide del poder, lo cual permite imprimir coherencia a las distintas tareas políticas y en consecuencia, exigir responsabilidades, a pesar de la extensión y complejidad del aparato político y del diverso origen social de los funcionarios.”

²⁸⁸ GARCÍA VÉLEZ 1996: p. 197-255.

la teoría de Montesquieu no se basó en argumentos técnicos sino en cuestiones políticas, que perseguían el fin del absolutismo y pretendían evitar la concentración del poder en un mismo ente o en una misma persona, esta fue más una división práctica de las actividades de poder.

También es claro que en ninguna nación se ha instaurado y desarrollado una división pura de poderes, aunque existen ciertas actividades que son compartidas o ejercidas por una y otra rama indistintamente. Con todo es más común que la administración o rama ejecutiva ejerza algunas funciones derivadas del poder legislativo y judicial que éstas se encarguen de funciones administrativas²⁸⁹.

En conclusión, las AAI quiebran tanto el principio de separación de poderes como el de administración jerárquica clásica, y pueden ser consideradas como la génesis, mas no la consolidación, de una nueva rama del poder público mejor de un Estado policéntrico, en tanto que la ruptura del principio de jerarquía administrativa y su consecuente independencia no hacen de ellas asemejables a entidades de una nueva rama del poder, pero si a un nuevo centro de poder, y la consecuencia ineludible de esta afirmación es que en concomitancia con este fenómeno de independización se desvanece la certeza de encontrar tres y solo tres poderes públicos en un Estado²⁹⁰.

2.3. Las AAI como respuesta a los problemas de la privatización

La privatización no es una garantía sino una oportunidad, en cuanto trae consigo inconvenientes como cualquier política económica, y, por tanto, en su implementación y control se encuentra la clave del éxito. Se observa que como resultado de las privatizaciones se produce el surgimiento de las economías de mercado, en las cuales si bien el Estado no actúa como industrial o prestador de servicios, sí debe actuar como garante y regulador de la libertad de competencia y sus límites²⁹¹. En este tipo de economías de mercado, surge la necesidad de que existan instituciones de regulación fortalecidas para prevenir y afrontar los problemas y las

²⁸⁹ GARCÍA VÉLEZ 1996: p. 214-215.

²⁹⁰ “la ley ordinaria nunca ha creado un cuarto poder, expresión esta última claramente exagerada o excesiva, pero expresiva por ilustrativa del alcance que se reconoce al fenómeno”. PAREJO ALFONSO 1994: p. 636.

²⁹¹ “Las lecciones más importantes a este respecto son: La reforma regulatoria debe promover la competencia, no el control; la competencia es el regulador más efectivo”. NANKANI 2006: p. 33

fallas que se pueden producir en el mercado. La ausencia de estas puede profundizar la corrupción, la malversación de dineros públicos, la colusión o los abusos por parte de empresas privadas, la creación de carteles, el abuso de la posición dominante, entre otras²⁹². Es por esto que una característica importante del regulador es su independencia tanto del sector público, como del sector privado o regulado., propinando mas no asegurando objetividad e imparcialidad. Con todo es preciso señalar que la implementación de instituciones como las Agencias Regulatorias no debe ser igual en todos los países, pues las condiciones jurídicas, económicas y sociales pueden ser diametralmente diferentes y las consecuencias pueden no ser las mejores.

3. Transformación del Estado Operador al Estado Regulador

3.1. El Estado Operador: la crisis de un sistema

La regulación nace como un instrumento de intervención del Estado en la economía y en la propiedad privada²⁹³. Inicialmente, el Estado no se limitó únicamente a garantizar los derechos y exigir los deberes de los ciudadanos, por el contrario, persiguiendo la idea de “bienestar”, se convierte en el principal responsable de la prestación de servicios públicos y en la regulación y planificación de la economía²⁹⁴. A mediados del siglo XX, el mundo vivió una época económica y social, denominada Intervencionismo, basada en la teoría del Estado²⁹⁵ promulgada por John Maynard Keynes²⁹⁶, modelo que sucedería al capitalismo individualista de épocas pretéritas, y que afianzaría el papel activo de la administración pública en la planeación económica, el control de la demanda y la generación de empleo²⁹⁷.

La prestación de los servicios, tanto públicos como sociales, estuvo soportada en la extendida idea de administración y el solidarismo francés ²⁹⁸, impulsada por León

²⁹² NANKANI 2006: p. 32

²⁹³ MARCOU Y MODERNE 2011: p. 574.

²⁹⁴ ABAD LICERAS Y IRURZUN MONTORO 2009: p. 26.

²⁹⁵ El Estado Intervencionista en Colombia data de las reformas constitucionales del excelentísimo presidente Alfonso López Pumarejo (1936), posteriormente en las reformas introducidas por el presidente Alberto Lleras Camargo (1945) y finalmente con las reformas del periodo presidencial del Dr. Carlos Lleras Restrepo (1968).

²⁹⁶ KEYNES 1987.

²⁹⁷ MATIAS CAMARGO 2011: p. 78.

²⁹⁸ DUGUIT [19--?]: p. 53 y ss.

Duguit y Gastón Jéze, quienes consideraban que tanto el Estado como el derecho administrativo, encontraban su explicación y su razón de ser en la noción de servicio público, influenciando de esta manera el cambio del paradigma liberal-capitalista²⁹⁹. Para estos autores, la diferencia entre la actividad privada y la pública se encuentra en que esta última está dirigida a la prestación de los servicios públicos, es decir, orientada a satisfacer el interés general, mientras que la primera persigue intereses netamente privados y personales³⁰⁰. En este momento histórico, el Estado no era un mero espectador, sino que asumía el rol de productor de bienes y prestador de servicios por intermedio de sus empresas industriales y comerciales, con una marcada tendencia monopolista. Durante este proceso, se conocieron varios periodos con una fuerte tendencia intervencionista, especialmente en los periodos de posguerras³⁰¹ debido a los esfuerzos de los Estados Europeos por reconstruirse³⁰² y asegurar la prestación de los servicios públicos básicos³⁰³.

El Estado ejercía el control de varios sectores tradicionales y de alta importancia estratégica, por ejemplo, las comunicaciones, el transporte, ciertas industrias (tabaco, licor, correos, petróleo, etc.) y la salud, entre otros; sin embargo fue una fuerte ola de nacionalizaciones³⁰⁴ especialmente a mediados de siglo, le permitió al Estado robustecerse de tal manera que llegó a convertirse en un ente paquidérmico, lo que provocó que la ineficiencia y muchas veces la ineficacia, convirtiendo a las empresas estatales en entes insostenibles³⁰⁵, las cuales dejaban de producir rendimientos y se sumían en la quiebra, obligando al Estado a rescatarlas y muchas veces subsidiarlas con extensas y costosas convenciones colectivas y cargas laborales

²⁹⁹ VIDAL PERDOMO 1997 acota: “La propia dinámica de la teoría, que llamaba “servicio público” a lo que satisfacía un interés general, primero a cargo del Estado, luego también en manos de particulares, y el aumento del intervencionismo estatal, fomentado por las guerras o por las necesidades colectivas, que llevaron al Estado a convertirse en empresario industrial y comercial, fueron ampliando la teoría. Pero a la vez, destruyéndola por dentro, al hacerle perder claridad (desde la panadería hasta la música pueden ser servicios públicos, han dicho con ironía GEORGES VEDEL), o restarle su significado jurídico.”

³⁰⁰ RIVERO 1985: p. 29-31.

³⁰¹ RONDO Y NEAL, Larry 2005: p. 403-414.

³⁰² NANKANI 2006: p. 2-5.

³⁰³ MARCOU Y MODERNE 2011: p. 30.

³⁰⁴ Sobre el tema en concreto ARIÑO 1993: p. 144, señala que: “Se entiende por nacionalización aquella operación mediante la cual la propiedad de unos bienes, o un determinado tipo de bienes o factores de producción, o una empresa o un grupo de empresas, se transfiere a la colectividad con el fin de sustraerla a la dirección capitalista.”

³⁰⁵ ABAD LICERAS Y IRURZUN MONTORO 2009: p. 29.

inconmensurables³⁰⁶.

Además de ser considerado un mal empresario, el Estado también era visto como un mal regulador, ya que sus políticas generalmente estaban influenciadas por las necesidades y objetivos de las empresas públicas muchas veces concertadas, y otras veces el regulador público era capturado por el sector regulado³⁰⁷. Debido a esto, en la década de los ochenta del siglo pasado, se inicia en Europa, y en más de cien países alrededor del mundo un proceso agresivo de privatizaciones³⁰⁸. Dos fueron los ejemplos paradigmáticos, Estados Unidos de Norteamérica, con el gobierno de Ronald Reagan, y el Reino Unido con el ascenso al poder de la Conservadora Margaret Thatcher, donde se cambia la posición del Estado en la economía y como consecuencia su manera de intervenir en los diferentes sectores sociales y económicos. De esta manera, el Estado continuaría asegurando la prestación efectiva de los servicios públicos y de los sectores sometidos a la libertad de competencia, ya no desde el papel de prestador sino de regulador de los mercados.

4. Procesos de privatización alrededor del mundo: un nuevo factor para la creación de AAI

Con posterioridad al deterioro de la política intervencionista – décadas del 60 y 70 del siglo pasado–, se inició un proceso de desmonte del gigantesco aparato estatal. El primer paso fue la privatización de lo público, es decir, la reducción del tamaño del Estado, aunado a la desregularización y la flexibilización de la política económica y finalmente el desmonte del Estado Social o Estado Benefactor³⁰⁹, para darle paso a lo que se conoce como Estado Neoliberal. Entre las políticas abanderadas por este nuevo concepto de Estado se tiene a la privatización de las empresas públicas³¹⁰, la cual tuvo un objetivo claro y fue la obtención de ingresos líquidos para el erario, los cuales serían invertidos en obras que generan espacios de mayor competitividad³¹¹.

³⁰⁶ CHONG Y LÓPEZ-DE-SILANES 2005: p. 1-3.

³⁰⁷ BEL i QUERALT 1996: p. 20.

³⁰⁸ BEL i QUERALT 1996: p. 3.

³⁰⁹ ECHEVERRI URUBURU 2002: p. 144.

³¹⁰ BIRDSALL, Y SUMMERS 2003.

³¹¹ BEL i QUERALT 1996: p. 21.

Los procesos de desregulación tenían como objetivo hacer más eficiente y competitivo el mercado, luego de la fuerte crítica contra los monopolios públicos, la propiedad estatal de los medios de producción, la regulación y por supuesto el Estado Intervencionista, con un momentáneo triunfo para sus críticos, en el que la tendencia privatizante y desregularizadora ganó terreno, generando un nuevo proceso de re-regulación, ya que la intervención del Estado en la economía no desapareció aunque sí cambió de herramientas y objetivos, los cuales se entendían como i) fomentar la libre competencia, ii) estimular la eficiencia en los mercados, iii) evitar abusos de los agentes del mercado, y iv) encausar los intereses de los monopolios estatales, ahora en manos de intereses privados, entre otros³¹².

La privatización señala el Banco Mundial, no es un proceso que busca simplemente conseguir otro propietario para las empresas públicas, sino separar de su gobernabilidad aquello que es político de lo puramente económico³¹³. Los procesos de privatización fueron diversos y en cada país tuvieron un momento y un método diferente. En los países anglosajones se encuentran los procesos más fuertes de desintervención y privatización, en Estados Unidos, bajo el régimen presidencial conservador de Ronald Reagan (1981-1989), se vio con mayor intensidad una política dirigida a concesionar los servicios públicos, es decir, a mantener en cabeza del Estado su titularidad, pero entregar la gestión directa de ellos a manos privadas. En el mismo sentido, se procuró la venta de una parte importante de las propiedades públicas.³¹⁴

En el Reino Unido, por su parte, luego de la asunción al poder de Margaret Thatcher (1979-1990), se inició un ambicioso plan de privatización de empresas públicas y de desregularización de la economía. Entre 1979 y 1980 se había vendido activos por un valor cercano a los 370 millones de libras esterlinas. Posteriormente, en el periodo 1980-1984, esta cifra llegó a ser aproximadamente de 1.142 millones; en 1984 se produjo la venta del gigante de las comunicaciones British Telecom por una cifra cercana a los 3,9 millardos de libras, igualmente sucedió con otras empresas de la

³¹² BEL i QUERALT 1996: p. 22.

³¹³ NANKANI 2006: p. 32.

³¹⁴ BEL i QUERALT 1996: p. 20.

industria automotriz, la aviación y el gas³¹⁵.

Como bien señala Joseph Stiglitz: “La principal verdad del teorema es que la privatización tiene que justificarse con base en estudios específicos para cada caso: el incremento de la eficiencia económica debe ser suficiente para compensar las desventajas de la privatización. En muchos casos (como en las telecomunicaciones) esa condición ha sido claramente establecida”³¹⁶. Restrepo Medina, por su parte establece que la regulación como técnica de intervención propia del derecho administrativo se encuentra asociada a su vez a la privatización y a la liberalización económica, aunado también a la creación de autoridades independientes³¹⁷, es decir, es un hecho irrefutable que estos dos fenómenos económicos y jurídicos tuvieron un papel preponderante tanto en el surgimiento de la intervención regulatoria de los mercados, y el nacimiento del Estado regulador como en la creación de las Autoridades Administrativas Independientes.

5. El Estado regulador: el inicio de una nueva era de intervención pública

Una vez terminado el desmantelamiento del Estado prestador por medio de los instrumentos de la economía liberal, como la privatización de las empresas públicas, la desintervención regulatoria en algunos sectores del mercado y la desarticulación de la política económica en cabeza del poder público, nace un Estado diametralmente diferente denominado: el Estado regulador. Este tipo estatal carece de funciones que otrora le permitieran dirigir y planificar con mayores herramientas la economía nacional; ahora se encuentra en una posición distinta, en donde se erige como árbitro de la economía y especialmente de los mercados, cuya finalidad es asegurar su correcto funcionamiento, la garantía de la concurrencia y la protección del interés general. Es pues la regulación un nuevo vehículo de intervención del Estado en la

³¹⁵ BEL i QUERALT 1996: p. 20

³¹⁶ STIGLITZ 1997: p. 362.

³¹⁷ MEDINA RESTREPO en SALAME ALJURE 2014: p. 181-207. El Profesor Medina cita *in extenso* a RIVERO ORTEGA, Ricardo. Introducción al derecho administrativo económico. 3ª ed. Salamanca: Ed. Ratio Legis. 2005. p. 25. p. 188.

economía³¹⁸.

Aunque el Estado dejó de prestar la mayoría de servicios públicos y de competir en algunos sectores sometidos a la libertad de concurrencia, no se desplazó a la posición de espectador, sino que un fuerte proceso de re-regulación impulsó el dote de herramientas jurídicas y políticas dirigidas a la manutención y garantía de existencia del mercado y la libertad de competencia³¹⁹. El nuevo Estado en ejercicio del poder público, y por medio de sus nuevas facultades de supervisión y control, media entre los intereses particulares y el interés general³²⁰, acudiendo a nuevas instituciones y técnicas de intervención debido a que el aparato estatal tradicional no se encontraba diseñado para la asunción de los nuevos retos que supone un mercado liberalizado. Es por esto que el Estado regulador no es comparable con el Estado liberal que el mundo conoció en el siglo XIX, aquel que se le atribuía la conocida locución francesa *laissez faire* y que dejaba todo en manos del mercado, el cual, a su vez, se auto-regulaba (Adam Smith). Pero esta nueva concepción estatal bebió de los errores y pretendió evitarlos reconociendo que los mercados y la economía en general no son perfectos, sino que están sujetos a los fallos de la economía, especialmente a los monopolios naturales, las externalidades y a los bienes públicos, por tal razón el Estado debe intervenir para prevenir o corregir dichos fallos³²¹.

El Estado al asumir la regulación económica debió mutar su estructura a fin de garantizar la eficiencia y la libertad de competencia en los mercados regulados³²², acudiendo a la creación de organismos administrativos, principalmente colegiados, de carácter eminentemente técnico, autónomos y en su gran mayoría independientes para asegurar la intervención eficiente y transparente en el sector económico sujeto a regulación³²³. Algún sector de la doctrina ha criticado con firmeza la manera en la que el Estado regula la economía por lo que se ciernen muchas dudas, afirmando que

³¹⁸ DARNACUELLETA I GARDELLA: p. 361. También: MEMENTO EXPERTO FRANCIS LEFEBVRE. 2012.

³¹⁹ DE LA QUADRA-SALCEDO 2006: p. 329.

³²⁰ MONTERO PASCUAL 2013: p. 85.

³²¹ VALENCIA AGUDELO 2001-2002: p. 8.

³²² PONCE Y SÁNCHEZ 2005: p. 139-165.

³²³ BALADO RUIZ-GALLEGOS [2015?]: p. 40-49.

si regular supone expedir leyes, reglamentar, proponer excepciones, subsidios, limitaciones al ejercicio comercial e industrial, y si se ve a los políticos como mercaderes de influencias que se intercambian por votos, financiamiento de campañas e incluso dinero, la garantía de imparcialidad y de objetividad para regular se desvanece³²⁴.

6. Independencia: un mecanismo para garantizar la imparcialidad.

El cambio del modelo de Estado y el advenimiento de la categoría jurídico-organizativa de la Autoridad Administrativa Independiente, no solo supone una simple sustitución de formas organizativas, por el contrario, se trata de una verdadera mutación de modelo, lo que supone *per se* una transformación de un arquetipo organizacional en otro diametralmente distinto, y que tiene un fuerte impacto en su relación con la ciudadanía y de paso se pone en juego su legitimidad³²⁵.

Como se ha venido exponiendo, una de las herramientas más importantes con las que se ha dotado a las Agencias Reguladoras en las democracias modernas es la independencia –también la autonomía–, siendo esta la más relevante puesto que se ha utilizado como mecanismo para asegurar la neutralidad política de este tipo de entidades públicas. El afán de la consolidación de una regulación económica no surge únicamente del clamor ciudadano, sino también de los intereses de grandes conglomerados económicos sobre los subsidios, controles a la entrada de competidores, influencia sobre los impuestos y los contratos públicos³²⁶. Por esta razón, el peligro de captura o de influencia política sobre el regulador es muy factible, máxime cuando se halla incrustado dentro de la estructura jerárquica administrativa, no obstante que la ciencia jurídica logró plantear la separación y la atenuación de las prácticas de presión política, por medio de la independización de esta nueva categoría de autoridades.

³²⁴ CUEVAS 2004: p. 125.

³²⁵ GARCÍA LLOVET, 1993: p. 61-63.

³²⁶ CUEVAS 2004: p. 125.

6.1. Concepto

La independencia significa la no sumisión o ausencia de dependencia de una persona natural o jurídica a otra considerada de superior jerarquía, supone la capacidad para gestionar sus propios intereses y objetivos, entre ellos el poder de decisión. Las Autoridades Administrativas Independientes son precisamente autónomas del gobierno. Aun cuando siguen siendo de carácter administrativo, no están sometidas a las órdenes del presidente, primer ministro o miembros del despacho, puesto que se encuentran alejadas legalmente de la estructura administrativa tradicional que supone los controles de tutela y funcional, lo que conlleva a que el nombramiento de sus miembros esté sujeto a un estatuto laboral más estricto que rechaza de plano la discrecionalidad en la designación³²⁷ -

Las Agencias de Regulación –AR–, también dentro de la categoría de AAI, en su mayoría devienen independientes, debido a que quebraron el modelo napoleónico clásico que se distingue por prohijar el férreo principio de jerarquía administrativa; las AR son autoridades administrativas, puesto que ejercen función pública pero a su vez escapan a la tutela presidencial gracias a que desde un inicio fueron dotadas de funciones cuasijudiciales, con el fin de garantizar una solución pronta y eficaz sobre los mercados regulados, razón por la cual, el legislador las caracterizó como entidades técnicas e independientes³²⁸.

6.2. Elementos constitutivos

6.2.1. Independencia orgánica

La independencia orgánica abarca la creación y la naturaleza de este tipo de autoridades. Las AAI son creadas por ley especial, la cual establece el régimen jurídico que las rige, por ejemplo, si estas se encuentran dotadas o no de personalidad jurídica, la facultad o no de expedir su propio reglamento y el grado de independencia

³²⁷ BETANCOR RODRÍGUEZ (1994): 188.

³²⁸ El trabajo de VÍRGALA FORURIA se enmarca en el Proyecto de investigación «La energía en el Tratado de Lisboa: gobierno económico y construcción del mercado único energético» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2010-19581) y se integra en la labor del Grupo de investigación financiado con cargo a la Subvención General a Grupos de investigación de la UPV-EHU (GIU 11/08).

respecto del gobierno, de la misma manera que supone la no adscripción de las AAI de autoridades a la administración central propia de los sistemas jurídicos continentales europeos. En los países anglosajones a esta modalidad de la función administrativa se le ha denominado externalización que consiste en confiar una función determinada a una entidad de carácter público, ajena a la jerarquía administrativa tradicional³²⁹.

En otros países como España se ha asociado el fenómeno de creación de las AAI como una expresión de la separación orgánica producto de la descentralización administrativa. En Francia es necesario anotar que la mayoría de AAI carecen de personería jurídica propia, por tal razón la delimitación conceptual y la diferenciación con los órganos centralizados no es pacífica en la doctrina gala, sin embargo, las AAI francesas gozan de autonomía cualificada que las hace independientes del gobierno³³⁰.

6.2.2. Independencia funcional y personal

La independencia personal hace referencia a la garantía que tienen los miembros de las AAI de no ser cesados de sus funciones de manera discrecional, por lo que debe existir una motivación clara, soportada en la ley sustancial y en los casos que determine expresamente el legislador; además, la causa debe seguir el procedimiento señalado en la ley procesal³³¹. También se refiere a la elección de sus miembros; aun cuando en cada país existe un procedimiento de elección diferente, en la mayoría se ha buscado atenuar las facultades que permiten participación del gobierno en la designación de los miembros de este tipo de autoridades³³².

Finalmente, la independencia funcional recae sobre las órdenes e instrucciones que el gobierno expide para dirigir la administración nacional, es decir, una excepción a la facultad de dirección política y administrativa que le atañe a este³³³, por cuanto

³²⁹ “Il faut entendre « externalisation » comme le fait de confier une fonction déterminée à une entité publique, dans l’Etat, mais extérieure à la hiérarchie administrative traditionnelle.” DELZANGLES [s.f.] : p. 37.

³³⁰ MARTÍNEZ (2002): p. 342.

³³¹ BETANCOR RODRÍGUEZ (1994): p. 189.

³³² MARTÍNEZ (2002): p. 361.

³³³ GARCÍA LLOVET 1993: p. 73.

estas no son vinculantes para las AAI.

6.2.3. Colegialidad

La colegialidad por su parte hace referencia a la pluralidad de miembros que componen las AAI y las AR. En la mayoría de los países estudiados, los miembros de estas entidades públicas son más de uno. En el derecho comparado, especialmente en EE.UU de Norteamérica, la mayoría de AR están conformadas por cinco miembros en Francia, también está conformada por igual número de miembros, la excepción se encuentra en el Reino Unido en donde OFTEL tiene un carácter unipersonal³³⁴. En Francia se ha visto previamente, la colegialidad también es regla general a la cual le corresponden excepciones; en el país Galo la mayoría de AAI son colegiadas a excepción del Mediador de la República, el Defensor de los niños³³⁵ y el Mediador del Cine³³⁶.

La colegialidad es una garantía de independencia de la autoridad administrativa, ya que la conjunción de criterios y formación profesional de más de un miembro asegura la imparcialidad de las decisiones y de la aplicación de la reglamentación. Como señala Terrón Santos, la colegialidad debe ser entendida como una nota más que añadir al catálogo de justificaciones de la independencia de estos organismos, en la medida en que la decisión de un órgano colegial está presidida por la plurisubjetividad, lo que según el autor Carbonell Porrás³³⁷ permite ponderar los problemas que se le plantean al órgano desde la singularidad de cada uno de sus miembros, evitando así que la decisión final recaiga sobre un órgano monocrático, que siempre va a plantear mayores riesgos, que la supuesta dilución de la responsabilidad de la que adolecen los órganos colegiados³³⁸.

³³⁴ TERRÓN SANTOS 2004: p. 119.

³³⁵ Creado por el artículo 1º de la Ley no. 2000-196 del 6 d marzo de 2000 como “autoridad independiente”. En 2011 se suprimió el Defensor de los niños y el Defensor de derechos asumió sus funciones.

³³⁶ “Les AAI françaises sont toutes des autorités collégiales, à l'exception du Médiateur de la République, du Médiateur du cinéma et du Défenseur des enfants. La composition des collèges des AAI constitue aux côtés de leurs pouvoirs l'un des paramètres dans lesquels s'exprime le plus la très grande adaptabilité de ces instances”. GÉLARD 2005 : p. 29.

³³⁷ CARBONEL PORRAS [s.f.]: p. 41 y ss.

³³⁸ TERRÓN SANTOS 2004: p. 121.

Por supuesto la colegialidad tampoco es ajena a los embates de la crítica, la responsabilidad de los miembros en la toma de decisiones se ve afectada por la naturaleza democrática de la decisión, las características del voto –algunas veces secreto– y la dificultad de individualizar a un responsable. Sin embargo, se comparte la posición de que es razonable y jurídicamente ponderable la preferencia de un órgano plural a la asunción de responsabilidades decisorias por parte de un solo individuo, puesto que en la pluralidad se propicia el debate y la concertación de soluciones imparciales y técnicas.

6.2.4. Especialización técnica

Otro de los grandes argumentos esgrimidos por los defensores de las AAI, y que se constituye en una característica esencial de las mismas, es su naturaleza técnica. En Estados Unidos de Norteamérica y en Francia se le ha confiado a este aspecto el sustento para crear autoridades independientes; en Gran Bretaña solo se ha hecho referencia a este en unas cuantas ocasiones, y finalmente en España, no se ha tenido como un argumento principal en la creación de AAI, pero sí como un argumento subsidiario de la neutralidad política. Sobre este respecto María Salvador Martínez, ha observado que la creación de las AAI en los Estados Unidos y en Francia: “se considera que la Administración no es capaz de regular debidamente sectores que se caracterizan por una gran complejidad técnica y que están sometidos a continuos cambios; para desempeñar esa función se necesita de una autoridad especializada, compuesta por expertos cualificados en la materia”³³⁹.

Como crítica a la tesis predicha la doctrina señala que los organismos integrados por especialistas existen en toda la administración del Estado³⁴⁰, aludiendo a que no es nueva la creación de dichas entidades como forma diferencial de los demás organismos estatales. Sin embargo, es claro que siguiendo la naturaleza generalizada que poseen las AAI alrededor del mundo, estas han sido creadas como entidades especializadas, de carácter eminentemente técnico, pero que además su especialidad tiene que ver con la regulación de mercados sometidos a la libertad de competencia;

³³⁹ MARTÍNEZ 2002: p. 348.

³⁴⁰ MARTÍNEZ 2002: p. 348.

por lo cual el argumento de que en la administración tradicional existen a su vez órganos técnicos no tiene un fundamento claro, puesto que de ser así no existirían las Autoridades Independientes, máxime cuando asuntos de especial naturaleza como la Banca Central, están asignados a AAI especializadas en las cuales la participación política se ve aminorada o proscrita.

7. Constitucionalidad y legitimidad

La constitucionalidad y la legitimidad son conceptos distantes pero que arremeten contra el basamento jurídico y social de las AAI, el primero se caracteriza por ser un elemento netamente jurídico, en el cual se analiza la congruencia de la figura con el texto superior, además de su pertinencia jurídica dentro del entramado administrativo nacional de cada país. De otra parte, la legitimidad desde el punto de vista socio-jurídico, es parte de lo que la doctrina especializada ha denominado consentimiento al poder.

La constitucionalidad de las AAI es el principal problema que se genera desde su creación, las Constituciones de los países que se han estudiado en el primer capítulo son estructuras tradicionales basadas en la separación de poderes y en una ordenación administrativa jerarquizada. La teoría tripartita de poderes se ve amenazada por el surgimiento de nuevas autoridades de carácter administrativo, con funciones judiciales y legislativas propias, denominadas Autoridades Administrativas Independientes, las cuales aun cuando están vinculadas a la Administración del Estado, no están sometidas a la tutela y a la dirección gubernamental³⁴¹.

En la mayoría de normas iusfundamentales se hace reconocimiento de la teoría del *Check and Balances* o de frenos y contrapesos, en donde el ejecutivo es responsable ante el parlamento, por lo cual este ha sido facultado con los poderes de dirección y control sobre la administración, sin embargo, con el advenimiento de las AAI, la responsabilidad constitucional del ejecutivo sufrió una transformación radical. En un primer momento el ejecutivo a través del Gobierno era responsable por las AAI ante el parlamento, posteriormente esa responsabilidad se vio atenuada por los avances

³⁴¹ BETANCOR RODRÍGUEZ 1995: p. 65.

jurídico-administrativos³⁴². Por otra parte, la legitimidad de las nuevas administraciones técnicas es cuestionada en cuanto los miembros de estas no son elegidos popular y democráticamente, sino nombrados por el gobierno o el parlamento, lo cual les resta la aceptación social que sí poseen otras entidades. Frente a este tema André Hauriou escribió: “[e]s el consentimiento dado por los gobernados al poder que les dirige lo que le legitima y le da la cualidad de poder o de gobierno de derecho, porque este consentimiento significa que el poder se ejerce en interés de aquellos a quienes se dirige. El fundamento político de la autoridad de los gobiernos de derecho se encuentra en el habitual consentimiento que encuentra en los súbditos”³⁴³.

Empero lo anterior, las AAI se han ido legitimando gracias a i) el argumento de la “legitimidad tecnocrática”, ii) la protección de derechos fundamentales que prestan algunas AAI a los ciudadanos, iii) la legitimidad que les confiere la elección por parte de órganos elegidos popularmente, iv) el ser órganos de creación legal, v) el nivel profesional y personal de sus miembros, vi) la participación ciudadana entre sus miembros como el caso de Gran Bretaña, vii) la objetividad de sus decisiones, entre otros.

8. La captura: una amenaza a la imparcialidad

Las Autoridades Administrativas Independientes se crearon con la finalidad de ser imparciales en el ejercicio de sus funciones, esto quiere decir neutrales respecto al sector regulado y neutras políticamente, por lo cual el legislador tuvo como objetivo que estuvieran despolitizadas, alejadas de la lucha de los partidos políticos e independientes del ejecutivo, aunque existan dos tipos de captura, la política y por el sector regulado³⁴⁴. Se considera que una Autoridad Reguladora ha sido capturada políticamente cuando aun existiendo un sistema reglado de designación de miembros de estas Autoridades, conformado por requisitos y perfiles profesionales específicos, sistemas de inhabilidades e incompatibilidades y procedimientos compuestos para su

³⁴² MARTÍNEZ 2002: p. 367.

³⁴³ HAURIOU 1971: p. 128.

³⁴⁴ MARTÍNEZ 2002: p. 384 y ss.

elección, los partidos políticos en cabeza de la presidencia o el primer ministerio, bien de mayoría en el parlamento designan a personas de su confianza, o por medio de la presión a la hora de aprobar su presupuesto, logran influir en los procesos que se llevan en la competencia de las AAI³⁴⁵.

Por otra parte, una AR ha sido capturada por el sector regulado cuando la industria bajo su vigilancia y control se favorece de la influencia sobre esta, es decir, que la industria regulada se beneficia de las decisiones tomadas por el ente regulador o de la influencia en pro de su intereses o de terceros³⁴⁶. George J. Stigler en *The Economic Theory of Regulation*, a quien siguieron Richard A. Posner, Sam Peltzman, y Gary S. Becker³⁴⁷, entre otros, crítica duramente la regulación tradicional y sentó las bases para un nuevo análisis advirtiéndole que el regulador es propenso a ser capturado por grupos que representan en secreto el interés de sectores privados³⁴⁸.

Sobre las críticas a la ICC norteamericanas anota Stigler “[e]l defecto más importante de esta crítica es que dirige la atención al lugar equivocado: sugiere que la forma de conseguir que la ICC no sea un servidor de las empresas de transporte es predicar a los miembros de la comisión o a la gente que los designa. Sin embargo, la única manera de tener una comisión diferente sería cambiar el apoyo político a la Comisión, y recompensar a los comisionados de forma no relacionada con sus servicios a las empresas de transporte”³⁴⁹. Respecto a la captura por el sector regulado, el uso de la figura que se ha denominado puerta giratoria consiste en que un Comisionado o miembro de la AAI o AR mientras se encuentra en ejercicio de su cargo influencia las decisiones de la autoridad en beneficio de una empresa o grupo de empresas, y luego de finalizar su periodo es compensado con un puesto, generalmente de alto rango, dentro de la organización empresarial beneficiaria o de una filial de esta³⁵⁰.

9. Funciones generales de las AAI: la fragmentación del poder público

³⁴⁵ MARTÍNEZ [s.f.] p. 384 y ss.

³⁴⁶ ARIÑO 1993: p. 473.

³⁴⁷ Pertenecientes a la conocida Escuela de Chicago.

³⁴⁸ BEL i QUERALT 1996: p. 18.

³⁴⁹ STIGLER 1996: p. 56.

³⁵⁰ SEGOVIA ALONSO.

Las Autoridades Administrativas Independientes reunieron en una sola persona las funciones propias de las tres ramas del poder público, por esta razón son consideradas la cuarta rama de este poder, ya que como se enunció *ex ante* se ha fragmentado la conocida teoría tripartita de poderes y la Administración estatal tradicional.³⁵¹

9.1. Funciones administrativas

Las funciones administrativas o ejecutivas de las AAI, son otorgadas por la ley debido a la naturaleza de la entidad. Estas consisten en el otorgamiento de licencias o concesiones, determinación de esquemas tarifarios, de asesoría e información, y en algunos casos las AAI asumen o participan en la creación de la política pública como lo son los bancos centrales³⁵². Las AAI cuentan con el poder de supervisión sobre los mercados³⁵³, solicitar la documentación necesaria a los agentes del sector, e iniciar a su vez investigaciones que conduzcan a la absolución o a la sanción; contrario a lo que se pretende evitar que es la dirección sobre el mercado³⁵⁴. Las AAI son una autoridad administrativa debido a que posee la facultad de decisión, de crear, extinguir, o modificar situaciones jurídicas particulares y administrativas, puesto que ejercen la potestad de aplicación de la ley, siendo de esta manera un instrumento de protección de los derechos de los ciudadanos.

9.2. Funciones cuasilegislativas

Consisten en la expedición de normas reglamentarias de otras generales, como la ley o un decreto reglamentario superior, bien puede darse el caso en el que estas provengan de una exigencia judicial. Las AAI en el ejercicio de la función reguladora expiden reglamentos, potestad que si bien ha venido desempeñando el ejecutivo desde épocas pretéritas, al expedirse regulaciones de un carácter excesivamente técnico en donde no existe legislación, se ha sustraído una materia de exclusivo resorte del legislador. Sin embargo, esta función ya estaba siendo ejercida por el

³⁵¹ “Les autorités administratives indépendantes sont en rupture avec l'organisation traditionnelle de l'Etat, non seulement parce qu'elles échappent au contrôle du Gouvernement, mais aussi parce qu'elles peuvent cumuler tous les pouvoirs : le pouvoir normatif, le pouvoir d'application et le pouvoir juridictionnel (sanction des manquements).” GÉLARD 2005 : p. 52.

³⁵² MARTÍNEZ 2002: p. 356.

³⁵³ BETANCOR RODRÍGUEZ 1995: p. 26.

³⁵⁴ ARIÑO 1993: p. 459.

ejecutivo y no habría lugar a considerarla una transgresión a las competencias que le confiere la Constitución al legislador, siempre que se respeten los límites de dicha facultad y los linderos que se hallan en la ley que se pretende reglamentar.

Martínez sobre esto señala: “Por lo que al alcance de potestad normativa se refiere, en todos los ordenamientos analizados las normas dictadas por estas autoridades reguladoras están subordinadas a la ley y, en su caso, al reglamento. La potestad normativa de las autoridades independientes se concibe como un poder subordinado y especializado, que se reconoce única y exclusivamente para que estas autoridades desarrollen lo establecido en normas superiores”³⁵⁵. Dos tipos de normas se distinguen, las primeras relativas a la organización interna de la AAI, y otras relativas al sector regulado, las cuales son vinculantes para los terceros.

En Estados Unidos de Norteamérica las AAI gozan en su gran mayoría de esta facultad normativa derivada; en Europa no todas pueden ejercer dicha facultad; En Francia, por ejemplo, el Consejo Constitucional en 1986 determinó que el legislador sí puede confiar en las AAI la expedición de normas reglamentarias que permitan poner en marcha una norma superior, siempre y cuando que estas respeten el marco legal en el que actúan³⁵⁶. Estas facultades han sido catalogadas como secundarias y subordinadas a la ley y a la Constitución³⁵⁷.

9.3. Funciones cuasijudiciales

Dentro las funciones judiciales se encuentran la resolución de conflictos entre empresas o ciudadanos que se desenvuelven en el respectivo mercado regulado; en los Estados Unidos las agencias reguladoras independientes tienen facultades arbitrales, en algunos casos como una jurisdicción voluntaria y en otros obligatoria.

³⁵⁵ MARTÍNEZ 2002: p. 355.

³⁵⁶ Conseil constitutionnel. Décision 217 DC, CNCL, considérant 58, du 18 septembre de 1986.

³⁵⁷ “La jurisprudence du Conseil constitutionnel a très vite défini les conditions d'exercice du pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Ainsi, dans sa décision du 18 septembre 1986, il a admis que les dispositions de l'article 21 de la Constitution ne faisaient « pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité autre que le Premier ministre le soin de fixer (...) des normes permettant de mettre en oeuvre une loi », à la condition que ce soit « dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements ». ” Citado en: GÉLARD 2004 p. 36.

En Europa, siempre ejercen como jurisdicción arbitral voluntaria³⁵⁸. Por otra parte, las AAI poseen sendos poderes de sanción relacionados al poder de inspección y vigilancia, en EE.UU. este tipo de facultades son generalizadas³⁵⁹. En Francia el Senado teme que se conviertan en un derecho pseudo-penal;³⁶⁰ sin embargo, el Consejo Constitucional galo ha aceptado la atribución legal del poder de sanción a las AAI teniendo en cuenta que existe una diferencia entre el poder de sancionatorio que se dirige a privar de la libertad a una persona, y el poder de sanción cuyo objetivo es proteger los derechos y las garantías consagradas constitucionalmente, este último es el que le atañe a algunas AAI³⁶¹. El argumento más común es que las AAI son un instrumento de justicia pronta y eficaz, aunado a que su utilización permite la descongestión de los despachos judiciales.

³⁵⁸ MARTÍNEZ 2002: p. 356-357.

³⁵⁹ MARTÍNEZ 2002: p. 355.

³⁶⁰ WALINE 1963 citado en GÉLARD 2005: p. 55.

³⁶¹ FAVOREU 2003 citado en: GÉLARD 2005: p. 56

Capítulo 3. Las AAI en Colombia y España: dos modelos próximos de entendimiento de la regulación y la independencia

En este capítulo se estudia, en una primera instancia, el modelo de organización del Estado colombiano desde sus orígenes hasta la entrada en vigencia de la actual Constitución Política de 1991. Luego se revisa el modelo presidencial en Colombia, los conceptos de centralización política y descentralización administrativa y la forma organizativa del Estado Colombiano. Seguidamente, se analizan los antecedentes de las autoridades regulatorias hasta llegar al modelo constitucional vigente: las Comisiones de Regulación, las Superintendencias, el Banco de la República, las Corporaciones Autónomas Regionales - CAR, la Autoridad Nacional de Televisión - ANTV y la realización de algunas reflexiones finales sobre el fenómeno en Colombia. En segundo lugar, se aborda el estudio del modelo español, a través del modelo de Estado, la Constitución de 1978, el sector central y descentralizado de la administración; para posteriormente colocar de presente la discusión sobre la constitucionalidad de las AAI, el surgimiento y desarrollo histórico de la institución y los organismos más representativos, esto es, RTVE, CSN, Banco de España, AEPD, CMT, CNE, CNSP, hasta llegar a la novedad institucional que se plantea en relación con este fenómeno, con la creación de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia –CNMC-. Finalmente, se hacen unas reflexiones de cara a los dos sistemas estudiados con el fin de analizar sus características y aspectos convergentes o divergentes.

I. Autoridades Administrativas Independientes en Colombia

1. El Modelo de Estado colombiano

La República de Colombia como hoy se conoce nace en 1832 y desde su reconocimiento como Estado soberano se ha debatido entre el centralismo y el federalismo, lo cual en algunos periodos históricos generó rencillas que llegaron a socavar los delgados cimientos de la paz y la concordia nacional, desembocando en cruentas guerras civiles como se hará mención más adelante. A pesar de ello, Colombia desde sus prístinos inicios adoptó como suya la teoría de tripartición de

poderes como por ejemplo se puede observar en la Constitución del Estado libre e independiente del Socorro, promulgada el 15 de agosto de 1810, la cual afirmó que el poder Legislativo lo tendría la junta de representantes cuyas deliberaciones sancionadas y promulgadas por ella y no reclamadas por el pueblo serían las leyes del nuevo gobierno. A su vez, señaló que el poder ejecutivo quedaría a cargo de los alcaldes ordinarios, y el judicial “[...] en los cabildos con apelación al pueblo en las causas que merezcan pena capital, y en las otras y civiles de mayor cuantía a un tercer tribunal que nombrará la Junta en su caso”³⁶².

Posteriormente, la Constitución de Cundinamarca del 30 de marzo de 1811, señalaba en su artículo 1º, numeral 5º que “Los poderes ejecutivo, legislativo y judicial se ejercitarán con independencia unos de otros...”³⁶³, por su parte la Constitución de la República independiente de Tunja³⁶⁴ del 9 de diciembre de 1811, también estableció: “Artículo 29.- La reunión de los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, es origen de la tiranía, por esta razón en un gobierno libre deberán estar separados”, por solo mencionar algunas del periodo postcolonial que inicia el 20 de julio de 1810, cuando tiene lugar el grito de independencia³⁶⁵ y se suscribe el Acta del Cabildo Extraordinario de Santafé de Bogotá que principia la separación del Virreinato de la Nueva Granada de la Corona Española y conforma un Gobierno interino³⁶⁶.

A lo largo de la nueva vida republicana los territorios pertenecientes al Virreinato de la Nueva Granada³⁶⁷, se vieron enfrentados en escenarios políticos como militares, a fin de esbozar y defender sus ideas sobre la mejor forma de Estado y de Administración. Muestra de ello fue que los seguidores del prócer Francisco de Paula Santander pregonaban y defendían el federalismo como forma de Estado, y los adeptos al Libertador Simón Bolívar, por su parte, atizaban las doctrinas del Estado

³⁶² IBAÑEZ NAJAR 2006: p. 57.

³⁶³ POMBO Y GUERRA 1986: p. 310-311.

³⁶⁴ Hoy Tunja es la capital del departamento de Boyacá.

³⁶⁵ La independencia no se dio inmediatamente después del “grito” independentista el 20 de julio de 1810, sino que se construyó por varios años y se cristalizó con la victoria del ejército patriota el 7 de agosto de 1819, en la conocida como Batalla de Boyacá. Esta apreciación se basa en el análisis de varios documentos históricos, tales como el Acta del Cabildo Extraordinario del 20 de julio de 1810 y los decretos de promulgación y la Constitución de Cundinamarca, véase el artículo 1º, entre otros.

³⁶⁶ IBAÑEZ NAJAR 2006: p. 58.

³⁶⁷ Hoy los territorios geográficos ocupados por las Repúblicas de Colombia, Venezuela y Ecuador.

Unitario. Desde el Congreso de Angostura (1819), en donde se proclamó el nacimiento de la República de Colombia teniendo como base los territorios de Venezuela y la Nueva Granada, se reconoce al Estado centralista, regentado por un presidente y un vicepresidente, dividido en tres departamentos a saber, Venezuela, Quito y Cundinamarca, y un Congreso provisional.

Posteriormente, se consolidó el centralismo en el Congreso de Villa del Rosario (1821), en donde se suscribió la Constitución de la República de Colombia el 6 de octubre del mismo año, dividido el poder en tres ramas, en cabeza del ejecutivo, el Presidente de la República; como único órgano del legislativo, el Congreso, conformado por las cámaras del Senado y de Representantes, y finalmente como supremo órgano de la justicia, la Alta Corte de Justicia. En 1832, se constituye el Estado de la Nueva Granada, bajo la misma línea centralista, con un marcado poder presidencial³⁶⁸. Esta última Constitución se reformó en 1843, sobre la cual se acota que excedía las prerrogativas presidenciales de antaño y que erigía una copia de la monarquía absoluta³⁶⁹.

El primer triunfo federalista se dio con la expedición de la Constitución de 1853, en donde se proclama una Constitución de carácter federal y de profunda descentralización político-administrativa con las meras limitaciones que ley federal estatuyera³⁷⁰. Posteriormente, en 1858 se expide la Constitución de la Confederación Granadina, que lejos de ser una forma de gobierno confederada³⁷¹ es de estirpe federal,³⁷² pero fue en 1863, cuando el federalismo tomó mejor cariz y en una nueva Carta Política se unieron los 10 Estados Soberanos existentes para esa época, conformando así a los Estados Unidos de Colombia³⁷³. Finalmente, la Constitución Política de 1886, rescató los principios Bolivarianos del centralismo y por medio del movimiento de la regeneración en cabeza de Rafael Núñez, elegido por segunda vez Presidente para el periodo de 1884-1886, se expidió un nuevo texto constitucional,

³⁶⁸ POMBO Y GUERRA 1986: p. 250-306.

³⁶⁹ POMBO Y GUERRA 1986: p. 322.

³⁷⁰ POMBO Y GUERRA 1986: p. 21-23.

³⁷¹ VIDAL PERDOMO 1981: p. 222.

³⁷² POMBO Y GUERRA 1986: p. 50-85.

³⁷³ POMBO Y GUERRA 1986: p. 125-174.

que regiría por poco más de un siglo, el cual es el mejor ejemplo de una fuerte centralización política y administrativa y de un sistema presidencial fuerte³⁷⁴.

1.1. La antigua Constitución de 1886: unitarismo y regeneración

Después de un doloroso siglo XIX, que comenzó con una revolución independentista, seguido de múltiples guerras caudillistas y que terminó con la expedición de un texto constitucional que unió definitivamente a la pàrvula república, aunque, por infortunio, no zanjó los enfrentamientos ideológicos y militares para siempre, así inició el siglo XX. Este es el pasado detrás de la Constitución de la República de Colombia adoptada en las postrimerías de 1886.

Lo que es hoy geográficamente Colombia se afirmó bajo la Constitución de 1832, sin embargo el naciente Estado sufriría durante toda la centuria del diecinueve conflictos internos entre los que destacan, la guerra de los Supremos (1840), y especialmente los acaecidos entre los Estados soberanos y el gobierno central, en 1860, 1876-77, las batallas de la Garrapata (1877), y la batalla de la Humareda (1885)³⁷⁵. La última de estas, bajo la presidencia del Cartagenero Rafael Núñez³⁷⁶, la cual le propinó la estocada final al radicalismo liberal imperante en la época, y lo afianzó políticamente como vocero conservador y reunificador de las disidencias bipartidistas bajo el estandarte del partido nacional, es allí cuando se pronuncia la recordada frase: “¡La Constitución de 1863 ha caducado!” e inicia el proceso que hilvanaría un nuevo estatuto superior, esta vez de corte centralista, conservador y aristocrático³⁷⁷.

En el artículo 1º de su texto se lee “La nación colombiana se reconstituye en forma de república unitaria”. El artículo 57 de la Carta Política, establecía el principio de separación de poderes, en los siguientes términos: “Todos los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones”. A continuación, la reforma constitucional de 1936³⁷⁸, Acto Legislativo No. 1, dejó de hacer referencia al

³⁷⁴ VIDAL PERDOMO 1981: p. 218.

³⁷⁵ LÓPEZ CASTAÑO [s.f.].

³⁷⁶ Rafael Wenceslao Núñez Moledo nace en Cartagena de Indias, 28 de septiembre de 1825 y fallece en la misma ciudad el 18 de septiembre de 1894.

³⁷⁷ SAA VELASCO 1984: p. 30.

³⁷⁸ Sobre el contexto de la época véase: BOTERO 2006: p. 85-109.

poder público y se refirió a los *órganos* del poder público, a saber, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, también se contempló el principio de colaboración armónica entre estos. Posteriormente, mediante el Acto Legislativo No. 1 de 1945, se conocieron las tres ramas del poder público, manteniendo de esta forma el modelo tripartito del poder³⁷⁹.

Inicialmente el Presidente de la República tenía un periodo presidencial de seis años, tenía la facultad de nombrar a los magistrados de la Corte Suprema, de los Tribunales Superiores, a los agentes del Ministerio Público, a los gobernadores de los Departamentos, a dos de los miembros del Consejo de Estado, entre otras facultades de nominación y remoción de agentes públicos, que dejan entrever el marcado e imponente régimen presidencial con el que se manejaron los asuntos públicos de Colombia durante las postrimerías del siglo XIX y parte del siglo XX³⁸⁰. En 1905, la Constitución de 1886, la cual no consumaba su segundo lustro de existencia, sufre sendas reformas. Entre ellas se destacan el Acto Legislativo No. 5 y Acto Legislativo No. 9, el primero de ellos resalta Gilma Ríos Peñalosa de su artículo 5 “estableció un período presidencial de 10 años en cabeza del general Reyes (enero 1º. De 1905 a enero 31 de 1914), o de cuatro, si fuere otra persona. La Asamblea también facultó al general para designar sucesor en caso de ausencia temporal o definitiva”³⁸¹.

De otra parte, el Acto Legislativo No. 9 estatuyó que la Constitución solo podría ser reformada por una Asamblea Nacional Constituyente, convocada por el Congreso o por el Ejecutivo con previa solicitud de la mayoría de los municipios del país. La convocatoria a dicha Asamblea se haría mediante decreto en el cual se especificarían los puntos en los que se centraría la reforma, además, como consecuencia del llamado a la Asamblea Nacional, se disolvería el congreso y las funciones de este serían cumplidas por los asambleístas hasta el fin de periodo constitucional³⁸².

En 1910, “[...] por decreto 126, el gobierno convocó la Asamblea Nacional apoyándose en la reforma de 1905. Como el Acto Legislativo No. 9 de 1905 estatuyó

³⁷⁹ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE 1991: p. 4.

³⁸⁰ Constitución Política de Colombia 1886 especialmente los artículos 119 y 120.

³⁸¹ RÍOS PEÑALOSA [s.f.].

³⁸² YOUNES MORENO 2014: p. 12-13.

que la convocatoria debía fijar los puntos de reforma, éstos fueron definidos así: restablecimiento de las tradiciones en Derecho Público en lo referente a límites territoriales; división administrativa; pena de muerte; derecho de propiedad; inmunidad de los miembros del Congreso; elección popular del presidente y prohibición de su reelección para el período inmediato; limitaciones al poder ejecutivo para la expedición de decretos en tiempo de guerra; responsabilidad y mecanismos de sustitución presidencial; organización de la Corte Suprema de Justicia; representación de las minorías, restablecimiento de las Asambleas departamentales, descentralización administrativa y autonomía municipal; revisión e interpretación de las reformas hechas por la Asamblea Nacional desde 1905; derogación del Acto Legislativo No. 9 de aquel año”³⁸³.

Dos actos legislativos se concretaron en la mencionada Asamblea que fueron de gran importancia para la República, a saber, el Acto Legislativo No. 1, y el Acto Legislativo No. 3, ambos de 1910. El primero de ellos, reafirmó la sustitución plena que hacía la Asamblea Nacional Constituyente del Congreso que para la época de la convocatoria ejercía el poder legislativo.³⁸⁴ El segundo, rescata Younes Moreno, prohibió la pena de muerte (artículo 3) y la expropiación, pero incluye sendas excepciones, tales como: por pena, por apremio, o por graves motivos de utilidad (artículo 5)³⁸⁵. Finalmente, redujo el mandato presidencial de 6 años –como se establecía originalmente en la Carta del 1886– a sólo 4 años.

Por su parte, Rodríguez Gutiérrez señala que: “[e]l Acto Legislativo No. 3 de 1910, prevé que la ley deberá establecer una *jurisdicción contencioso-administrativa*.” Enseguida, Antonio José Cadavid y Hernando Holguín y Caro, presentaron en el Congreso de la República un proyecto de Ley Orgánica del Consejo de Estado aprobado por la legislatura, pero en última instancia rechazado por el gobierno nacional, por lo que el proyecto no surgió a la vida jurídica”³⁸⁶. Sería el Acto Legislativo del 14 de septiembre de 1914, el que implementara definitivamente esta

³⁸³ RIOS PEÑALOSA.

³⁸⁴ YOUNES MORENO 2014: p. 13.

³⁸⁵ YOUNES MORENO 2014: p. 13.

³⁸⁶ RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ [s.f.]. p. 173.

jurisdicción³⁸⁷.

En 1936, durante la presidencia de López Pumarejo, se dieron varios cambios importantes: la elección popular del Presidente de la República, de los congresistas, de los diputados de las Asambleas Departamentales y de los Concejales que cumplían sus funciones en el cabildo Municipal. En este punto, la elección de Gobernadores aún se encontraba en manos del Presidente, y la elección de alcaldes municipales en manos del Gobernador³⁸⁸. La reforma de López Pumarejo, señala Hernández Mora³⁸⁹, tiene que ver con la implementación de un Estado benefactor, bajo los postulados de la intervención económica y la prestación de los servicios públicos en cabeza del Estado³⁹⁰.

En 1945, la Constitución sufre una nueva reforma, esta vez en el gobierno de Lleras Camargo, en la cual se reafirman como tres ramas del poder el ejecutivo, el legislativo y el judicial, propendiendo por su colaboración armónica; se inserta en la norma superior la institución denominada Contraloría General de la República, y se creó la categoría de Departamentos Administrativos a usanza del modelo francés³⁹¹. En 1957, se llevó a cabo una reforma por medio del mecanismo del plebiscito, la cual contribuyó a la creación de un acuerdo político para la paz entre los partidos Liberal y Conservador, a esta alianza se le denominó Frente Nacional. El acuerdo sirvió para detener la guerra civil entre los dos partidos originada por el magnicidio del político y abogado Liberal Jorge Eliecer Gaitán (9 de abril de 1948). Esta reforma consideraba que la composición del ejecutivo y de las demás ramas del poder debía hacerse de forma tal que los dos partidos fueran pares en el número de cargos burocráticos asignados³⁹².

Quizás el periodo que mayor impacto tuvo en la transformación del Estado

³⁸⁷ Agrega RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ [s.f.]: 174. “A pesar de que la Ley No. 130 de 1913 establece las funciones del Consejo de Estado, es el acto legislativo No. 1 de 1914 el que finalmente establece sus funciones. El Consejo está compuesto por siete magistrados, incluido el vicepresidente de la República, quien lo preside, y seis miembros elegidos por el Congreso en las listas enviadas por el ejecutivo”

³⁸⁸ YOUNES MORENO 2014: p. 15-16.

³⁸⁹ HERNÁNDEZ MORA 1990.

³⁹⁰ YOUNES MORENO 2014: p. 17.

³⁹¹ YOUNES MORENO 2014: p.17-18.

³⁹² YOUNES MORENO 2014: p. 18-24.

colombiano y cuyas reformas tanto constitucionales como legislativas aún perduran y rigen con incansable vigor³⁹³, es el periodo de la segunda mitad de la década de los 60 bajo el gobierno liberal del presidente Lleras Restrepo (1966-1970)³⁹⁴. Específicamente, en 1968, por medio del Acto Legislativo No. 1 de ese año, el Congreso de la República modificó la Constitución en temas tan relevantes como organización del territorio (Departamentos, Intendencias, Comisarias, etc.)³⁹⁵ y límites territoriales,³⁹⁶ organización y funciones de la Contraloría General de la República³⁹⁷, funciones y competencias del Congreso de la República³⁹⁸.

Lleras Restrepo guardó para la Presidencia ciertas funciones claves, como la facultad de creación, supresión y fusión de las entidades de orden nacional (Ministerios de Gobierno, Departamentos Administrativos, entre otros), la intervención directa sobre el banco emisor (Banco de la República), así como la designación de los miembros de las juntas directivas de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta³⁹⁹. Finalmente los intentos de reforma de 1977 y 1979 fueron declarados inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia, sala constitucional⁴⁰⁰.

1.2. La Asamblea Nacional Constituyente y la nueva Constitución 1991

En las décadas de 1980 y 1990 Colombia vivió una de sus más cruentas historias de violencia. El narcotráfico, las guerrillas –FARC, ELN, EPL M-19, Quintín Lame, entre otras- y el paramilitarismo reaccionario antisubversivo, el abuso presidencial de

³⁹³ Se rescatan el Decreto 3135 de 1968, “por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”; el Decreto 2400 de 1968, “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.”; y el Decreto 1050 de 1968 (derogado por la Ley 489 de 1998, art. 121), “Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional.”

³⁹⁴ Sobre la vida y el pensamiento político de Lleras Restrepo antes y durante la reforma véase a PEREZ RIVERA.

³⁹⁵ Acto Legislativo No. 01 de 11 de diciembre de 1968, artículo 2.

³⁹⁶ Acto Legislativo No. 01 de 11 de diciembre de 1968, artículo 1.

³⁹⁷ Acto Legislativo No. 01 de 11 de diciembre de 1968, arts. 7 y 8.

³⁹⁸ Acto Legislativo No. 01 de 11 de diciembre de 1968, arts. 11 y ss.

³⁹⁹ YOUNES MORENO 2014: p. 29.

⁴⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de mayo de 1978, MP.: Dr. José María Velasco y la Sentencia de 3 de noviembre de 1981, MP.: Dr. Fernando Uribe Restrepo.

los estados de excepción que permitía la Constitución de 1886, y los magnicidios de los más importantes líderes políticos de la época fueron el contexto que propició la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente que el 4 de julio de 1991 expediría una nueva Constitución⁴⁰¹.

El 18 de agosto de 1989 es asesinado el líder liberal y candidato presidencial Luis Carlos Galán Sarmiento, lo que generó que el 25 de agosto del mismo año confluyeran en el centro de Bogotá un sinnúmero de estudiantes y ciudadanos, totalmente callados y ondeando con firmeza pañuelos blancos. A esta movilización pacífica se le denominó Marcha del Silencio⁴⁰². Posteriormente y a raíz de estos hechos se crearon mesas de trabajo y discusión con la participación de estudiantes y docentes de varias de las más prestigiosas universidades bogotanas, entre ellas la Universidad del Rosario, la Pontificia Universidad Javeriana, Universidad de los Andes⁴⁰³.

Hasta este momento varios presidentes colombianos (López en 1977 y Barco en 1989) habían fracasado en el intento por convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, toda vez que la Carta Política de 1886 se sabía irrevocable⁴⁰⁴. En medio de este proceso de las mesas universitarias, surge una propuesta: la inclusión -de hecho o forzosa- de una papeleta adicional en las elecciones para corporaciones públicas, alcaldes y consulta liberal⁴⁰⁵. El 11 de marzo de 1991 los estudiantes acudieron a las bocas de las urnas a entregar dicha papeleta, la cual de facto reunió cerca de dos millones de votos⁴⁰⁶. A esto se le conoció como séptima papeleta, un proceso del constituyente primario que cambió el panorama de la sociedad y del derecho colombiano.

1.2.1 Colombia un Estado unitario

La Constitución Colombiana de 1991 retoma el concepto de Estado unitario, que fue

⁴⁰¹ TORRES FORERO 2010: p. 65-78.

⁴⁰² CARRILLO FLÓREZ 2011: p. 140-154.

⁴⁰³ CARRILLO FLÓREZ 2011: p. 140-154.

⁴⁰⁴ CARRILLO FLÓREZ 2011: p. 140-154.

⁴⁰⁵ CARRILLO FLÓREZ 2011: p. 140-154.

⁴⁰⁶ HERRERA MERCADO 2010: p. 79-95.

consagrado hace poco más de un siglo por la Constitución Política de 1886, la cual en su artículo 1º prohijaba el carácter unitario de la Nación Colombiana. Señala Manrique Reyes que: “La consagración como República Unitaria es una ratificación de la forma de organización jurídico-política prevaleciente desde 1886, cuando en oposición al sistema federativo instaurado en la Constitución de 1863, y después de haber sido derrotados los radicales en la batalla de La Humareda...”⁴⁰⁷.

Colombia, señala el artículo 1º de la Carta Política vigente, es “Un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria...”, ¿qué debe entenderse por Estado Unitario? ¿cuáles son las diferencias entre este y el Estado Federal? ¿qué innovaciones se produjeron en el nuevo texto constitucional hoy vigente?

Las Repúblicas Unitarias son principalmente centralistas. Señala el doctrinante Burdeau que el Estado Centralista es “aquel que no posee sino un solo centro de imputación política y asociación. El poder político, en la totalidad de sus atributos y funciones, depende de un titular único que es la persona jurídica del Estado. Todos los individuos colocados bajo la soberanía de éste obedecen a una sola y misma autoridad, viven bajo el mismo régimen constitucional y son regidos por las mismas leyes”⁴⁰⁸. Otros autores, también apuntan que el Estado unitario es “aquel que sólo posee un centro de impulsión política y gubernamental. El poder público, en la totalidad de sus atributos y funciones cuenta en él como único titular que es la persona jurídica Estado”⁴⁰⁹.

Por su parte, Rodríguez explica que el Estado unitario, tal como lo esboza G. Burdeau, resulta improbable de verlo en la realidad, por lo que una definición más ajustada al concepto de Estado Unitario sería “aquella forma de organización estatal, en la cual existen unas autoridades centrales muy fuertes, frente a autoridades locales con escasa autonomía”⁴¹⁰. Ayala Caldas enseña que el Estado unitario, simple o centralista “supone el principio de centralización política, que se traduce en unidad de mando supremo en cabeza del gobierno nacional, unidad en todos los ramos de la legislación,

⁴⁰⁷ MANRIQUE REYES 2010: p. 67-68.

⁴⁰⁸ BURDEAU citado por RAMOS ACEVEDO 2009: p. 87-88.

⁴⁰⁹ RAMÍREZ PLAZAS Y SÁNCHEZ PLAZAS 2012: p. 23-24.

⁴¹⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ 2008: p. 60.

en cabeza de un Congreso y, en general, unidad en las decisiones de carácter político que tienen vigencia para todo el espacio geográfico nacional; la centralización también implica la unidad en la jurisdicción; la centralización política no es otra cosa, pues, que una jerarquía constitucional reconocida dentro de la organización jurídica del Estado”⁴¹¹.

Del panorama que ofrecen los autores citados puede entenderse al Estado unitario como un modelo en el cual el centro –entiéndase el poder de órganos centrales radicados generalmente en la capital de la república– se encuentra fortalecido por la atribución constitucional y legal de funciones que rigen el territorio nacional, de otra parte y en el extremo menos privilegiado y menos poderoso esta la periferia –entendida esta como las provincias, departamentos, municipios– los cuales fueron despojados de sus antiguas funciones legislativas y reglamentarias, cuando su naturaleza jurídica era de Estado miembro de la Federación.

A su vez, es claro que la centralización es una característica de la esencia del Estado unitario; sin embargo, en Colombia esta se atenuó de forma que se consagró como forma administrativa la descentralización a la francesa. Ahora bien, la forma de Estado opuesta o contraria, por sus atributos, características y arquetipo, es el Federalismo o Estado Federal, el cual es definido por G. Burdeau como “el que apareciendo como único en las relaciones internacionales, está constituido por Estados miembros que conservan ciertas prerrogativas de soberanía interna y sobre todo el poder legislativo. Lo que distingue estos Estados miembros de las colectividades descentralizadas del Estado Unitario es que los primeros participan en la formación de la voluntad del Estado central. (...) Además los Estado miembros disponen de una competencia propia, fijada por una Constitución Federal en manera legislativa, ejecutiva y jurisdiccional”⁴¹². Maurice Hauriou, señala que el Estado Federal es aquel en el cual un súper Estado, se alza por encima de otros Estado asociados⁴¹³.

⁴¹¹AYALA CALDAS 1999: p. 101-102.

⁴¹²BURDEAU citado por RAMOS ACEVEDO 2009: p. 87-88.

⁴¹³HAURIOU: 1967: p. 146.

El doctrinante Rodríguez señala varias de sus características, primero, la unidad como persona jurídica internacional; segundo, en el ámbito interno existe pluralidad política, evidenciada en la existencia de un número de Estados Federados; tercero, los órganos federales cumplen las tres funciones básicas del Estado, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, de las cuales los Estados federados participan en su conformación; cuarto y más importante, los Estados Federados ejercen, con sujeción a las normas Federales nacionales, funciones ejecutivas, judiciales y especialmente legislativas, las cuales les permiten a los Estados Federados expedir una Constitución Estatal y leyes de acuerdo a la competencia entre estos y el Estado Federal⁴¹⁴. En este tipo de Estados la descentralización, es decir, la transferencia de funciones del *centro* a la *periferia*, es mayor.

Las diferencias más notables son: en el unitarismo o centralismo existe un único órgano legislativo, encargado de reformar la Constitución y expedir las leyes. La administración central es fuerte y asume la prestación de la mayoría de los servicios públicos, tanto administrativos como domiciliarios, por medio de su propia personería jurídica⁴¹⁵. En estricto sentido no se reconocen otras personerías jurídicas a entidades o colectividades territoriales, no existen Estados, sino Departamentos, y la noción de independencia recae sobre el Estado⁴¹⁶. Por su parte en el federalismo, los Estados miembros poseen mayor autonomía e independencia, tienen su propio congreso, encargado de expedir leyes y en algunos casos una constitución propia; estos a su vez participan en la toma de decisiones federales que cobijan a toda la población; poseen personería jurídica propia y diferente a la del Estado federal, gestionan sus propios asuntos administrativos – como la prestación de servicios públicos-, entre otras⁴¹⁷.

El Constituyente colombiano de 1991 realizó un híbrido del sistema y consideró que el mejor modelo era el de una república unitaria pero le extirparon una de sus características principales, la centralización administrativa, y la reemplazaron por un

⁴¹⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ 2008: p. 58.

⁴¹⁵ PACTET Y MÉLIN-SOUCRAMANIEN 2011: p. 39.

⁴¹⁶ VIDAL PERDOMO 2008: p. 49-52.

⁴¹⁷ VIDAL PERDOMO 2008: p. 219-221.

atenuado concepto de descentralización, sobre la cual se edifica el modelo de Estado colombiano vigente⁴¹⁸. Así la centralización legislativa se mantiene en cabeza del Congreso de la República.

1.2.2. Centralización política y descentralización administrativa

Tal como se ha hecho referencia, Colombia adoptó un sistema híbrido, que combina la centralización política, en la cual un solo órgano de orden nacional con sede en la capital de la república ejerce el poder legislativo, y un anhelo de descentralización administrativa dentro del poder ejecutivo caracterizado por un sistema presidencial fuerte⁴¹⁹. Sin embargo, es preciso plantear, ¿Qué es la centralización? ¿Qué se entiende por descentralización? ¿Qué es el presidencialismo y como funciona en Colombia? ¿Cómo evolucionó el modelo de descentralización en un sistema presidencialista como el colombiano?, tales preguntas permiten acercarse a la esencia del modelo estatal colombiano.

La centralización en estricto rigor no reconoce, ni concede, ninguna clase de personalidad jurídica a las colectividades territoriales⁴²⁰. Es decir que en estricto término la única persona de derecho público serían el Estado o la Nación⁴²¹, quienes por medio de sus agentes y su estructura se encargarían de satisfacer las necesidades de interés general. Es, a su vez un concepto decididamente jerárquico, en donde existen quienes ordenan, otros quienes se encargan de transmitir y finalmente quienes obedecen⁴²². Ahora bien, la desconcentración es el mecanismo por el cual el poder central –o centralizado- busca cumplir ciertos cometidos públicos, que no necesariamente deben tener como origen la cima de la escala jerárquica⁴²³.

La centralización política atañe a los que se conoce como único centro de impulsión política o de creación legislativa, bien sea congreso o parlamento, es decir, una única

⁴¹⁸ VIDAL PERDOMO 2008: p. 218. El profesor citado atribuye la inspiración del sistema unitario y a su vez descentralizado al ex presidente colombiano don Rafael Nuñez, sin embargo, no compartimos dicha posición doctrinal puesto que los amplios poderes del presidente y la ausencia de autonomía de las entidades territoriales hace imposible justificar esa teoría.

⁴¹⁹ RAMÍREZ PLAZAS Y SÁNCHEZ PLAZAS 2012: p. 26.

⁴²⁰ PACTET Y MÉLIN-SOUCRAMANIEN 2011: p. 39

⁴²¹ En el caso colombiano la Ley 153 de 1887, artículo 80, le otorgó personería jurídica a la Nación.

⁴²² RIVERO 1965: p. 278.

⁴²³ RIVERO 1965: p. 279.

Constitución y legislatura nacional; y desde el punto de vista administrativo, se entiende que la toma de decisiones se ejerce desde los órganos administrativos centrales del Estado y por medio de su propia personería jurídica. La descentralización por su parte es la radicación de funciones en personas jurídicas diferentes al Estado, especialmente en las colectividades locales, lo que implica su reconocimiento jurídico, esta puede ser de carácter territorial o especializada por servicios⁴²⁴. Lo anterior implica el otorgamiento de personalidad jurídica, autonomía administrativa –autoridad y decisión- y financiera, entre otras. Es en suma el proceso de sacar de un centro y llevar a la periferia, el gobierno y la gestión de los asuntos locales⁴²⁵. La descentralización administrativa, especialmente la territorial, es un concepto aplicado por la mayoría de los Estados unitarios contemporáneos. La descentralización es diferente de la desconcentración, en tanto que la primera escapa al encuadramiento dentro de la persona moral “Estado”, mientras la segunda es parte integrante de este último. A su vez, las entidades descentralizadas no se encuentran dentro de la línea jerárquica administrativa, por lo cual no están sujetas al control de tutela, como si lo están los órganos desconcentrados⁴²⁶.

1.2.2.1. Modelos Presidenciales

Según Vidal Perdomo, los modelos presidenciales son típicos del continente americano, en contraposición al modelo parlamentario implantado en la cultura jurídica europea. Añade el autor que las columnas que soportan el sistema, y que lo hacen a su vez distinto, son: a) la existencia del cargo de presidente, sobre la cual recaen las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno; b) la sujeción ministerial a sus directrices; c) un Congreso dividido en dos cámaras; y finalmente, d) un sistema de interacción entre el ejecutivo y el legislativo basado en la división de poderes⁴²⁷.

Por su parte, Younes Moreno citando a Francisco de Paula Pérez, añade que los regímenes presidenciales se distinguen de los demás debido a que: i) los ministros son de libre nombramiento y remoción por parte del presidente, sin sujeción al órgano

⁴²⁴ RIVERO 1965: p. 280.

⁴²⁵ MATEO 1985: p. 158.

⁴²⁶ PACTET Y MÉLIN-SOUCRAMANIEN 2011: p. 40.

⁴²⁷ VIDAL PERDOMO 2009: p. 175.

legislativo; ii) los ministros son independientes del órgano legislativo, por cuanto no tienen la obligación de renunciar por “censuras” o “rechazos” de las cámaras del legislativo; iii) el presidente como “Jefe de Estado” ejerce sus funciones como cabeza del ejecutivo, en conjunto con sus ministros y demás colaboradores, los cuales comparten la responsabilidad con éste⁴²⁸.

En general, en los modelos presidenciales, el Presidente de la República es el centro de la actividad estatal⁴²⁹, por lo cual este ejerce las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, que en los sistemas parlamentarios son llevadas a cabo por personas distintas, el presidente y el primer ministro⁴³⁰. Los modelos presidenciales más notables son el de los Estados Unidos de Norteamérica y el de la República de Colombia⁴³¹.

1.2.2.2. Presidencialismo en Colombia

Colombia es un país marcadamente presidencialista desde épocas pretéritas, de ello dan cuenta la Constitución de 1886 y las reformas de 1968. En la actualidad, el Presidente de la República es Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, conforme lo estatuye el artículo 115 de la Constitución de 1991⁴³². Es decir reúne en su persona, competencias y funciones relativas a la representación del Estado en el ámbito internacional, como Jefe del Gobierno, la cual es una función de orientación y autoridad política y, finalmente, como último eslabón dentro de la estructura administrativa del Estado, suprema autoridad administrativa, puesto que por encima de él no hay otra autoridad y de suyo puede ejercer los poderes de

⁴²⁸ YOUNES MORENO 2014: p. 329.

⁴²⁹ YOUNES MORENO 2014: p. 329.

⁴³⁰ VIDAL PERDOMO 2009: p. 176.

⁴³¹ VIDAL PERDOMO 2009.

⁴³² El texto superior señala: “*ARTICULO 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.*

El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables. Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva”.

nominación, nombramiento y remoción⁴³³.

El primer mandatario de los colombianos, es Jefe de Estado, puesto que según la Constitución Política de 1991, el Presidente dirige las relaciones internacionales, y a su vez celebra tratados y convenios con otros Estados y entidades de derecho internacional, no obstante, que estos estarán sujetos a la aprobación del Congreso de la República; también se puede considerar como ejercicio de dicha facultad la autorización extraordinaria⁴³⁴ de tropas extranjeras por el territorio nacional, sujeta al concepto previo del Consejo de Estado⁴³⁵. Younes Moreno, agrega que son también funciones de Jefe de Estado: a) declarar la guerra con permiso del Senado; b) proveer la seguridad exterior de la nación; y c) expedir las cartas de naturaleza a los extranjeros (art. 189, numerales, 2, 6, 7 y 28)⁴³⁶.

La mayoría de autores colombianos expresan su malestar de atribuirle errores a la redacción del artículo 115 superior, máxime cuando se compara con los artículos constitucionales 200 y 201, sobre la toma de decisiones como jefe de gobierno, las cuales señala el artículo 115, deben ir refrendadas por el ministro o director de departamento administrativo, atendiendo a la naturaleza del asunto; la discusión es lógica, ya que de la lectura exegética del art. 115, las funciones ejercidas por el Gobierno, en cabeza del presidente (art. 200 y 201), deberían también ser suscritas por el ministro o el director en cuestión, lo a vista propia podría ser el intento del constituyente de crear un cierto tipo de responsabilidad política e incluso disciplinaria sobre la los miembros del gobierno⁴³⁷.

La ocupación de Jefe de Gobierno comprende la función de dirección política del gobierno, y aun cuando los ministros y directores son los jefes de la administración en su respectiva dependencia, actúan bajo la dirección del Presidente de la República, especialmente en las formulaciones de política pública. También se encuentran otras funciones tales como: dirigir la fuerza pública y ejercer como Comandante Supremo

⁴³³ Constitución Política de Colombia. Artículo 189, numeral 1 y 13.

⁴³⁴ Extraordinaria porque esta se da en receso del Senado, a quien la Constitución le atribuye dicha facultad (art. 173, numeral 4).

⁴³⁵ Constitución Política de Colombia. art. 189, numeral 2 y 7.

⁴³⁶ YOUNES MORENO 2014: 330.

⁴³⁷ BRITO RUÍZ 2013: p. 358-365.

de esta; sancionar y promulgar las leyes; convocar al congreso a sesiones extraordinarias. (art. 189, numerales, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 12, 17 y 19).

El Presidente en Colombia como Suprema Autoridad Administrativa, según Brito Ruiz es “el jefe de la rama ejecutiva y el máximo rector de la Administración Pública Nacional.”, cual “[...] le concede la facultad de nombrar y remover libremente a los ministros y directores de departamentos administrativos”⁴³⁸. A su vez la Carta política le ofrece la posibilidad de: crear, suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos bajo los parámetros de la ley; modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos; celebrar contratos; ejercer las funciones inspección y vigilancia sobre los mercados bursátiles y asegurador; además de conceder permisos a los empleados públicos de orden nacional, entre otras (art. 189, numerales, 1, 13, 14, 15, 16, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27). Como suprema autoridad administrativa, también ejerce la tutela administrativa sobre los entes descentralizados, y debido a la estructura jerárquica de la administración pública del sector central, ejerce una relación jerárquica con los segundos⁴³⁹.

1.2.2.3. El Sector central de la Administración en Colombia

Según la Ley 489 de 1998 “*por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional (...)*”, la administración pública se divide en dos, el sector central, y el sector descentralizado por servicios (art. 38). Según esta norma, el sector central de la rama ejecutiva nacional está integrado por: la Presidencia y la Vicepresidencia de la República, los Consejos Superiores de la Administración⁴⁴⁰, los ministerios y departamentos administrativos, y finalmente

⁴³⁸ BRITO RUÍZ 2013: p. 365.

⁴³⁹ “Esta diferencia es consecuencia de la distinción clásica del Derecho Administrativo entre ente y órgano. La tutela administrativa o dirección intersubjetiva, es una forma de control ejercido por el ente público mayor sobre los entes menores, motivo por el que es menester distinguirla de la relación jerárquica –interorgánica– con la que no se puede confundir. La relación de tutela administrativa es intersubjetiva y horizontal, esto es, se produce entre dos entes públicos, normalmente el mayor –Estado– y los menores los últimos dotados de personalidad jurídica y con autonomía. La relación de jerarquía administrativa es interorgánica y vertical, es decir, se produce entre dos órganos sin personalidad jurídica, uno superior (supraordinado) y otro inferior (subordinado), adscritos a un mismo ente público por lo que se produce en el seno o dentro de un ente público. El control tutelar es, en principio, limitado o tasado, a diferencia del control jerárquico que es, por lo general, ilimitado”. JINIESTA LOBO 2002: p. 23.

⁴⁴⁰ “IBAÑEZ citado en QUINCHE RAMÍREZ 2012: 420.

completan este sector, las superintendencias y las unidades administrativas especiales sin personería jurídica (art. 38, numeral 1). Estas entidades actúan bajo inmediatas órdenes presidenciales y tienen un ceñido margen de autonomía.⁴⁴¹ La Ley señala que la Presidencia, los ministerios y los departamentos administrativos, es decir, el gobierno nacional, son los organismos principales de la administración (art. 39, inciso 2°).

De este sector se excluyen las entidades y organismos sujetos a un régimen especial, las cuales son: el Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales – CAR, y la Comisión Nacional de Televisión, hoy Autoridad Nacional de Televisión (Ley 1507 de 2012).

1.3. Descentralización territorial y descentralización funcional o por servicios

Dentro de la tipología de los entes públicos, se encuentran los que tienen una base territorial y aquellos que carecen de esta (territoriales y no territoriales). Según la doctrina alemana, para los entes territoriales el territorio viene a ser un elemento de su naturaleza, para los entes no territoriales el territorio se configura en un límite de su competencia⁴⁴². Las diferencias que existen entre unos y otros pueden ser vistas desde múltiples ángulos, mientras el poder y las funciones que ejerce una entidad territorial puede tener como ámbito de aplicación el territorio en pleno, o sólo una parte de este –por ejemplo las funciones de las Asambleas Departamentales-, las funciones de las entidades no territoriales solo rigen o se aplican a la población bajo su competencia y el territorio puede resultar indiferente en su ejercicio público, verbigracia el caso de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios⁴⁴³.

La doctrina española añade que los entes no territoriales tienen una función meramente ejecutoria de funciones delegadas o de la gestión de un determinado servicio público, bajo los parámetros señalados en los actos de creación de estos entes. Sin que por este hecho puedan atribuirse mayores competencias o la prestación

⁴⁴¹ QUINCHE RAMÍREZ 2012: p. 418.

⁴⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 1997: p. 357.

⁴⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 1997: p. 358.

de un nuevo servicio público. Finalmente, y poderoso argumento, es que los entes no territoriales están afectados o ligados a un ente superior, el cual ejerce sobre ellos control y tutela administrativa, e incluso puede modificar o extinguir sus funciones, su organización y su vida jurídica⁴⁴⁴.

La descentralización territorial ha sido definida por Fraga como: “el establecimiento de una organización administrativa destinada a manejar los intereses colectivos que corresponden a la población radicada en una determinada circunscripción territorial”⁴⁴⁵. De otra parte, la descentralización funcional o por servicios, según Giraldo Castaño, se presenta cuando una o más funciones administrativas, uno o más servicios públicos domiciliarios o administrativos, son apartados de la administración central para ser encomendados a otras entidades públicas con personería jurídica, que poseen un carácter especializado para el ejercicio los fines del Estado⁴⁴⁶.

1.3.1. Descentralización territorial en Colombia.

El artículo 286 de la Constitución vigente dice: “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”. De su parte, el artículo 288 de la Carta Política, ordenaba que una ley orgánica de ordenamiento territorial debía ser expedida por el legislador a fin de establecer la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. Tuvieron que pasar 20 años para que el exhorto realizado por el constituyente fuera cumplido: el 28 de junio de 2011 se expide la Ley 1454⁴⁴⁷, sobre normas orgánicas sobre el ordenamiento territorial.

Las entidades descentralizadas territorialmente poseen:

⁴⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 1997: p. 359.

⁴⁴⁵ FRAGA 1993: p. 204.

⁴⁴⁶ GIRALDO CASTAÑO 2010: p. 225.

⁴⁴⁷ Diario Oficial No. 48.115 de junio 29 de 2011.

1. **Personería jurídica:** son sujetos de derecho y a su vez tienen capacidad para contraer obligaciones, y pueden ser representadas judicial y extrajudicialmente⁴⁴⁸.
2. **Un territorio definido:** tienen arraigo en un área geográfica definida y su competencia se extiende hasta los límites de este.
3. **Patrimonio propio:** la Constitución de 1991 alude al patrimonio y a los bienes y rentas de las entidades territoriales en varios de sus artículos superiores (arts. 63, 102, 287, numeral 3; 332, 338 y 356)⁴⁴⁹. Además se le permite la administración de los recursos que les son propios y tienen el derecho de participar de las rentas nacionales, denominado Sistema General de Participaciones (art. 287).
4. **Administración autónoma:** según el artículo 287 del texto superior, las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de los intereses que le son propios, y en tal virtud, pueden gobernarse por sus propias autoridades, a su vez ejercer las funciones que les atribuya la constitución y la ley.
5. **Elección popular de sus autoridades políticas:** según la Constitución nacional, los ciudadanos de cada circunscripción territorial –Departamentos o Municipios- eligen mediante voto popular tanto al Gobernador, máxima autoridad administrativa y de policía del Departamento, como a la Asamblea Departamental, como ente político-administrativo del Departamento; de igual manera, los electores pertenecientes a una circunscripción municipal, tienen el derecho de elegir al Alcalde Municipal, quien tal como el Gobernador, es la máxima autoridad administrativa y de policía del municipio, y al Concejo Municipal, un órgano equivalente en cuanto a su naturaleza a la Asamblea Departamental, pero con algunas diferencias en sus funciones.

La tutela que existía en el texto constitucional de 1886, fue abolida por la nueva Carta política; sin embargo aún existen rezagos de la tutela administrativa centralista de

⁴⁴⁸ PENAGOS 2004: p. 27.

⁴⁴⁹ PENAGOS 2004: p. 27.

otrora, por ejemplo el texto del artículo 303 en materia de orden público, específicamente para el mantenimiento de este, y para la ejecución de la política económica general, el Gobernador será agente del Presidente de la República; a su vez que tiene la facultad asignada por el artículo 305, numeral 10, que le permite revisar y remitir al Tribunal competente, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, los actos proferidos por los Concejos Municipales del departamento que dirige.

1.3.2. Descentralización funcional o por servicios.

El sector descentralizado por servicios está conformado por los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las superintendencias y unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, los institutos científicos y tecnológicos, las sociedades públicas, las sociedades de economía mixta, y las demás entidades administrativas de orden nacional con personería jurídica, que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la rama ejecutiva (Ley 489/98, art. 38, numeral 2).

Concuerda parte de la doctrina que para que exista una verdadera descentralización funcional o por servicios, la entidad a la que se le encomiendan las funciones públicas deberá ser una persona jurídica diferente a la Nación o al Estado, así mismo, contar con autonomía administrativa, un patrimonio propio y no tener una base territorial como elemento de la naturaleza de su creación, tal como ocurre con un departamento o un municipio; de lo contrario se estaría frente al fenómeno de la centralización⁴⁵⁰.

Aunado a lo anterior, Penagos enseña que la descentralización por servicios es “una forma moderna de satisfacer las necesidades colectivas por medio de organismos especializados [...]” sea cual fuere la denominación o naturaleza de estos, siempre y cuando reúnan los requisitos mínimos para ser considerados entidades descentralizadas. Agrega el autor que esta modalidad de la administración se puede

⁴⁵⁰ GIRALDO CASTAÑO 2010; PENAGOS 2004; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ 2008, entre otros.

presentar en cualquiera de los niveles de la administración⁴⁵¹. Este tipo de administración es considerada una suerte de “federalismo técnico”⁴⁵².

La Ley 489 de 1998 estipuló que:

“Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley [..]”⁴⁵³

Quinche Ramírez señala que contrario al sector central, como su antípoda, se encuentra el área descentralizada, la cual ejerce funciones “trasladadas a los organismos y entidades [que] están mediados por la autonomía y la asunción de responsabilidades individuales, que [a su vez] son los rasgos centrales en los procesos de descentralización”⁴⁵⁴. Observado lo previamente anotado existen tres tipos de

⁴⁵¹ PENAGOS 2004: p. 357.

⁴⁵² PARADA 1991: p. 30-31.

⁴⁵³ Sobre la constitucionalidad de esta disposición legal, véase: Corte Constitucional, Sentencia C-702 del 20 de septiembre de 1999. Referencia: Expediente D-2296. M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz.

⁴⁵⁴ QUINCHE RAMÍREZ 2012: p. 418.

descentralización, una denominada territorial , otra descentralización por servicios, y una tercera, la descentralización por colaboración, la cual consiste en la concesión de facultades o servicios estatales a particulares que los ejercen de conformidad con la ley (art. 210 C.N), en la búsqueda de cometidos estatales⁴⁵⁵. Según el ya citado Penagos, la descentralización territorial que se adoptó en la Constitución de 1991, es similar a aquella que se dio en Francia a inicios de la década de los ochenta. que inició el 2 de marzo de 1982 con la expedición de la Ley sobre “derechos y libertades de los municipios, departamentos y regiones”⁴⁵⁶; similar proceso de gradación de la administración local se implantó en Colombia a inicios de la década de los 90, en el texto superior en su artículo 286⁴⁵⁷.

La descentralización indirecta, de la que hacen parte las entidades descentralizadas o de segundo grado, es explicada por Rodríguez R de la siguiente manera: “[...] las entidades descentralizadas directas, lo mismo que las entidades territoriales, por ser personas jurídicas, pueden, a su vez, participar en la creación de nuevas entidades, las cuales corresponderán, por tanto, a la figura de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado”⁴⁵⁸. En el mismo sentido las definen Ramírez Plazas y Sánchez Plazas al decir: “Dichas entidades, por ende, son consecuencia de un acuerdo de voluntades, mientras que las directas (con excepción de las Sociedades de Economía Mixta, que en realidad son manifestaciones del Estado de participar como socios de entidades lucrativas), son producto de la voluntad unilateral de la Nación o de las otras Entidades Territoriales Locales, según sea el caso”⁴⁵⁹.

Pero en Colombia la conciliación de los principios de unidad y autonomía, Estado unitario y a su vez descentralizado, no ha sido pacífica, por lo cual, en abundante jurisprudencia, la Corte Constitucional Colombiana, interprete y guardiana de la carta fundamental, ha contribuido al análisis sobre el alcance y equilibrio de estos principios y su aplicación en las relaciones entre el Estado-Nación y las Entidades

⁴⁵⁵ BRITO RUIZ 2013: p. 493.

⁴⁵⁶ PENAGOS 2007: p. 23.

⁴⁵⁷ JOLLY 1992.

⁴⁵⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ 2012: p. 138.

⁴⁵⁹ RAMÍREZ PLAZAS Y SÁNCHEZ PLAZAS 2012: p. 246

Territoriales, destacándose dos sentencias: C-727 de 2000 y C-1190 de 2000.⁴⁶⁰

2. Constitucionalidad de las AAI en Colombia

En Colombia, la Constitución vigente prevé la aparición en el panorama institucional de entidades autónomas e independientes en su artículo 113 que rige la innovación organizacional de rango superior⁴⁶¹. Empero, este cambio con respecto a la Carta Política anterior y de la mayoría de otras latitudes fue el resultado de un proceso serio y concienzudo de los constituyentes, los cuales consideraron que el modelo clásico de tridivisión de poderes era obsoleto y no representaba las necesidades actuales de la sociedad y del poder público. Esto quedó plasmado en el informe de ponencia sobre la “Estructura del Estado”, presentado en la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente que afirmó:

“El Estado, en la práctica y no en sus textos, en cuanto se refiere a su organización y funciones, ha rebasado las doctrinas tradicionales y ha evolucionado tanto que la actual distribución del poder público en tres ramas en verdad ya no corresponde ni en la teoría ni en la práctica a la estructura real del Estado moderno. Y esa afirmación es cierta, porque, como se verá, hay órganos que no encuadran en ninguna de las tres ramas del poder público, porque sus funciones ni son legislativas, ni administrativas, ni judiciales. Sus instituciones ejercen primordialmente unas funciones propias, específicas, y distintas y, por lo mismo, no encajan dentro de la simplista y elemental teoría tripartita por lo que, a nuestro juicio, hay necesidad de hacer una enumeración adicional”⁴⁶².

De esta manera se argumentó la consagración de la Contraloría General de la República, como órgano fiscalizador, y de la Procuraduría General de la Nación – también existente en la Constitución de 1886– como órganos con autonomía y rasgos de independencia. Empero el constituyente fue más allá, inscribió en el texto

⁴⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA 2001: 275-284.

⁴⁶¹ El artículo en cuestión señala lo siguiente: “*Son Ramas de Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado: Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*”.

⁴⁶² ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE 1991: p. 2.

constitucional la posibilidad de que el legislador creará nuevas entidades, y aprobó el informe de ponencia remitido por los cinco miembros de la subcomisión encargada del estudio de la rama ejecutiva del poder público, presidida por Alfredo Vázquez Carrizosa.

El mencionado artículo 113 que trata sobre la estructura y organización del Estado colombiano, es considerado el soporte constitucional para la creación de autoridades administrativas independientes en Colombia. Ahora bien, la discusión en el país suramericano acerca de la constitucionalidad de las AAI no se presentó, debido a la influencia europea, especialmente de España en la formación de los doctrinantes nacionales, país donde ya se tenían discusiones académicas acerca de la creación de dichas autoridades.

2.1. Historia de la regulación en Colombia

En el siglo XIX, y hasta finales del XX, el Estado fue el prestador de los servicios públicos, especialmente de los domiciliarios, a su vez que regulaba su mercado. Sin embargo, la Constitución actual reemplazó el vocablo prestador por garante, naciendo de esta posición la obligación de garantizar la prestación de los mismos, lo cual puede realizarlo por sus propios medios o por intermedio de particulares –nacionales o extranjeros–, o por la comunidad organizada bajo los postulados de la libertad de competencia, y una suerte de descentralización por colaboración de la cual el Estado mantiene la regulación, la vigilancia y el control (art. 365 C.N)⁴⁶³.

En el siglo XX, es posible encontrar antecedentes de las AAI en Colombia, por ejemplo, la Junta Nacional de Tarifas y la Junta Central de Higiene que tuvieron rasgos iguales de autonomía e independencia. Actualmente el mercado de los servicios públicos pregonado por la Constitución, y sometido a la libertad de competencia por disposición de la Ley 142 de 1994, es vigilado por las Comisiones de Regulación, que en palabras de Serna Quintero y Correa Rendón son: “agencias estatales de creación legal, adscritas al ministerio respectivo, y por medio de las cuales el Estado puede intervenir en la esfera de los servicios públicos domiciliarios

⁴⁶³ SERNA QUINTERO Y CORREA RENDÓN en: OCHOA CARVAJAL 2003: p. 32.

para lograr la satisfacción de los intereses de los usuarios y de los prestadores, de modo que no se beneficien excesivamente unos en desmedro de los otros [...]”⁴⁶⁴.

También son creadas nuevas Superintendencias y fortalecidas las existentes, en el caso de la Superintendencia de Servicios Públicos fue creada con “la responsabilidad para manejar las relaciones con usuarios incluyendo quejas, subsidios y vigilancia institucional”⁴⁶⁵, cuyas funciones de regulación están bajo las comisiones de vigilancia y control.

2.1.1. Regulación en la primera mitad del siglo XX: la Junta Central de Higiene

En 1914, por medio de la Ley 84 de ese año, se crea la Junta Central de Higiene, iniciando sus labores el 5 de diciembre⁴⁶⁶. Estaba conformada por cuatro profesionales de la medicina y un escribiente o secretario. Sus labores consistían en prevenir y combatir las epidemias que se presentaran en el país, y conforme el artículo cuarto de la mentada ley, se le otorgó la “dirección, reglamentación y vigilancia” de la higiene pública y privada⁴⁶⁷, convirtiéndola en un ente de vigilancia y control, además de otorgarle sendas funciones de reglamentación⁴⁶⁸. Salvo la anterior institución, la regulación en la primera mitad del siglo XX fue escasa en materia de autoridades técnicas, siendo ejercida directamente por el gobierno nacional, aunque sin independencia y con la existencia de un solo organismo que regulaba los servicios públicos.

2.1.2. Regulación en la segunda mitad del siglo XX: la Junta Nacional de Tarifas

En Colombia, la regulación de los servicios públicos inició formalmente por medio de la Ley 65 de 1967⁴⁶⁹, que envistió por el término de un año al Presidente de la República para modificar la remuneración y el régimen de prestaciones de las Fuerzas

⁴⁶⁴ SERNA QUINTERO Y CORREA RENDÓN en: OCHOA CARVAJAL 2003: p. 32.

⁴⁶⁵ MADDOCK 1991: p. 19.

⁴⁶⁶ Ley 84 de 1914. Diario Oficial No. 15.352 de 25 de noviembre de 1914.

⁴⁶⁷ JUNTA CENTRAL DE HIGIENE 1915: p. 3-4.

⁴⁶⁸ JUNTA CENTRAL DE HIGIENE 1915: p. 3-4.

⁴⁶⁹ Ley 65 de 28 de diciembre de 1967. Diario Oficial No. 32.397.

Militares, y especialmente le otorgó la facultad de reorganizar y fortalecer la administración fiscal “con el objeto de capacitarla para evitar el fraude y cumplir en tiempo oportuno con sus funciones de liquidación y recaudación de los tributos y tasas nacionales, así como para resolver con prontitud las reclamaciones de los contribuyentes”⁴⁷⁰. En síntesis, dicha Ley le dio facultades al Presidente de la República para reformar y modernizar la administración en temas tarifarios y tributarios lo que a su vez le permitió crear la otrora Junta Nacional de Tarifas por medio del Decreto No. 3069 de 1968, encargada de controlar y fiscalizar las tarifas de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y energía eléctrica, adscrita al Departamento Nacional de Planeación.

Según Polo la Junta tuvo las siguientes funciones: “(i) velar porque las entidades prestadoras de dichos servicios aseguraran la protección de sus activos y fomentaran el ahorro nacional mediante niveles de tarifas que cubrieran los costos reales de su prestación y, además, (ii) se les imponía la obligación de reglamentar los plazos dentro de los cuales las empresas debían comunicar cualquier reajuste de tarifas. Más adelante mediante decreto 49 de 1976, se adicionó a la Junta Nacional de Tarifas la función de controlar y fiscalizar los servicios públicos de telecomunicaciones y, a su vez, en desarrollo de la Ley 81 de 1988 y del decreto ley 1900 de 1990 se le impuso algunas otras funciones relacionadas con la vigilancia a la política de precios en la determinación de tarifas, creando diversos regímenes de control, tales como: el control directo, la libertad regulada y la libertad vigilada”⁴⁷¹.

A inicios de la década de 1990, la Junta Nacional de Tarifa de Servicios Públicos – JNT- y la *Trobe University*, con sede en Melbourne Australia, adelantaron un estudio liderado por el profesor de economía Rodney Maddock sobre los mecanismos para la reglamentación de servicios públicos domiciliarios en Colombia dentro de un ambiente competitivo, siendo este el estudio sobre el cual se apoyó el gobierno de turno para ordenar la supresión y liquidación de la mencionada junta y la concomitante creación de las Comisiones de Regulación⁴⁷², finalmente en 1992, por

⁴⁷⁰ Ley 65 de 28 de diciembre de 1967, artículo 1º.

⁴⁷¹ POLO 2004: p. 74.

⁴⁷² MADDOCK 1991: p. 7.

medio del Decreto No. 2167 se suprimió la Junta y se dio paso a las actuales Comisiones de Regulación.

2.2. Regulación en la Constitución Política de Colombia 1991

2.2.1. El poder de regulación y las Comisiones de Regulación

La intervención del Estado en la economía y el poder regulador de este quedó descrita por la Corte Constitucional colombiana al señalar que: “En un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. Sin dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar. [...] La Constitución contempla dos grandes tipos de órganos de regulación; primero, los de rango constitucional, entre los cuales se encuentra, por ejemplo, la Junta Directiva del Banco de la República como "autoridad monetaria, crediticia y cambiaria", y la Comisión Nacional de Televisión cuya junta directiva está encargada de "[l]a dirección de la política que en materia de televisión determine la ley" entre otras funciones; y, segundo, los de creación legal a los cuales aluden expresiones abiertas como "otras entidades del orden nacional" y "agencias del Estado”⁴⁷³.

Como se ha observado, en Colombia el cambio jurídico-institucional de la década de los noventa del siglo pasado y el excesivo poder presidencial hicieron que la facultad regulatoria fuese marcadamente autoritaria, lo cual le imprimió un especial tamiz al asunto *sub examine*, el cual no fue pacífico, especialmente, respecto de la entrada en funcionamiento de las comisiones de regulación de los servicios públicos, las cuales se estudiarán en el desarrollo de este acápite. Empero cuando el Legislador expidió la Ley 142 de 1994 y reconoció las ya referenciadas comisiones de regulación, fue criticado especialmente en lo que respecta al artículo 68 de la mentada Ley que reza:

“Artículo 68. Delegación de funciones presidenciales a las Comisiones. El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de

⁴⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-150 de veinticinco (25) de febrero de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta Ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta Ley. Las normas de esta Ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones”⁴⁷⁴.

Las críticas de los juristas, iban destinadas a colocar en evidencia que el legislador abusando de sus facultades estaba menguando las funciones reglamentarias que yacían en cabeza del Presidente de la República al transferirlas directamente a una entidad subordinada como las comisiones de regulación⁴⁷⁵. Sin embargo, la Corte Constitucional recalcó que, contrario a lo esgrimido por quienes acusaban la ley por vicios de inconstitucionalidad, el legislador estaba dotando al Presidente de la República mecanismos para desarrollar las funciones que le había confiado el constituyente, en este caso por medio de una eventual delegación de funciones, en palabras del alto tribunal:

“[...] El anterior análisis no niega que otros artículos de la ley 142 de 1994 hayan podido eventualmente asignar a las comisiones de regulación funciones que no son directamente del Presidente sino del Legislador, lo cual podría suscitar algunos problemas de constitucionalidad. Sin embargo, en caso de que tal fenómeno hubiera sucedido, no por ello la norma acusada sería inconstitucional, pues ella se limita a permitir la delegación de las atribuciones previstas por el artículo 370 de la Carta, las cuales son eminentemente presidenciales, y por lo tanto no representan una competencia compartida con el legislador. Además, la Corte recuerda que la

⁴⁷⁴ Ley 142 de 11 de julio de 1994. *Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*. publicada en el Diario Oficial No. 41.433 del 11 de julio de 1994.

⁴⁷⁵ “La realidad de la función ejercida por la nueva administración ha determinado el desgajamiento del tronco funcional y organizativo de la administración pública², y la fragmentación y dispersión de la potestad reglamentaria atribuida al jefe de Gobierno y de su posición directiva que señala el artículo 189.11 de la Constitución, bajo una organización administrativa caracterizada por un nuevo concepto de descentralización funcional que no se orienta a la gestión de un servicio o de una prestación, sino a una función administrativa amplia y discrecional de regulación, en la cual la facultad normativa, junto con la de resolución de conflictos entre operadores, tienen el protagonismo”. GONZÁLEZ LÓPEZ 2011: p. 3.

atribución a las comisiones de regulación de competencias no presidenciales no es *per se* inconstitucional. En efecto, en la sentencia C-066 de 1997, esta Corporación precisó, en lo concerniente al examen de constitucionalidad de otros artículos de la Ley 142 de 1994, que “no es admisible el cargo imputado por el actor, en razón a que no existe traslado de competencias del legislador al Presidente de la República, sino que se trata, se repite, de una facultad directamente atribuida del legislador directamente a las comisiones de Regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y la ley”⁴⁷⁶.

Sobre esta sentencia Polo se expresó en el mismo sentido esgrimiendo que el legislador no transgredió la Constitución al crear las comisiones de regulación, ni afectó en sus competencias al Presidente de la República, por el contrario, el órgano legislativo dotó al Presidente de herramientas para cumplir con los cometidos constitucionales del artículo 370 superior⁴⁷⁷.

2.2.1.1 Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos: ¿independencia o ilusión?

Las Comisiones de Regulación han sido clasificadas como organismos o entidades de “régimen especial” debido a sus particulares características. Sin embargo, existen algunas que pertenecen al sector central, por tanto *prima facie*, se puede deducir que su autonomía e independencia es tenue pero existe desde el punto de vista técnico⁴⁷⁸. Recuérdese que a inicios de la década de 1990, el ya referenciado documento de la Junta Nacional de Tarifa de Servicios Públicos –JNT- y la *Trobe University*, fue considerado como el estudio sobre el cual se basó el gobierno para ordenar la creación de las Comisiones de Regulación, y cuyas conclusiones fueron en palabras del profesor Maddock:

“En un régimen de apertura y competencia, es esencial que la reglamentación de las empresas que ofrecen servicios públicos domiciliarios sea realizada de una manera

⁴⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. C-272 del tres (3) de junio 1998. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁷⁷ POLO 2004: p. 80.

⁴⁷⁸ ACEVEDO RAMOS Y RODRÍGUEZ BECERRA 2009: p. 176.

independiente de las entidades operadoras del sector y de la influencia política cotidiana. Al mismo tiempo se reconoce la necesidad de descentralizar los controles apropiados. El documento plantea la necesidad de establecer una Comisión Reguladora para Energía y otra para Comunicaciones. Igualmente recomienda entidades reguladoras similares adscritas a las dependencias de planeación de cada departamento para agua, aseo y alcantarillado”⁴⁷⁹.

La doctrina mayoritaria ubica la creación de las comisiones en el año 1994 por medio de la Ley 142 de ese año, sin embargo, tal afirmación no es absolutamente cierta, ya que fueron creadas con anterioridad por medio del instrumento de la delegación de funciones y competencias, radicadas en la figura del Presidente de la República, que posee dentro del abanico de sus funciones la facultad de regular los mercados, especialmente el de los servicios públicos domiciliarios. Por tal razón en diciembre de 1992, el entonces presidente liberal César Gaviria Trujillo expide sendos decretos por medio de los cuales nacen tres Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos.

Por medio del Decreto No. 2152 de 30 de diciembre de 1992⁴⁸⁰ se establece en el capítulo VI, artículo 58 la creación y la naturaleza de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, la cual era una Unidad Administrativa Especial, sin personería jurídica que era parte del Ministerio de Desarrollo Económico⁴⁸¹. La Comisión estaba integrada por el Ministro de Desarrollo Económico o el Viceministro de Vivienda, Desarrollo Urbano y Agua Potable, quien la presidía; el Ministro de Salud o su delegado; el Jefe del Departamento Nacional de Planeación o su delegado, y tres expertos que serían de dedicación exclusiva designados por el Presidente de la República, para períodos de tres años y reelegibles. La norma además preveía que a la Comisión asistiría como invitado, con voz pero sin voto, el Superintendente de Servicios Públicos.

⁴⁷⁹ MADDOCK 1991: p. 2.

⁴⁸⁰ Diario Oficial No. 40.704, del 31 de diciembre de 1992; y posteriormente derogado por el Decreto 219 de 2000.

⁴⁸¹ El Artículo 58 y el artículo 59 que establecía las funciones y facultades fue derogado por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994.

Entre otras funciones y facultades⁴⁸², la Comisión tenía como principales funciones: i) promover la libertad de competencia entre quienes prestasen los servicios públicos y prevenir prácticas restrictivas a la misma, ii) regular los monopolios, iii) definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos, iv) fijar como obligatorias las normas técnicas respecto de la operación y calidad del servicio público, v) señalar criterios y normas relativas a la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario de servicios de agua potable y saneamiento básico, de acuerdo con la ley, vi) determinar las tarifas de los servicios públicos regulados, y finalmente, vii) investigar por presuntas infracciones a las normas que eran aplicables a quienes prestaban los servicios públicos regulados.

De lo anterior, se colige que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico era, primero, un organismo dependiente del Ministerio de Desarrollo Económico, es decir, que sus decisiones estaban influenciadas políticamente. Segundo, sus funciones eran eminentemente regulatorias y el Presidente le confió a este órgano de la administración central la regulación del sector del agua potable y el saneamiento básico, pero a su vez carecía de poderes de sanción, por lo cual debía denunciar o solicitar a la autoridad competente -Superintendencia de Industria y Comercios en tanto se creó la Superintendencia de Servicios Públicos-, las prácticas que atentaren contra la libertad de competencia o las normas aplicables a los prestadores de servicios públicos regulados.

⁴⁸² Como lo señala GONZÁLEZ LÓPEZ 2011: p. 2.: “Esta facultad de las comisiones de regulación como autoridad administrativa independiente de expedir actos y normas incorpora un cúmulo de diferentes actuaciones para crear reglas de conducta también aplicables hacia el futuro y no solo en un entorno específico retrospectivo para solucionar situaciones anteriores. Su función regulatoria parece limitada a un campo determinado para un sector y de promoción de la competencia, pero a partir de ese postulado genérico, este campo es inmenso y además marcado por la discrecionalidad. Definiciones regulatorias de cómo se contabilizan los costos o que se entiende por una planta eficiente, o lo que puede considerarse como una facilidad o instalación esencial para obligar a su compartición, o el mismo concepto de definición de mercados, señalados por la ley y que la regulación define y desarrolla, pueden afectar la supervivencia de los operadores en el sector y el interés general y dependen en mayor medida de la norma regulatoria que de la ley y del reglamento, así como su aplicación práctica”.

El Decreto No. 2119 de 29 de diciembre de 1992⁴⁸³ creó dentro del Ministerio de Minas y Energía, la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CRE- como una Unidad Administrativa Especial, sin personería jurídica, cuyo principal objetivo era la regulación del sector minero energético. Estaba conformada por el Ministro de Minas y Energía, quien la presidía; el Ministro de Hacienda y Crédito Público; el Director del Departamento Nacional de Planeación –DNP- y tres expertos en asuntos energéticos de dedicación exclusiva, designados por el Presidente de la República, para períodos de tres años, reelegibles.

Entre otras funciones esta Comisión tenía la facultad de regular el ejercicio de las actividades del sector energético para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia del sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, prevenir y conjurar toda práctica restrictiva de la competencia en la prestación de los servicios públicos regulados, fijar las tarifas de los servicios públicos regulados, expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de energía por parte de los consumidores y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía, señalar criterios y normas relativas a la protección de los derechos de los usuarios, normas de facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de las empresas con los usuarios del servicio, finalmente asumir las funciones pertinentes que en el campo energético estaban atribuidas a la Junta Nacional de Tarifas.

Al igual que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, esta era una Comisión de Regulación politizada, sin asomo de independencia o autonomía, integrada al Ministerio de Minas y Energía, y presidida al ministro, cuyas principales funciones eran las de dictar regulación, empero sin poder imponer sanciones, pues

⁴⁸³ Publicado en el Diario Oficial No. 40.704, del 31 de diciembre de 1992, posteriormente derogado por artículo 17 del Decreto 1141 de 1999.

solo podía denunciar o acusar ante las autoridades competentes las infracciones a la ley y el reglamento.

El Decreto No. 2122 de 29 de diciembre de 1992⁴⁸⁴ en su artículo 2^o⁴⁸⁵ creó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, como una Unidad Administrativa Especial, sin personería jurídica, confinada a la estructura administrativa del Ministerio de Comunicaciones, integrada por el Ministro de Comunicaciones, el cual la presidía, o el Viceministro de Comunicaciones como su delegado; dos funcionarios públicos en calidad de representantes del Presidente de la República; tres expertos de dedicación exclusiva, designados por el Presidente de la República, para períodos de dos años.

La CRT, además de cumplir con similares funciones que las otras dos comisiones creadas en el gobierno Gaviria, reglamentaba la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, establecía de acuerdo con el tráfico cursado, cargos especiales en las tarifas de servicios de telefonía básica de larga distancia, y sometía a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES–, la distribución de los ingresos por concepto de las tarifas de concesiones de servicios de telefonía móvil celular y de servicios de larga distancia nacional e internacional, entre otras, pero al igual que sus homólogas de agua potable y saneamiento básico y de regulación energética, carecía de poder sancionatorio, y solo le competía denunciar ante la Superintendencia competente las infracciones a la libertad de competencia.

Obsérvese entonces que, inicialmente, las comisiones de regulación no eran independientes, sino que hacían parte integral de la estructura administrativa de los ministerios de gobierno, y buena parte de sus integrantes eran funcionarios dependientes del Presidente de la República. Aunado a lo anterior este era quien nombra los comisionados expertos, sin el concurso de otra autoridad, como el congreso. Más adelante se presentará si las Comisiones de Regulación son

⁴⁸⁴ Derogado por el Decreto 1130 de 1999.

⁴⁸⁵ Artículo derogado expresamente por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994.

efectivamente Autoridades Administrativas Independientes o por el contrario son entidades cooptadas por el ejecutivo central. Aun cuando “en Colombia las comisiones de regulación no tienen la autonomía e independencia deseada, en tanto que están organizadas como unidades administrativas especiales adscritas a los ministerios y carecen de personalidad jurídica. Esta pertenencia a la rama ejecutiva del poder público puede convertirlas en unos organismos dependientes de las decisiones gubernamentales”⁴⁸⁶. Al respecto el artículo 4° de la Ley 142 de 1994, señala que: “Todos los prestadores quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las comisiones, al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos, y a las contribuciones para aquéllas y ésta”.

2.2.1.2 EL CASO TELECOM: El Estado como prestador y regulador simultáneamente.

La forma en cómo se llevaba a cabo la regulación de los servicios públicos, tanto durante la existencia de la Junta Nacional de Tarifas como en el inicio de las Comisiones de Regulación, fue el caso de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones –TELECOM COLOMBIA-, en tanto que *prima facie* se vio una doble militancia de los ministros en la Junta Nacional de Tarifas –El regulador- y en la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM –El prestador-, situación desventajosa para las empresas que querían competir con esta última en el sector de las telecomunicaciones.

TELECOM creada por el Decreto No. 1648 del 23 de mayo de 1947, soportado en las facultades conferidas al Gobierno por la Ley 83 de 1945, tenía por finalidad “unificar la prestación de los servicios telefónicos, radiofónicos y radiotelegráficos”⁴⁸⁷, siendo la cabeza del monopolio público de las telecomunicaciones⁴⁸⁸, como consecuencia de la compra de la Compañía Telefónica

⁴⁸⁶ SERNA QUINTERO Y CORREA RENDÓN 2003: p. 34.

⁴⁸⁷ MOLANO 1996.

⁴⁸⁸ El monopolio de las Telecomunicaciones fue desmontado por medio de los Decretos Nos. 1900, 1901, 1902 y 1903 de agosto de 1990, expedidos en virtud de la Ley 72 de 1989.

Central por USD \$ 2.791.094. Durante su existencia, un poco más de medio siglo, TELECOM prestó servicios de telefonía básica conmutada en el territorio nacional, además de larga distancia para comunicar a los colombianos con el resto del mundo.

El Decreto No. 1233 de 13 de abril de 1950 convirtió a TELECOM en un establecimiento público, con personería jurídica, patrimonio propio, y declaró su autonomía administrativa y financiera. Ya bajo la vigencia de la Constitución Política de 1991, fue convertida en una Empresa Industrial y Comercial del Estado en virtud del Decreto No. 2123 de 29 de diciembre de 1992, cuya Junta Directiva estaba presidida por el Ministro de Comunicaciones, cuatro miembros más (art. 4º); y un representante de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, de la cual nació la Comisión de Regulación de Comunicaciones⁴⁸⁹.

Como lo sugería el profesor australiano Rodney Maddock en su documento de trabajo, la privatización total o parcial de TELECOM era necesaria, o bien la creación de una nueva empresa de carácter mixto que compitiera con TELECOM en los servicios de larga distancia nacional e internacional⁴⁹⁰. Finalmente triunfó la primera posibilidad y la empresa es liquidada por medio del Decreto No. 1615 de 12 de junio de 2003⁴⁹¹, lo que a posteriori dará para la creación de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP - COTEL, quien asume las funciones de la extinta compañía. COTEL, subastada y vendida (50% + 1 de las acciones) a la multinacional española Telefónica Internacional SAU⁴⁹².

2.2.1.3 Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA)

Como se ha reseñado anteriormente, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -en adelante CRA-, nace como consecuencia de la delegación de las funciones presidenciales, instituidas en el artículo 370 de la Constitución, instrumentalizada por medio de la expedición del Decreto No. 2152 de 30 de

⁴⁸⁹ Diario Oficial No. 40.704 de 31 de diciembre de 1992.

⁴⁹⁰ MADDOCK 1991: p. 26.

⁴⁹¹ Sobre los motivos y el proceso de liquidación: LASTRADA FUSCALDO 2005.

⁴⁹² MATIAS CAMARGO 2011: p. 300-301.

diciembre de 1992⁴⁹³ que establece en el capítulo VI, artículo 58⁴⁹⁴, la creación y la naturaleza de esta Comisión, la cual era una Unidad Administrativa Especial, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico, y siendo débil su creación por cuanto al ser serlo por un decreto presidencial, podía ser disuelta por la revocación del acto administrativo de su creación.

Posteriormente, la Ley 142 de 1994, reconoció al Presidente de la República la facultad de señalar las políticas generales de administración y control de la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, para lo cual podía delegar en las Comisiones de Regulación la ejecución de estas funciones (art. 68). El Artículo 69, numeral 1 de la Carta ordena entonces la creación de la CRA, como una unidad administrativa especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, la cual estaba adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico, y que actualmente se encuentra al interior del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (Decreto No. 1524 de 1994⁴⁹⁵).

Respecto de la estructura de la CRA el Decreto No. 2474 de 1999, modificado por el Decreto No. 2728 de 2012, establece que estará integrada por: los Ministros de Vivienda, Ciudad y Territorio⁴⁹⁶, quien la presidirá; de Salud y Protección Social; de Ambiente y Desarrollo Sostenible⁴⁹⁷; el Director del Departamento Nacional de Planeación y cuatro expertos de dedicación exclusiva nombrados por el Presidente de la República para períodos fijos de cuatro años, no sometidos a las reglas de carrera administrativa. Continúa siendo un organismo sin personería jurídica, lo que representa la vulnerabilidad a las órdenes políticas y administrativas, tanto del

⁴⁹³ Diario Oficial No. 40.704, del 31 de diciembre de 1992; y posteriormente derogado por el Decreto 219 de 2000.

⁴⁹⁴ El Artículo 58 y el artículo 59 que establecía las funciones y facultades fue derogado por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994.

⁴⁹⁵ Publicado en el Diario Oficial No. 41.453.

⁴⁹⁶ Decreto No. 3571 de septiembre 27 de 2011, publicado en el Diario Oficial No. 48.205 de 27 de septiembre de 2011 y el Decreto No. 2728 de 27 de diciembre de 27 de 2012, publicado en el Diario Oficial 48.657 de diciembre 28 de 2012.

⁴⁹⁷ “De conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 2° de la Ley 373 de 1997 y con el fin de garantizar la coordinación entre las funciones del Ministerio del Medio Ambiente y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en lo concerniente a los objetivos del programa de uso eficiente y ahorro del agua, se modificó la estructura de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, incluyendo como uno de sus integrantes al Ministro de Medio Ambiente.” Primer considerando del Decreto No. 2728 de 27 de diciembre de 27 de 2012.

Presidente de la República como de los ministros que la integran.

2.2.1.4. Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)

Inicialmente, y de la misma manera como se hizo con la CRA, el Presidente delegó las facultades de regulación del sector de energía y gas en una Comisión de Regulación por medio del Decreto No. 2119 de 29 de diciembre de 1992,⁴⁹⁸ que crea la hoy extinta, Comisión de Regulación Energética –CRE- como una Unidad Administrativa Especial, sin personería jurídica, cuyo objetivo principal era la regulación del sector de energía eléctrica y gas. Inicialmente la CRE estaba confinada a la estructura del Ministerio de Minas y Energía, estando conformada por seis miembros: dos ministros, el director del DNP, y tres expertos comisionados.

Sin embargo, el advenimiento de las Leyes 142 y 143 de 1994, modificaron la CRE en la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía por medio del Decreto 1524 de 1994⁴⁹⁹ que el Presidente delegó nuevamente las funciones de regulación contenidas en la Constitución y la Ley 142 de 1994. Un año después, mediante la expedición del Decreto No. 10 de 1995, en su artículo 13, se aumentó el número de comisionados expertos a cinco, para un periodo de cuatro años, lo que brindó mayor autonomía técnica a la comisión. Ulteriormente el Decreto No. 2474 de 1999, cambió respecto de la Ley 143 de 1994 y el Decreto No. 10 de 1995, la expresión: “Por cinco (5) expertos en asuntos energéticos de dedicación exclusiva”, a “Por cinco (5) expertos de dedicación exclusiva”.

2.2.1.5. Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)

El Decreto No. 2122 de 29 de diciembre de 1992⁵⁰⁰ en su artículo 2^o⁵⁰¹ creó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –CRT-, como una Unidad Administrativa Especial, sin personería jurídica⁵⁰², al interior de la estructura

⁴⁹⁸ Publicado en el Diario Oficial No. 40.704, del 31 de diciembre de 1992, posteriormente derogado por artículo 17 del Decreto 1141 de 1999.

⁴⁹⁹ Publicado en el Diario Oficial No. 41.453.

⁵⁰⁰ Derogado por el Decreto 1130 de 1999.

⁵⁰¹ artículo derogado expresamente por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994.

⁵⁰² El párrafo del artículo 2º del Decreto No. 2122 de 1992, señalaba: “Esta Unidad Administrativa especial no tendrá personería jurídica y será parte de la estructura administrativa del Ministerio de Comunicaciones”.

administrativa del Ministerio de Comunicaciones, integrada por el Ministro de Comunicaciones, el cual la presidía; dos funcionarios públicos en calidad de representantes del Presidente de la República; tres expertos de dedicación exclusiva, designados por este para períodos de dos años, lo cual evidencia que inicialmente el Jefe de Estado como suprema autoridad administrativa tenía control absoluto sobre las decisiones de la CRT, puesto que uno de sus ministros la presidía, junto a dos funcionarios que representaban al Presidente, aunado a ello, los comisionados eran designados por el primer mandatario de la Nación.

Posteriormente, la Ley 142 de 1991 crea por medio del artículo 69, numeral 3, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, como una Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Comunicaciones, Luego el artículo 37.16 del Decreto No. 1130 de 29 de junio de 1999,⁵⁰³ reordenó las funciones de la CRT, incluidas las señaladas en la Ley 142 de 1994 y el Decreto No. 2167 de 1992, además de aquellas atribuidas al Ministerio de Comunicaciones por normas anteriores y que por su naturaleza correspondían a la Comisión. Finalizando el segundo lustro del siglo XXI, el legislador reforma la CRT y la convierte en la hoy conocida Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC- (artículo 19 de la Ley 1341 de 2009)⁵⁰⁴, la cual sigue siendo una Unidad Administrativa Especial, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TICS-, empero con independencia administrativa, técnica y patrimonial, ya pregonada por la Ley 142 de 1994.

La Ley 1341 de 30 de julio de 2009 cambió la composición de la CRC de la siguiente manera: el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones la presidirá, el Director del Departamento Nacional de Planeación, y tres comisionados de dedicación exclusiva, para períodos de tres años, no sujetos a disposiciones que regulan la carrera administrativa., siendo designados por el Presidente de la República sin la intervención de ninguna otra autoridad. Es decir, eliminó la figura de los designados presidenciales, añadió al Director de Planeación Nacional, y finalmente

⁵⁰³ Publicado en el Diario Oficial No 43.625, del 29 de junio de 1999.

⁵⁰⁴ Publicado en Diario Oficial No 47.426 de julio 30 de 2009.

aumentó de dos a tres años el periodo de los comisionados, de los cuales el número se mantuvo en tres.

2.2.1.6. Comisión de Regulación en Salud (CRES)

La Comisión de Regulación en Salud –CRES- es la única Comisión de Regulación que ha sido dotada de personería jurídica desde sus inicios, aunque consideramos que por no estar incluida dentro de los prescrito en los artículos 68 y 69 de la Ley 142 de 1994, lo cual no significa su autonomía administrativa y técnica. La CRES fue creada por la Ley 1122 de 9 de enero de 2007, como una Unidad Administrativa Especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social –hoy Ministerio de Salud–, en reemplazo del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que era el órgano de dirección del sistema general de seguridad social en salud.

La CRES estaba conformada por el Ministro de la Protección Social la presidía; el Ministro de Hacienda y Crédito Público; y cinco Comisionados expertos designados por el Presidente de la República, de ternas enviadas por diferentes entidades tales como: Asociación Colombiana de Universidades, Centros de Investigación en Salud, Centros de Investigación en Economía de la Salud, Asociaciones de Profesionales de la Salud y Asociaciones de Usuarios debidamente organizados. Obsérvese entonces que la CRES fue concebida como una entidad pluralista y participativa, sobre la cual el Presidente no tenía amplios poderes de nombramiento, pues su decisión estaba sujeta a las ternas enviadas por cada uno de los sectores académicos y profesionales de la salud en Colombia.

Luego de un lustro de existencia, la CRES fue suprimida el Decreto No. 2560 de 10 de diciembre de 2012, y sus funciones consignadas al Ministerio de Salud y Protección Social. Dicha actuación por parte del Gobierno nacional se dio utilizando las facultades establecidas en el numeral 15 del artículo 189 constitucional, y en el numeral 3 del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, a su vez que apoyado en un informe de gestión administrativa, el cual recomendaba la supresión y liquidación de la CRES

y el traslado de sus funciones misionales al Ministerio de Salud⁵⁰⁵.

Por otro lado, en 2004 el Congreso de la República expide el Acto Legislativo No. 2 de 27 de diciembre de ese año, por medio del cual autoriza la reelección presidencial (artículo 2º), y que constituyó una amenaza a la autonomía de las Comisiones de Regulación, toda vez que, el periodo de los comisionados es escalonado, es decir, su vencimiento está sujeto a un simple pero efectivo sistema que evita que un mismo Presidente nombre a más de la mitad de los comisionados. Sin embargo, con el advenimiento de la reforma constitucional, el sistema se quiebra y el Presidente puede nombrar un número superior de comisionados, teniendo una mayoría dentro de la entidad reguladora por medio de su cooptación (artículo 69 de la Ley 142).

De otra parte, una interesante discusión sobre la categoría de los actos regulatorios de las Comisiones de Regulación se ha dado en Colombia, Atehortúa Ríos apunta sobre el particular *in extenso*:

“Queda claro entonces, cómo los actos que expiden las Comisiones de Regulación por delegación que en ellas hace el Presidente pueden ser de contenido general o de contenido particular y concreto, la duda sobre la naturaleza jurídica de estos actos recae fundamentalmente sobre los actos generales que en nada se diferencian de los denominados actos regla y que sirven de fundamento para que los agentes del sector desarrollen el ejercicio de sus deberes y derechos (...) En relación con los actos de contenido particular ha sido objeto de discusión jurídica el alcance de las decisiones de las Comisiones de Regulación, cuando estas no están asociadas al ejercicio de funciones propias de la administración, sino cuando son asimilables a actos de naturaleza jurisdiccional, pues lo que buscan es la declaratoria de la existencia de un derecho que se encuentra en litigio o en discusión; pues bien, el tema se hace claro en el sector de energía eléctrica y gas en el que la Comisión de Regulación ejerce una función arbitral de naturaleza jurisdiccional, pero no es tan claro en relación con otros servicios públicos, en donde la competencia para dirimir los conflictos se limita a la

⁵⁰⁵ Ley 1444 de 4 de mayo de 2011, publicado en el Diario Oficial 48.059 de mayo 4 de 2011.

instancia administrativa”⁵⁰⁶.

Concluyendo que los actos administrativos de carácter general expedidos por las Comisiones de Regulación de conformidad con el artículo 68 de la Ley 142 son como si fueran del delegante, esto es, como si fueran decretos del Presidente en materia de intervención del Estado en la economía, luego su naturaleza será esa, y no la de un decreto reglamentario ordinario a los que hace alusión el artículo 189.11 de la Constitución⁵⁰⁷.

3. Las Superintendencias y el poder regulador: concentración o difusión.

En Colombia las funciones de vigilancia y control, en particular las de garantía de la competencia, no están en las Comisiones de Regulación sino de las Superintendencias, lo cual por haría pensar que existe difusión del poder de regulación y garantía de la competencia, frente a la potestad de intervención en la economía. Las Superintendencias son entidades de derecho público y hacen parte de la rama ejecutiva del orden nacional, con autonomía financiera y administrativa, sin personería jurídica, cuya función es la inspección y vigilancia atribuidas por ley y mediante la delegación del Presidente de la República (artículo 66 de la Ley 489 de 1998). Están regentadas por un funcionario denominado superintendente, el cual es un empleado público de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente de la República⁵⁰⁸.

Las superintendencias pueden estar ubicadas dentro del sector central cuando carecen de personería jurídica, o por el contrario pertenecer al sector descentralizado por servicios cuando y ser acreedoras de personalidad jurídica según lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 489 de 1998⁵⁰⁹. Respecto de la primeras, Ramírez y Sánchez han reseñado que: “son organismos adscritos a un Ministerio, que ejercen algunas de

⁵⁰⁶ ATEHORTÚA RÍOS 2007: p. 34.

⁵⁰⁷ ATEHORTÚA RÍOS 2007: p. 35.

⁵⁰⁸ YOUNES MORENO 2014: p. 342.

⁵⁰⁹ El artículo 38 de la Ley 489 de 1998, ordena la integración de la rama ejecutiva nacional, tanto del sector central como del sector descentralizado, y en los dos sectores se encuentran ubicadas las Superintendencias, dependiendo del disfrute o no de personalidad jurídica.

las funciones que pertenecen al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, especialmente las de Control, Inspección y Vigilancia de la prestación de un servicio público o del ejercicio de una actividad y las demás que la Ley les confiere”.⁵¹⁰ Añaden los autores citados que al no poseer personería jurídica “carecen de autonomía plena administrativamente hablando, lo que implica entre otras cosas que son representadas por el Ministro Titular de la Cartera y no por el Superintendente que la coordina”⁵¹¹.

3.1. Superintendencia del Subsidio Familiar

Fue creada mediante Ley 25 de 1981 como una Unidad Administrativa Especial, con personería jurídica y patrimonio autónomo, adscrita al entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.⁵¹² Está encargada de vigilar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales relacionadas con la organización y funcionamiento de las Cajas de Compensación Familiar y las demás entidades recaudadoras y pagadoras del subsidio familiar. Además de reconocer, suspender o cancelar la personería jurídica de las entidades sometidas a su vigilancia⁵¹³; vela por el cumplimiento de las normas relacionadas con la eficiencia y control de gestión de las Cajas de Compensación Familiar o entidades que constituyan o administren o participen como accionistas; cuida del adecuado financiamiento y aplicación de los recursos que administran las Cajas conforme las diferentes operaciones que se les autoriza a realizar en forma directa o a través de terceros; y observa que no se presente evasión y elusión de los aportes por parte de los afiliados al Sistema de Cajas de Compensación, entre otras⁵¹⁴.

3.2. Superintendencia de Puertos y Transportes

La primera Superintendencia de Puertos fue creada por la Ley 1ª de 1991–SGP-, con el objeto de asumir las funciones dejadas por la liquidada Empresa Puertos de

⁵¹⁰ RAMÍREZ PLAZAS Y SÁNCHEZ PLAZAS 2012: p. 185.

⁵¹¹ RAMÍREZ PLAZAS Y SÁNCHEZ PLAZAS 2012: p. 185.

⁵¹² Sobre la fusión de este Ministerio con el Ministerio de Salud, véase la Ley 790 de 2002, y respecto de su posterior escisión la Ley 1444 de 2011.

⁵¹³ Ley 21 de 22 de enero de 1982, publicada en el Diario Oficial 35.939 del 5 de febrero de 1982.

⁵¹⁴ Ley 25 de 24 de febrero de 1981, publicada en Diario Oficial No. 39.143 de 15 de enero de 1990 y Ley 789 de 2002, “por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”, publicada en el Diario Oficial No 45.046 de 27 de diciembre de 2002.

Colombia –COLPUERTOS-, la cual a principios de la década de 1990 dejó entrever su ineficiencia y el asomo a una crisis administrativa y financiera que obligó al Gobierno a cambiar el modelo de administración de servicios de puerto⁵¹⁵, pasando de público a privado⁵¹⁶. La SGP fue definida como un organismo administrativo, de carácter técnico, adscrito al desaparecido Ministerio de Obras Públicas y Transporte,⁵¹⁷ caracterizada por su autonomía administrativa y financiera⁵¹⁸.

La Superintendencia General de Puertos fue posteriormente reestructurada por los Decretos No. 101 de 2000 y No. 2741 de 2001 a partir de la cual se le denominó Superintendencia de Puertos y Transporte y se le atribuyó las funciones de inspección y vigilancia de los diversos actores del sector transporte, conforme lo consagra el Decreto No. 101 de 2000 modificado por los artículos 2 y 4 del Decreto No. 2741 de 2001⁵¹⁹. La nueva Superintendencia con fundamento en la delegación Presidencial, tenía como objeto y funciones: Inspeccionar, vigilar y controlar la aplicación y el cumplimiento de las normas que rigen el sistema de tránsito y transporte; la permanente, eficiente y segura prestación del servicio de transporte; los contratos de concesión destinados a la construcción, rehabilitación, operación, explotación y/o mantenimiento de la infraestructura de transporte y la aplicación de las normas para el desarrollo de la gestión de infraestructura propia del sector; sancionar por violación a las normas nacionales e internacionales que regulen los modos de transporte, en lo referente a la adecuada prestación del servicio y preservación de la infraestructura; expedir la autorización, registro o licencia de funcionamiento de los operadores portuarios y demás intermediarios de la actividad portuaria, de conformidad con la ley y con la regulación sobre la materia, entre otras⁵²⁰.

⁵¹⁵ DELGADO MORENO Y MARTÍNEZ SANDER 2012.

⁵¹⁶ VILORADE LA HOZ 2000: p. 6.

⁵¹⁷ Decreto 2171 de 30 de diciembre de 1992, publicado en el Diario Oficial No. 40.704 de 31 de diciembre de 1992. El Ministerio de Obras Públicas y Transporte pasó a llamarse Ministerio de Transporte.

⁵¹⁸ Decreto 2681 de 29 de noviembre de 1991, publicado en el Diario Oficial No. 40.194 de 2 de diciembre de 1991.

⁵¹⁹ SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTES. Concepto. Oficio Radicado No. 2011-3000289701.

⁵²⁰ Decreto No. 1016 de 6 de junio de 2000. Publicado en el Diario Oficial No. 44.034 del 6 de junio de 2000.

3.3. Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada⁵²¹

Creada por la Ley 62 de 12 de agosto de 1993⁵²², como un organismo del orden nacional, de carácter técnico, con autonomía administrativa y financiera adscrita al Ministerio de Defensa.⁵²³ Su estructura y funciones fueron modificadas por los Decretos 2355 y 2356 de 2006. Sus principales funciones son asesorar al Gobierno Nacional en la formulación de la Política en materia de Vigilancia y Seguridad Privada; vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales que la regulan; autorizar y reglamentar el establecimiento, modalidades y las operaciones que se realicen con las empresas e industrias que presten los servicios de vigilancia privada; velar porque dichos servicios se presten de conformidad con el respeto a los derechos fundamentales, consagradas en la Constitución Política; ordenar de oficio o a petición de parte, que se suspendan las prácticas que tiendan a establecer competencia desleal, imponiendo las sanciones que con arreglo a sus atribuciones le correspondan sin perjuicios de las demás a que haya lugar; autorizar, registrar y ejercer la supervisión y control sobre todos los equipos y elementos utilizados por los vigilados para el desarrollo de sus labores de vigilancia y seguridad privada; imponer medidas cautelares tanto a las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de los vigilados sin contar con la debida autorización, como a los vigilados que incurran en irregularidades; aplicar a los vigilados, que incurran en causal de sanción, cuando lo considere pertinente y previo el procedimiento establecido, entre otras.

3.4. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Fue creada por la Ley 142 de 1994, como ente de vigilancia y control de las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios. Es un organismo de carácter técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial, inicialmente adscrita

⁵²¹ Se entiende por vigilancia y seguridad privada: “(...) por vigilancia y seguridad privada toda actividad que desarrollen las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, en beneficio propio o de terceros, tendiente a prevenir o detener perturbaciones a la seguridad y tranquilidad individual y a la vigencia de un orden justo, en lo relacionado con la vida, la honra y los bienes propios o de terceros”. Decreto No. 2453 de 7 de diciembre de 1993. Publicado en el Diario Oficial No. 41.128. Diciembre 7 de 1993.

⁵²² Diario Oficial No. 40.987 de agosto 12 de 1993.

⁵²³ Artículo 1º del Decreto No. 2453 de 7 de diciembre de 1993. Publicado en el Diario Oficial No. 41.128. Diciembre 7 de 1993.

al Ministerio de Desarrollo Económico. El Decreto No. 1165 de 29 de junio de 1999⁵²⁴, intentó aumentar el control del Gobierno sobre la Superservicios, retirándole la personería jurídica y adscribiéndola al Departamento Nacional de Planeación – DNP-. Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana declaró la inexecutable de la norma debido a que esta fue expedida en uso de las facultades extraordinarias contenidas en el artículo 120 de la Ley 489 de 1998, artículo declarado inconstitucional por la misma corporación en Sentencia C-702 de 1999⁵²⁵.

La Superservicios cumple las siguientes funciones: vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; sancionar sus violaciones, siempre y cuando no sea competencia de otra autoridad; controlar de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, apoyando las labores que en este mismo sentido desarrollan los comités municipales de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios y sancionando sus violaciones; establecer los sistemas uniformes de información y contabilidad que deben aplicar quienes presten servicios públicos, según la naturaleza del servicio y el monto de sus activos, con sujeción a los principios de contabilidad generalmente aceptados; definir por vía general las tarifas de las contribuciones a las que se refiere el artículo 85 de esta Ley; liquidar y cobrar a cada contribuyente lo que le corresponda además podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta⁵²⁶.

3.5. Superintendencia de Sociedades

La Superintendencia de Sociedades es una de las más antiguas, por medio de la Ley 58 de 5 de mayo de 1931⁵²⁷, se creó una Sección Comercial encargada de la ejecución de las Leyes y Decretos que tuvieran relación con las Sociedades Anónimas, era

⁵²⁴ Diario Oficial 43.623 del 29 de junio de 1999.

⁵²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Septiembre 20 de mil novecientos noventa y nueve (1999). M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz.

⁵²⁶ Ley 142 de 1994, artículos 79, 80 y 81.

⁵²⁷ Diario Oficial No. 21.684, del 8 de mayo de 1931.

absolutamente dependiente del Gobierno. El Jefe de dicha Sección se denominaba “Superintendente de Sociedades Anónimas” y tenía la vigilancia de todas las sociedades mencionadas con excepción de los establecimientos bancarios; el superintendente era nombrado por el presidente directamente por un periodo de cuatro años. Además, tenía otras funciones como las de decretar la disolución y liquidación de una Sociedad Anónima; llevar un registro especial de los balances de cada sociedad y autorizar la venta de acciones de las mismas.

Posteriormente, el Decreto No. 410 de 27 de marzo 1971⁵²⁸, la Ley 44 de 6 de mayo de 1981⁵²⁹, modificaron sus funciones, empero fue la Ley 222 de 1995, la cual reconoció la delegación presidencial de las funciones de inspección y vigilancia de las sociedades comerciales, y estableció con específica diferencia las funciones de vigilancia y control de la Superintendencia (arts. 83 a 86).

3.6. Superintendencia de Industria y Comercio

Es creada por el Gobierno a través del Decreto No. 1653 de 15 de julio de 1960, con base en las facultades otorgadas por la Ley 19 de 25 de noviembre de 1958. En aquel momento se le denominó Superintendencia de Regulación Económica como organismo de la Rama Ejecutiva del poder público, encargado de estudiar y aprobar las tarifas y reglamentos de los servicios públicos domiciliarios, así como las tarifas de los espectáculos públicos, cines y hoteles⁵³⁰. La Ley 155 de 24 de diciembre de 1959 añadió funciones de vigilancia y control de las prácticas restrictivas de la competencia⁵³¹.

Posteriormente, se reestructuró y se le renombró como Superintendencia Nacional de Precios adscrita al Ministerio de Fomento⁵³², finalmente se creó la Superintendencia de Industria y Comercio⁵³³, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico en

⁵²⁸ Diario Oficial No. 33.339, del 16 junio de 1971.

⁵²⁹ Diario Oficial No. 35.776, de 8 de junio de 1981.

⁵³⁰ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Historia. [En línea] [17/08/2015] Disponible en: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/Conozcanos/Filosofia/Filosofia/Historia.pdf.

⁵³¹ Diario Oficial No. 30.138 de enero 22 de 1960.

⁵³² Decreto No. 2562 de 07 de octubre de 1968, publicado en el Diario Oficial No. 36.281 de 31 de octubre de 1968.

⁵³³ Decreto No. 2974 de 3 de diciembre de 1968, publicado en el Diario Oficial No. 32.678 de 23 de diciembre de 1968.

1976⁵³⁴. La SIC fue reestructurada entrada la década de 1990 por medio del Decreto No. 2153 de 30 de diciembre de 1992⁵³⁵, a su vez modificado por el Decreto No. 3523 de 2009⁵³⁶ y por el Decreto No. 4886 de 2011⁵³⁷, entre otras⁵³⁸. Actualmente, se encuentra adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Comercio.

Las funciones de la SIC se dividen en las de Propiedad Industrial y denominaciones de origen -Decreto No. 3081 de 2005⁵³⁹-, Protección al Consumidor –Ley 1480 de 2011⁵⁴⁰-, Protección de la Competencia –Ley 1340 de 2009⁵⁴¹-, además de la vigilancia a las Cámaras de Comercio –Decreto No. 410 de 1971⁵⁴²- y la Protección de datos personales –Leyes 1266 de 2008⁵⁴³ y 1581 de 2012⁵⁴⁴-. También de esas funciones administrativas la SIC fue dotada de poderes jurisdiccionales respecto de los siguientes asuntos: violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor; violación a las normas relativas a la competencia desleal; los procesos de infracción de derechos de propiedad industrial –art. 24 de la Ley 1564 de 2012⁵⁴⁵-.

3.7. Superintendencia Financiera

Es la primera y más antigua superintendencia creada en Colombia, data de 1923, por medio de la Ley 45 de ese año que crea la “Sección Bancaria” dependiente del Gobierno Nacional, regentada por el Superintendente Bancario, y encargada de la ejecución de las leyes que se relacionaran con los bancos comercial, hipotecario, el Banco de la República, y demás entidades bancarias. El Superintendente Bancario

⁵³⁴ Decreto No. 149 de 27 de enero de 1976, publicado en el Diario oficial No 34.570, de 11 de junio de 1976.

⁵³⁵ Diario Oficial No. 40.704 de 31 de diciembre de 1992.

⁵³⁶ Diario Oficial No. 47.473 de 15 de septiembre de 2009.

⁵³⁷ Diario Oficial No. 48.294 de 26 de diciembre de 2011.

⁵³⁸ También fue modificado por el Decreto No. 4176 de 2011, publicado en el Diario Oficial No. 48.242 de 3 de noviembre de 2011, “Por el cual se reasignan unas funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- y a la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC-, y se dictan otras disposiciones”; a su vez, modificado por el Decreto No. 4175 de 2011, publicado en el Diario Oficial No. 48.242 de 3 de noviembre de 2011, “Por el cual se escinden unas funciones de la Superintendencia de Industria, y Comercio –SIC-, se crea el Instituto Nacional de Metrología y se establece su objetivo y estructura”.

⁵³⁹ Diario Oficial No. 46.023 de 06 de septiembre de 2005.

⁵⁴⁰ Diario Oficial No. 48.220 de 12 de octubre de 2011.

⁵⁴¹ Diario Oficial 47420 de julio 24 de 2009.

⁵⁴² Diario Oficial 33.339 de junio 16 de 1971.

⁵⁴³ Diario Oficial No. 47.219 de 31 de diciembre de 2008.

⁵⁴⁴ Diario Oficial 48587 del 18 de octubre de 2012.

⁵⁴⁵ Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

era nombrado y removido directamente por el Presidente de la República, su periodo era de seis años, sin garantía de permanencia en el cargo. A la par de la Superintendencia Bancaria, en la regulación se encontraba la Superintendencia de Valores, las cuales fueron fusionadas por el Decreto No. 4327 de 25 de noviembre de 2005⁵⁴⁶. de conformidad con lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley 964 de 2005⁵⁴⁷.

En virtud de las normas citadas fue creada la Superintendencia Financiera de Colombia –SFC-, como un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y patrimonio propio. Ejerce las funciones establecidas en el Decreto No. 2739 de 1991⁵⁴⁸, el Decreto No. 663 de 1993⁵⁴⁹, la Ley 964 de 2005,⁵⁵⁰ y las demás que señalen las normas vigentes, así como las que le delegue el Presidente de la República⁵⁵¹.

3.8. Superintendencia de Notariado y Registro

La Superintendencia de Notariado y Registro –SNR- es creada a finales de la década de 1950, por medio del Decreto No. 3346 de 28 de diciembre de 1959, soportado en las facultades extraordinarias consagradas en la Ley 19 de 1958. Esta superintendencia nació como una dependencia del Ministerio de Justicia, desprovista de personalidad jurídica, y aunque el Presidente de la República nombraba directamente al Superintendente, el Consejo o Junta Directiva⁵⁵² era pluralista y estaba constituido por el Ministro de Justicia o su delegado, un representante de los Notarios, un representante de los Registradores y un representante del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi"⁵⁵³.

En el año de 1962, se expidió la Ley 1ª, en la que se erigió la Superintendencia de

⁵⁴⁶ Diario Oficial No. 46.104 de 26 de noviembre de 2005.

⁵⁴⁷ Diario Oficial No. 45.963 del 8 julio de 2005.

⁵⁴⁸ Diario Oficial No. 40.212 del 10 de diciembre de 1991.

⁵⁴⁹ Diario Oficial No. 40.820 de fecha abril 5 de 1993.

⁵⁵⁰ Diario Oficial No. 45.963 de julio 08 de 2005.

⁵⁵¹ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA 2015

⁵⁵² La Junta Directiva fue suprimida por el artículo 5 del Decreto 2165 de 1970.

⁵⁵³ Por medio del Decreto No. 1298 de 21 de mayo de 1962, se aprobaron los estatutos de la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro. Publicada en el Diario Oficial No. 30.820 del 5 de junio de 1962.

Notariado y Registro como persona Administrativa⁵⁵⁴. Posteriormente se convirtió en una Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Justicia⁵⁵⁵. Pero fue el Decreto No. 2158 de 30 de diciembre de 1992⁵⁵⁶, el que le otorga personería jurídica y patrimonio autónomo. La SNR ejerce las funciones que le señalan los decretos Leyes 950, 1250, 1260, 1347, 2156, 2158, 2163 y 2165 de 1970, la Ley 26 de 1973 y demás disposiciones legales que las adicionan o reforman.

El Decreto Ley No. 775 de 2005, entregaba a las superintendencias la administración del sistema específico de carrera, bajo la vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad rectora del sistema de carrera administrativa. Empero la Corte Constitucional colombiana determinó la inconstitucionalidad de la medida bajo los siguientes argumentos:

“En conclusión, (i) el legislador viola la competencia asignada en la Constitución Política a la Comisión Nacional del Servicio Civil (arts. 125 y 130, CP) al establecer que cada Superintendencia administrará el sistema específico de carrera de su entidad, y no la Comisión Nacional del Servicio Civil. Esta violación es especialmente grave si la decisión no fue adoptada por el Congreso de la República sino el Ejecutivo, en su calidad de legislador extraordinario. (ii) Son inconstitucionales por consecuencia, aquellas funciones otorgadas a las Superintendencias cuando evidente y necesariamente, tal decisión normativa supone que las Superintendencias tienen la competencia para administrar el sistema de concurso específico de su respectiva entidad y no la Comisión Nacional del Servicio Civil, como lo establece la Constitución Política de Colombia de 1991, según jurisprudencia constitucional consolidada”⁵⁵⁷.

Además, la sentencia citada además reconoce la independencia y autonomía de la Comisión Nacional del Servicio Civil, bajo la siguiente óptica:

⁵⁵⁴ SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO 2015.

⁵⁵⁵ Decreto No. 3172 de 26 de diciembre de 1968, publicado en el Diario Oficial No. 32.697, del 29 de enero de 1969. Este a su vez fue modificado por el Decreto No. 1347 de 4 de agosto de 1970, publicado en el Diario Oficial No. 33.128, del 20 de agosto de 1970.

⁵⁵⁶ Diario Oficial No. 40.703 de 31 de diciembre de 1992.

⁵⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-471 del veintitrés (23) de julio de dos mil trece (2013). M.P.: Dra. María Victoria Calle Correa.

“El Constituyente de 1991 creó la Comisión Nacional del Servicio Civil, como un órgano autónomo e independiente y le encargó, como regla general, la función específica de administrar y vigilar los regímenes de carrera. Se buscó con ello que fuera ajeno a las influencias de otras instancias del poder público, para asegurar que el sistema de concurso de méritos para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, para el ascenso dentro de los mismos y para el retiro del servicio, se lleve a cabo de manera transparente, idónea e imparcial, conforme con los postulados constitucionales y legales que regulan la materia. El propósito constitucional, por lo tanto, es asegurar que los procesos de selección de personal se adelanten sin presiones de ninguna clase y lejos de los intereses políticos o burocráticos”⁵⁵⁸.

Una característica común de las Superintendencias es que son sujetos del poder sancionatorio, es decir, además de ejercer la vigilancia y control de los servicios públicos, o de los mercados regulados, pueden imponer multas y sanciones de distinto grado. Aunado a esto, la Superintendencia de Servicios Públicos asiste a las Comisiones de Regulación, y tiene voz pero no voto dentro de las mismas. Respecto de su régimen presupuestal, tanto las Comisiones como la Superintendencia están sometidas a las normas orgánicas del presupuesto general de la Nación –Decreto 111 de 15 de enero de 1996⁵⁵⁹-, y a los límites anuales de crecimiento de sus gastos que señale el Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES-.

4. El Banco de la República

4.1. Antecedentes

La Creación del Banco Nacional data de junio de 1880, como una entidad de carácter oficial, que ejercía funciones de banca gubernamental y emisor de moneda legal ⁵⁶⁰. Fue liquidado 14 años después de su creación⁵⁶¹ por infligir normas sobre la

⁵⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-471 del veintitrés (23) de julio de dos mil trece (2013). M.P.: Dra. María Victoria Calle Correa.

⁵⁵⁹ Diario Oficial No. 42.692 del 18 de enero de 1996.

⁵⁶⁰ RAMÍREZ PLAZAS Y SÁNCHEZ PLAZAS 2012: p. 333.

⁵⁶¹ Por medio de la Ley 21 de 1894.

emisión⁵⁶². En 1905, se crea nuevamente el banco estatal, esta vez denominado Banco Central de Colombia, el cual al igual que su antecesor duró poco, esta vez menos de un lustro, las razones de su desaparición fueron las mismas que la de su homólogo de 1880⁵⁶³. Como consecuencia de la separación del otrora departamento de Panamá el Gobierno Norteamericano se obliga a pagar la suma de 25 millones de dólares, de este monto se utilizaron USD \$ 5 millones para la creación y para poner en funcionamiento el Banco de la República, el cual fue inicialmente un banco mixto, con 50% de aportes públicos y el restante en aportes de la banca privada, tanto nacional como extranjera⁵⁶⁴.

Empero problemas graves surgieron al momento de cerrarse los varios Bancos Centrales que existieron en la Colombia republicana, entre ellos la emisión de billetes como arbitrio fiscal, amparada en normas tales como la Ley 16 de 1880, que reconocían como derecho exclusivo del Banco Nacional la emisión de billetes, aunque también autorizaba al gobierno para permitir la emisión de moneda legal por parte de los bancos privados⁵⁶⁵. En 1903, se extendió la primera prohibición para la emisión de papel moneda como un recurso fiscal, tanto el Decreto Ley 217 como la Ley 33 del mismo año⁵⁶⁶.

Hasta entrado el año de 1903, tanto el Gobierno como los Bancos Privados tenían la posibilidad de emitir moneda, o también llamado por la doctrina especializada la “emisión de papel moneda de curso forzoso”. Sin embargo, el Acto Legislativo No. 3 de 1910, prohibió dicha práctica tanto como facultad del Gobierno como del mismo Congreso de la República⁵⁶⁷. En 1913, el gobierno del entonces presidente Carlos E. Restrepo, contrata al Banco francés Louis Dreyfus, para la creación del Banco de la República de Colombia, aunque esta misión no se completó⁵⁶⁸.

⁵⁶² BANCO DE LA REPÚBLICA [s.f.].

⁵⁶³ RAMÍREZ PLAZAS Y SÁNCHEZ PLAZAS 2012: p. 333.

⁵⁶⁴ BANCO DE LA REPÚBLICA [s.f.].

⁵⁶⁵ IBAÑEZ NAJAR 2001: p. 29.

⁵⁶⁶ IBAÑEZ NAJAR 2001: p. 28-44.

⁵⁶⁷ IBAÑEZ NAJAR 2001: p. 4-5.

⁵⁶⁸ IBAÑEZ NAJAR 1990: p. 164.

4.2. Creación

En el gobierno del entonces Presidente Pedro Nel Ospina, se contrata una Misión de expertos norteamericanos dirigida por el profesor Estadounidense Edwin Walter Kemmerer, la cual arribó a Bogotá el 10 de marzo de 1923⁵⁶⁹. La Misión norteamericana en tan solo dos meses propuso al Gobierno la creación de un Banco Central similar al norteamericano. Tal propuesta se materializó luego de expedidas las Leyes 30 y 117 de 1922, las cuales entre otras cosas, autorizaban al gobierno para crear un Banco de emisión⁵⁷⁰. El 4 julio de 1923, el Congreso colombiano expide la Ley 25, en gran parte redactada por la Misión Kemmerer, y sancionada por el Presidente Ospina el 11 de julio de ese año, la cual preveía la inauguración del Banco en enero del año siguiente, sin embargo, por el pánico económico generado por una posible crisis del Banco López, el Banco de la República abre sus puertas, con anterioridad a la fecha prevista, el 23 de julio de 1923⁵⁷¹.

Entre 1923 y 1951, el Banco fue una sociedad “sui generis”, constituida con capital mixto, entre público y privado, cuya naturaleza era privada⁵⁷². Finalmente, luego de varios intentos fallidos, el Congreso por medio de la Ley 7ª de 1973 y los Decreto Nos. 2671 y 2618 del mismo año, nacionalizó el Banco y a su vez la convirtió en una entidad de Derecho Público. En 1963, el Congreso de la República dividió el sistema bancario central en dos, por una parte, la creación de la Junta Monetaria, encargada de dictar las políticas monetarias, cambiarias y de crédito, y de otra el Banco de la República, el cual además de las funciones de banco emisor, ejecutaba la política monetaria, cambiaria y crediticia dictada por la Junta⁵⁷³. Esta última fue creada en virtud de la Ley 21 de 1963, y el Decreto Ley No. 2206 de 1963 que señaló su estructura y competencias.

El Acto Legislativo No. 1 de 1979, le devolvió la independencia al Banco de la República, al limitar el poder de intervención que poseía el presidente sobre este.

⁵⁶⁹ Autorizada por la Ley 60 de 1922.

⁵⁷⁰ MEISEL ROCA 1990: p. 254-265.

⁵⁷¹ MEISEL ROCA 1990: p. 254-265.

⁵⁷² IBÁÑEZ NAJAR 1990: p. 568 y 589.

⁵⁷³ IBÁÑEZ NAJAR 1990: p. 509-510.

Dicha reforma fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, por tanto, el mismo Gobierno por medio del Decreto Autónomo No. 386 de 1982, reafirmo la naturaleza jurídica especial del Banco. En palabras de Ibáñez Najar, el Presidente “reafirmó lo hasta ahora consagrado en el Derecho colombiano sobre el Banco de la República, esto es que, como todos los bancos centrales del mundo, el Banco Emisor no hace parte de la estructura del Gobierno, pues no es un organismo del sector central ni del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Poder Público (...)”⁵⁷⁴, es decir no es asimilable ni a un órgano de gobierno (Ministerio o departamento administrativo), ni a una entidad del sector descentralizado (establecimiento público o superintendencia).

La Junta Monetaria, como expresión de soberanía económica del Estado encontró su disolución a inicios de la última década del siglo XX, “ estuvo vigente casi treinta años, hasta que en Julio de 1991 la Asamblea Constituyente reformó el vigente esquema de banca central, modificando la relación entre el Gobierno y el banco emisor: El cambio institucional independizó las decisiones del Banco de la República del Gobierno Central lo que hizo de esta reforma una de las más importantes desde la creación del Banco de la República”⁵⁷⁵.

El Banco de la República se encuentra consagrado en el artículo 371 de la Constitución Política de Colombia, está organizado como una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, y un fuerte rasgo de independencia, aunado a un régimen legal propio. Se encuentra encargado de ejercer las funciones de banca central, regulador de la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emisor de la moneda legal; administrador de las reservas internacionales; prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y agente fiscal del gobierno, todas, funciones ejercidas en coordinación con la política económica general⁵⁷⁶. Actualmente está dirigido por una Junta Directiva, compuesta por siete miembros, encabezada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, quien la preside, el Gerente del Banco, y cinco miembros designados

⁵⁷⁴ IBAÑEZ NAJAR 1990: p. 605.

⁵⁷⁵ CÁRDENAS PINZÓN 2013: p. 82.

⁵⁷⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ 2012: p. 151.

directamente por el Presidente de la República⁵⁷⁷. La normatividad que le rige es la Ley 31 de 1992, el decreto 2520 de 1993, modificado por los D. 2867 de 2001 y 1458 de 2004.

4.3. El Banco de la República de Colombia una verdadera autoridad administrativa independiente

La Constitución Política de 1991 cambió el paradigma económico que había regido a la nación desde 1886, “los elementos económicos del nuevo pacto social de 1991 fueron un compromiso con el aumento del gasto público social, la privatización de algunas empresas del Estado, una descentralización relativa, mayor libertad económica y un banco central independiente, comprometido con reducir la inflación”⁵⁷⁸. Caso especial es la elección de los miembros de la Junta Directiva del Banco que si bien se ha hecho bajo un sistema simple, pero efectivo, ha logrado evitar que el mandatario de turno se haga con la mayoría decisoria en el máximo órgano de dirección del Banco. Aunque el Presidente nombra cinco miembros permanentes, de dedicación exclusiva por cuatro años, el que le suceda sólo podrá cambiar a dos de ellos, mientras que los restantes continuaran en sus funciones. En cuanto al Gerente general, es elegido por los restantes miembros de la Junta para un período de cuatro años y podrá ser reelegido hasta por dos períodos adicionales⁵⁷⁹.

A diferencia de las AAI norteamericanas, en las cuales el nombramiento de los comisionados expertos es un proceso compuesto (Presidente-Congreso), en Colombia y respecto del Banco Central, la designación presidencial es directa y sin audiencia o aprobación del legislador, lo que permite garantizar la independencia de los miembros del Banco. Como lo señalan Ramírez Plazas y Sánchez Plazas, el constituyente de 1991 tuvo como objetivo principal dotar al Banco de la República de una seria independencia, la cual se vio amenazada en el año 2004, por la reforma constitucional que permitió la reelección presidencial –Acto Legislativo 02/2004-, lo cual cambió el balance del poder, ya que al estar en dos periodos presidenciales, el

⁵⁷⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ 2012: p. 151.

⁵⁷⁸ KALMANOVITZ 2003.

⁵⁷⁹ BANCO DE LA REPÚBLICA [s.f.].

primer mandatario puede hacerse fácilmente con la mayoría de los miembros de la entidad y de esta manera el sistema de *Checks and Balances*, y la independencia del Banco se ve amenazada por la captación del ejecutivo⁵⁸⁰.

5. Las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR)

Las Corporaciones Autónomas Regionales -CAR-, son organismos inspirados en el regionalismo francés, pero ¿son verdaderas AAI? ¿Se pueden encuadrar dentro de los postulados del inciso segundo del artículo 113 superior?, cuestiones fundamentales que desarrollaran en este acápite a fin de dilucidar la verdadera naturaleza jurídica de estos entes públicos y su lugar dentro del Estado en general. La doctrina señala que son Entidades de Régimen especial determinadas así por el texto constitucional y por la Ley 99 de 1993, al concebirlas como establecimientos públicos de protección ambiental, atípicos, dependientes en temas técnicos, y administrativamente autónomos⁵⁸¹.

Inicialmente, bajo la vigencia de la Constitución de 1886, las CAR eran consideradas entidades administrativas de orden nacional, con carácter de establecimientos públicos adscritos o vinculados a las entidades del orden central de la Rama Ejecutiva, y que tenían funciones administrativas y a cargo de la prestación de determinados servicios públicos domiciliarios⁵⁸². Con la expedición de la Carta Política de 1991, la naturaleza jurídica de las CAR no fue definida por el constituyente, como si lo hacía la anterior norma superior, por lo cual el Ministerio de Medio Ambiente se vio en la necesidad de reformar el Sistema Ambiental Nacional –SINA-, y con la aprobación por parte del Congreso de la República de la Ley 99 de 1993, se determinó, vagamente, la naturaleza de las CAR, al preceptuar en su artículo 23º: “Las Corporaciones Autónomas Regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y

⁵⁸⁰ RAMÍREZ PLAZAS Y SÁNCHEZ PLAZAS 2012: p. 337.

⁵⁸¹ RAMÍREZ PLAZAS Y SÁNCHEZ PLAZAS 2012: p. 345.

⁵⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 11 de noviembre de 2009, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-01749-01(0398-08).

financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente.”

Debido a tal indeterminación por parte del legislador, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana acude en un primer momento a definir las CAR como establecimientos públicos, con un objeto específico dado el carácter especial que el mismo Constituyente les otorgó (Art. 150- 7 C.P.), y una finalidad de promover y encauzar el desarrollo económico y social del territorio comprendido bajo su jurisdicción, conforme a los postulados de conservación, defensa y adecuado aprovechamiento de los recursos naturales”⁵⁸³.

Posteriormente, la jurisprudencia de la corporación avanzó en la determinación de la naturaleza jurídica de las CAR, y aclaró que estas entidades no son asimilables a los establecimientos públicos, aunque se reitera su ineludible naturaleza administrativa y su encuadramiento dentro de las entidades públicas del orden nacional. Por lo anterior se expondrá brevemente a título de línea jurisprudencial, los diversos pronunciamientos de la Corte frente a las CAR:

En la sentencia C-593 de 1995 apuntó que:⁵⁸⁴

"Las corporaciones autónomas regionales son entidades administrativas del orden nacional que pueden representar a la Nación dentro del régimen de autonomía que les garantiza el numeral 7o. de la Constitución, y están concebidas por el Constituyente para la atención y el cumplimiento autónomo de muy precisos fines asignados por la Constitución misma o por la ley, sin que estén adscritas ni vinculadas a ningún ministerio o departamento administrativo; además, y en la medida definida por el legislador, respetando su autonomía financiera, patrimonial, administrativa y política, pueden ser agentes del Gobierno Nacional, para cumplir determinadas funciones autónomas en los casos señalados por la ley. Aquellas entidades, son organismos

⁵⁸³ Corte Constitucional. Sentencia C-423 del 29 de septiembre de 1994. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁸⁴ Cita *in extenso*.

administrativos intermedios entre la Nación y las entidades territoriales, y entre la administración central nacional y la descentralizada por servicios y territorialmente, que están encargados, principalmente, aun cuando no exclusivamente, de funciones policivas, de control, de fomento, reglamentarias y ejecutivas relacionadas con la preservación del ambiente y con el aprovechamiento de los recursos naturales renovables, lo cual, y dentro del marco de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 339 de la Carta Política, las autoriza para participar, en los casos señalados en la ley, como agentes del Gobierno Nacional, en los procesos de elaboración y adopción concertada de los planes de desarrollo de las entidades territoriales, y en la armonización de políticas y de normas regulatorias que se dicten por las distintas autoridades competentes, como en el caso del numeral 7o. del artículo 313 de la Carta Política, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas"⁵⁸⁵.

A su vez, en la sentencia C-262 de 1995, en relación con el régimen laboral de algunas personas vinculadas a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, la Corte señaló:

"Como se dejó en claro más arriba, en este asunto existen suficientes razones para fundamentar la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales y para entender que las Corporaciones Autónomas Regionales son entidades que cumplen cometidos públicos de interés del Estado y de la Comunidad, que ejecutan planes, políticas, y proyectos sobre el medio ambiente y los recursos naturales, y que deben dar cumplida y oportuna aplicación a las normas legales y reglamentarias sobre su manejo y aprovechamiento, lo cual puede ser atendido por empleados públicos, según la definición que de su régimen haga la ley"⁵⁸⁶.

En otra providencia afirmó:

“En resumen, a la luz del análisis precedente es posible concluir que las Corporaciones Autónomas Regionales hacen parte de la estructura administrativa del

⁵⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-593 de 1995, M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz.

⁵⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-262 de 1995, M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz.

Estado, como personas jurídicas autónomas con identidad propia, sin que sea posible encuadrarlas como otro organismo superior de la administración central (ministerios, departamentos administrativos, etc.), o descentralizado de este mismo orden, ni como una entidad territorial; es necesario convenir entonces, que resultan ser organismos nacionales claramente distintos y jurídicamente autónomos, con misiones y actividades específicas e inconfundibles, cuya misión es la de lograr el cumplimiento de los objetivos ambientales y sociales previstos en la Constitución que conduzcan a asegurar a todas las personas el derecho a gozar de un ambiente sano (C.P. arts. 2, 8, 79, 80, 366), y a tener a su disposición una oferta permanente de elementos ambientales.

Igualmente la Corte en sentencia C-275 de 1998 reiteró el reconocimiento a las corporaciones de la condición de personas jurídicas públicas del orden nacional, que cumplen cometidos públicos y que gozan de un régimen especial de autonomía”.⁵⁸⁷ Ya en el primer lustro del siglo XXI, el Tribunal Constitucional mediante Auto 341 del 29 de noviembre de 2006 aclaró que “a pesar de que cumplen funciones en una jurisdicción biogeográfica, su naturaleza jurídica la constituye como una persona jurídica pública autónoma del orden nacional”⁵⁸⁸.

Respecto de sus funciones, además de aquellas de tipo administrativo enumeradas en el artículo 31 de la Ley 99 de 1993, se destacan dos que podrían ser consideradas sancionatorias (cuasijudiciales) y normativas (cuasilegislativas). Respecto de las primeras el numeral 17 del citado artículo señala que son facultades de las CAR: imponer y ejecutar a prevención y sin perjuicio de las competencias atribuidas por la ley a otras autoridades, las medidas de policía y las sanciones previstas en la ley, en caso de violación a las normas de protección ambiental y de manejo de recursos naturales renovables y exigir, con sujeción a las regulaciones pertinentes, la reparación de los daños causados. En relación con las segundas se tiene ordenar y establecer las normas y directrices para el manejo de las cuencas hidrográficas ubicadas dentro del área de su jurisdicción, conforme a las disposiciones superiores

⁵⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 11 de agosto de 1999, M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁸⁸ Decisión interlocutoria dentro de un proceso.

y a las políticas nacionales.

Así, luego de analizar cuidadosamente la jurisprudencia constitucional es posible colegir que las CAR son entidades jurídicas públicas del orden nacional, con personería jurídica, dotadas de una especial autonomía administrativa, financiera y un avanzado grado de independencia (artículos constitucionales 113 y 150, numeral 7), que hacen parte de la administración nacional y, a su vez, debido a su naturaleza *sui generis*, no se encuentran ubicadas en el sector central, ni descentralizado, puesto que son órganos que escapan a la tripartición clásica de poderes, aunque por sus competencias administrativas están más próximas a la rama ejecutiva que de cualquier otra rama del poder público.

Dentro de estas Corporaciones, existe una que se estima especial y diferente a todas las demás en el país, esta es la Corporación Autónoma Regional del Río Grande Magdalena –CORMAGDALENA-, la cual según el texto constitucional (art. 331) es encargada de la recuperación de la navegación, actividad portuaria, adecuación y la conservación de tierras, generación y distribución de energía y el aprovechamiento y preservación del ambiente, y demás recursos naturales renovables del río Magdalena. Es la única CAR de creación constitucional, y según el criterio manejado a lo largo de esta tesis, se puede considerar que es una Autoridad Administrativa Independiente de rango superior al tener reconocimiento en la Carta Política, mientras que las demás CAR son AAI de creación legal o infraconstitucional.

6. DE LA COMISION NACIONAL DE TELEVISION –CNTV- A LA AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION –ANTV-: la debacle de la independencia.

6.1. Antecedentes: INRAVISION

La televisión en Colombia fue introducida por el entonces presidente General Gustavo Rojas Pinilla, el 13 de junio de 1954, en conmemoración del golpe de Estado y del primer año del gobierno militar. Se trasmite en señal abierta, la primera emisión de la televisión pública en Colombia ⁵⁸⁹. Una década más tarde es creado el Instituto

⁵⁸⁹ “Militar y estadista boyacense (Tunja, marzo 12 de 1900 - Bogotá, enero 17 de 1975), presidente de la

Nacional de Radio y Televisión –INRAVISIÓN-, por medio del Decreto 3267 del 20 de diciembre de 1963, y que fue el primer antecedente, y quizás más importante, de la Comisión Nacional de Televisión en Colombia y ahora de la Agencia Nacional de Televisión.

Este instituto se creó como un órgano público adscrito al extinto Ministerio de Comunicaciones, y tenía como objetivo fundante la prestación del servicio de radiodifusión estatal, a través del arrendamiento de espacios publicitarios en televisión⁵⁹⁰. Posteriormente, a mediados de la década de los años ochenta, la Ley 42 de 1985⁵⁹¹ convirtió a INRAVISION en una entidad asociativa, conformada por TELECOM⁵⁹², Concultura⁵⁹³, y el propio Ministerio de Comunicaciones, quien guardaba y ejercía el poder de tutela sobre la repotenciada entidad.

Una década más tarde INRAVISIÓN por medio de la Ley 182 de 1995⁵⁹⁴ fue transformado en sociedad entre entidades públicas, organizada como empresa industrial y comercial del Estado, aunque con la particularidad de ser mero operador del servicio oficial (Ley 335 de 1996⁵⁹⁵).

6.2. La Comisión Nacional de Televisión: una autentica AAI

La Comisión Nacional de Televisión –CNTV- nace como una persona jurídica autónoma e independiente de origen constitucional encargada de regular el servicio público de televisión, y en general del espectro electromagnético en el territorio colombiano conforme lo preceptúan los artículos 76⁵⁹⁶ y 77⁵⁹⁷ de la Carta política del

República entre 1953 y 1957, gobernó con el lema: Paz, justicia y libertad. (...) El 13 de junio de 1953 tuvo lugar el golpe militar contra el gobierno del presidente Laureano Gómez, que llevó a la Presidencia de la República al teniente general Gustavo Rojas Pinilla.” OCAMPO LÓPEZ 2015.

⁵⁹⁰ RAAD FORERO 2015: p. 87.

⁵⁹¹ Publicada en el Diario Oficial No. 36.967 de 10 de mayo de 1985.

⁵⁹² Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

⁵⁹³ Instituto Colombiano de Cultura.

⁵⁹⁴ Publicada en el Diario Oficial No. 41.681 de Enero 20 de 1995.

⁵⁹⁵ Publicado en el Diario Oficial No. 42.946. Diciembre 24 de 1996.

⁵⁹⁶ “ARTICULO 76. Posteriormente derogado por el art. 1, Acto legislativo 002 de 2011. La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio. (...) Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior.”

⁵⁹⁷ “ARTICULO 77. Posteriormente modificado por el art. 1, Acto legislativo 002 de 2011. La dirección de la política que en materia de televisión determine la Ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado. (...) La televisión será regulada por una entidad

91, entendiendo que el contexto de creación de la norma superior, fue la liberalización de los servicios públicos de telecomunicaciones, incluyendo la televisión como medio masivo de información, pero conservando para el Estado la regulación y vigilancia del servicio público, a través de órganos administrativos que se encargasen de dicha labor como la CNTV.

El instrumento legislativo que desarrolló los preceptos superiores fue la Ley 182 de 1995 que materializó la creación de la CNTV como una verdadera y autentica Autoridad Administrativa Independiente en Colombia. Así puede verse en el artículo 3° que dice: “[...] Dicha entidad es una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica y con la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de las atribuciones que le asignan la Constitución, la ley y sus estatutos”.

Esta Ley, a diferencia de otras que crean una entidad pública y de las que se han hecho referencias en el presente estudio, utiliza el vocablo “independiente”, lo cual evidencia que no se limita a declarar la autonomía de la CNTV, sino que a su vez destaca su completa auto administración funcional para el correcto cumplimiento de sus funciones reguladoras, al igual que sus facultades cuasijudiciales y cuasilegislativas como se observara a continuación.

6.2.1. Funciones cuasijudiciales:

Son aquellas que conciernen a la inspección, vigilancia, seguimiento y control de una adecuada prestación del servicio público de televisión, para lo cual contaba con la facultad de iniciar investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas, exigiendo de esta manera la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, y de encontrar alguna irregularidad podía colocar sanciones, de manera similar a como lo

autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una Junta Directiva integrada por cinco (5) miembros, la cual nombrará al Director. Los miembros de la Junta tendrán período fijo. El Gobierno Nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión. La Ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la Entidad. (...) PARAGRAFO. Se garantizarán y respetarán la estabilidad y los derechos de los trabajadores de Inravisión.”

hace una Superintendencia⁵⁹⁸.

A su vez, la CNTV tenía la potestad de investigar y sancionar las conductas violatorias del régimen de libertad de competencia y pluralismo informativo en las que incurrieren los operadores y concesionarios de televisión, además de todas aquellas prácticas monopolísticas o de formación indebida de una posición dominante y que atentaran contra los derechos de la familia y de los niños en el mercado televisivo nacional o de uso del espectro electromagnético⁵⁹⁹. Para ello se debía seguir estrictamente las normas del debido proceso administrativo, pero que sin lugar a duda constituían un ejemplo del poder sancionatorio de Estado y aun cuando no dirimía conflictos entre operadores, si podría recibir quejas entre uno y otro y actuar como investigador y sancionar al infractor de ser preciso.

6.2.2. Funciones cuasilegislativas:

Respecto de las funciones con carácter cuasilegislativo se encuentran dos:

1. Como regulador derivado o administrativo, la CNTV podía clasificar las distintas modalidades del servicio público de televisión, y regular las condiciones de operación y explotación del mismo, particularmente en materia de cubrimientos, encadenamientos, expansión progresiva del área asignada, configuración técnica, franjas y contenido de la programación, gestión y calidad del servicio, publicidad, comercialización, modificaciones en razón de la transmisión de eventos especiales, utilización de las redes y servicios satelitales, y obligaciones con los usuarios, entre otras⁶⁰⁰.
2. La CNTV estaba facultada para fijar los derechos, tasas y tarifas que debía percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión, y las que correspondían a los contratos

⁵⁹⁸ Ley 182 de 1995, Publicada en el Diario Oficial No. 41.681 de Enero 20 de 1995. Artículo 5, literal b.

⁵⁹⁹ Ley 182 de 1995. Artículo 5, literal d y n.

⁶⁰⁰ Ley 182 de 1995. Artículo 5, literal c.

de concesión de espacios de televisión, así como por la adjudicación, asignación y uso de las frecuencias⁶⁰¹.

De lo anterior, funcionalmente y *prima facie* puede afirmarse que la CNTV era una auténtica AAI. Empero, ¿Cómo estaba compuesta? y ¿Cuál era el grado de independencia y autonomía de sus órganos directivos?; la CNTV tenía como órgano máximo la Junta Directiva, la cual tenía cinco miembros, elegidos para un periodo de cuatro años del siguiente modo: Dos miembros elegidos por el Gobierno Nacional; un miembro escogido entre los Representantes legales de los canales regionales de televisión; otro por las asociaciones profesionales y sindicales legalmente constituidas y reconocidas por los gremios que participaban en la realización de la televisión, y un miembro por las ligas y asociaciones de televidentes que tenían personería jurídica, asociaciones de padres de familia que también tenían reconocida dicha personería, investigadores vinculados a universidades, academias colombianas reconocidas como tales por la ley⁶⁰².

En cabeza de la Comisión y como representante legal se encontraba el Director de la Junta, el cual era elegido por la misma de entre sus miembros para un periodo de un año, y reelegible hasta por tres periodos consecutivos⁶⁰³. Tal caracterización permite *primus inter pares*, guardar similitudes con las AAI Norteamericanas, aunque con dos notables diferencias: primero, que todos los miembros del órgano de administración no son designados por el Presidente de la República, por el contrario existe pluralismo y participación de la sociedad en la designación de estos, y segundo, que el Congreso de la República no participa en la refrendación de dichas designaciones como si ocurre en los Estados Unidos de Norteamérica, por el contrario este se limitó como órgano legislativo, al ejercicio del control político sobre la AAI⁶⁰⁴.

Respecto de su autonomía e independencia la Corte Constitucional se refirió en una de sus providencias así⁶⁰⁵:

⁶⁰¹ Ley 182 de 1995. Artículo 5, literal g.

⁶⁰² Ley 182 de 1995. Artículo 6, modificado por el art. 1 de la Ley 335 de 1996.

⁶⁰³ Ley 182 de 1995. Artículo 14. Modificado por el art. 14 de la Ley 355 de 1996.

⁶⁰⁴ Ley 182 de 1995. Artículo 3, parágrafo.

⁶⁰⁵ Citas *in extenso* necesarias para conservar la integralidad del argumento.

“La primera limitación a la anotada atribución, se desprende de la arquitectura constitucional del organismo encargado de dirigir la televisión. Los artículos 76 y 77 de la Constitución se han ocupado de prediseñar la existencia de una "entidad autónoma". En términos negativos, la autonomía, como rasgo funcional del ente televisivo, (i) no le otorga el carácter de órgano superior del Estado, en cuanto no formula discrecionalmente la política del Estado en este sector, sino que ejecuta la que sobre el particular determine la ley (C.P., art. 77) -; (ii) no le concede un ámbito ilimitado de competencias, ya que toda entidad pública, como perteneciente a un Estado de derecho, está sujeta a límites y restricciones, y ejerce sus funciones dentro del campo prefigurado por la Constitución y la ley; (iii) no la homologa a una simple entidad descentralizada del orden nacional, toda vez que su autonomía respecto de éstas tiene un "plus" que la sustrae al control de tutela ordinario y cuyo alcance es el necesario para cumplir de manera independiente su función constitucional y legal, vale decir, sin intromisiones e influencias del poder político”⁶⁰⁶.

Si bien es cierto que se concibió como una entidad de características especiales, la CNTV no fue un órgano superior del Estado, máxime si se encontraba con límites y restricciones impuestos por la Constitución y la Ley, a lo cual la Corte reivindicó la nota de autonomía entendiéndola como un verdadero derecho social de que la televisión no fuese controlada por ningún grupo político o económico y, por el contrario, se conservase siempre como un bien social, que sea el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas⁶⁰⁷.

Por lo anterior considérese a la Comisión Nacional de Televisión como una auténtica AAI, con autonomía e independencia equiparable a la detentada por el Banco de la República, aunque su existencia dató hasta el 2011 cuando el Acto Legislativo No. 002 de este año permitió su liquidación y posterior sustitución por la Autoridad Nacional de Televisión –ANTV-, cercenando de raíz la raigambre de independencia establecida por el Constituyente del 91 para el Ente Regulador de la Televisión en

⁶⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-497 de noviembre 7 de 1995. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-497 de noviembre 7 de 1995. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Los más de tres lustros de existencia de la CNTV contrastan con la desregularización del servicio de televisión en Colombia, la supresión de empresas de producción de contenidos audiovisuales, la falta de cualificación de los miembros de la junta directiva, y la criticada politización de la entidad, la cual fue acompañada de serias dudas sobre su independencia del sector regulado⁶⁰⁸.

Para Yances, la captura de la CNTV por parte de intereses particulares se manifestó en la ausencia de regulación, la existencia de vacíos regulatorios, la expedición de normas hechas a medio camino, y falta de voluntad para aplicarlas o de discrecionalidad al hacerlo. De ahí que se observará una reticencia de la entidad a iniciar investigaciones o aplicar sanciones a los concesionarios por las continuas faltas a las normas vigentes y a la ley, que afectaban la calidad del servicio⁶⁰⁹. Por esta y otras razones de carácter técnico y administrativo, se propuso al Congreso de la República el finalmente aprobado Acto Legislativo No. 002 de 2011, y en cuya intervención del entonces Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ante el órgano legislativo se dijo:

“El presente proyecto de Acto Legislativo se propone adecuar al fenómeno convergente, a una entidad que ha caído en la obsolescencia a causa de las transformaciones tecnológicas y que, adicionalmente, resulta costosa para el erario público. Para el caso particular de la Comisión Nacional de Televisión, el costo económico que significa para los recursos del Estado su mantenimiento es muy alto en términos de funcionamiento y además su estructura institucional y organizacional no resulta consistente con la eficiencia que debe perseguir la intervención del Estado en la economía, y lo más preocupante aún es que con el paso de los años no se han podido materializar todos los anuncios realizados en materia de reforma de dicho organismo, en contraposición al otro ente regulador del mercado de TIC, esto es la Comisión de Regulación de Comunicaciones, la cual ha demostrado no sólo eficacia y eficiencia en el manejo de sus funciones a costos significativamente inferiores sino también un alto nivel técnico y especializado en el ejercicio de sus competencias

⁶⁰⁸ YANCES 2005: p. 19.

⁶⁰⁹ YANCES 2005: p. 20.

legales partiendo de las exigentes calidades que en términos de experiencia en el sector y de títulos académicos se requiere para que una persona pueda ostentar la calidad de Comisionado de la CRC”.

6.3. La Autoridad Nacional de Televisión – ANTV

Fue creada por la Ley 1507 de 10 de enero de 2012 en la cual se distribuyen competencias en materia de televisión entre distintas entidades del Estado⁶¹⁰, y cuya naturaleza es haberle otorgado el rango de agencia estatal del orden nacional, especial, que goza de personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal y técnica, sin usar el vocablo “independiente”, de tal forma que permite evidenciar una de las novedades del ente que reemplazó a la CNTV. La ANTV está regentada por la Junta Nacional de Televisión, compuesta por cinco miembros no reelegibles, así: el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, o el Viceministro delegado; un representante designado por el Presidente de la República; un representante de los gobernadores del país; un representante de las universidades públicas y privadas legalmente constituidas y reconocidas por el Ministerio de Educación; y finalmente, un representante de la sociedad civil.

Respecto de su objeto la Ley 1507, lo describe como una delimitación a la asistencia y acompañamiento de la ANTV, y al mismo tiempo como un mero interlocutor entre los usuarios del servicio de televisión y la opinión pública en relación con la protección de derechos de los televidentes. Aunado a ello, esta solo conserva las facultades de sanción para quienes violen con la prestación del servicio público de televisión, las disposiciones constitucionales y legales que amparan específicamente los derechos de la familia y de los niños; y otra función, quizá la más importante, la adjudicación de concesiones y licencias de servicio, espacios de televisión, de conformidad con la legislación expedida al respecto.

De lo anterior, es claro que la ANTV no es comparable con la extinta CNTV, puesto que la nueva Autoridad Nacional de Televisión no posee el espíritu pluralista e independiente del que gozaba su predecesora; tampoco cuenta con las funciones de

⁶¹⁰ Publicada en el Diario Oficial No. 48.308 del 10 de enero de 2012.

regulación del mercado, las cuales fueron trasladadas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC-, con excepción de ciertos aspectos de la reglamentación contractual⁶¹¹; las funciones en materia de prácticas restrictivas de la competencia e integraciones empresariales fueron radicadas en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio⁶¹²; además que le cede las funciones respecto del régimen de uso del espectro radioeléctrico que ahora están atribuidas a la Agencia Nacional del Espectro –ANE-⁶¹³.

De los cambios producto de la liquidación de la CNTV y la creación de la ANTV, se concluye que el Presidente ejerce una fuerza política importante dentro de la nueva Agencia, toda vez que está representado en ella por el Ministro de las TIC y un representante designado por él. De igual modo, la ANTV no está sujeta a control jerárquico o de tutela, y sus actos solo son susceptibles de control ante la jurisdicción competente. Igualmente, la supresión de la CNTV y la creación de la ANTV es un retroceso de la institucionalidad colombiana, que avanzaba con pequeños hitos hacia una regulación independiente, en este caso en el tema televisivo. Además se debilitó la figura constitucional del artículo 113, donde se establece la posibilidad de crear entidades ajenas a la división tripartita de poderes, espíritu de Carta Política de 1991.

7. El surgimiento de las AAI en Colombia ¿mito o realidad?

Colombia, con anterioridad a 1991, desde 1810 y con la centenaria Carta Política de 1886, el constitucionalismo colombiano no concibió, ni dentro de la norma superior ni legalmente, la posibilidad de crear una AAI. Sin embargo, con el advenimiento de la actual Constitución el paradigma cambió. El constituyente consideró que la teoría clásica de la tridivisión de los poderes públicos era un concepto pretérito, y que la nueva norma iusfundamental debía evolucionar hacia un Estado policéntrico en el que se aceptase la creación de entidades que escaparían a la lógica misma de la clásica división de la función pública, siendo tal pensamiento materializado en el actual contenido del inciso segundo del artículo 113 superior.

⁶¹¹ Ley 1507 de 2012, artículo 12.

⁶¹² Ley 1507 de 2012, artículo 13.

⁶¹³ Ley 1507 de 2012, artículos 14 y 15.

De allí parte una nueva etapa en la que se desmitifica el surgimiento de AAI en Colombia y nacen instituciones como el Banco de la República, la Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena –CORMAGDALENA- la Comisión Nacional de Televisión, esta última suprimida en 2012, y otras más. De acuerdo a lo expuesto hasta aquí, es claro que las Autoridades Administrativas en Colombia no son un mito, sino que hacen parte de la realidad institucional del Estado; infortunadamente una de ellas fue recientemente suprimida debido a los ataques políticos, técnicos y financieros que buscaban hacerla desaparecer, pues entre otras razones, era una institución que incomodaba el ideario preestablecido de división del poder del Estado.

8. Características de las AAI en Colombia

Las AAI en Colombia tiene una característica común y a su vez diferentes a otros sistemas, en cuanto estas tienen consagración constitucional, por lo cual su independencia y administración no es dejada a los vaivenes de la actividad política o legislativa del país, sino por el contrario está incrustada dentro de la carta fundamental, haciendo más dispendioso su atemperamiento o eliminación, no siendo esta no es una garantía absoluta. De otra parte, existen cuerpos colegiados que administran las AAI colombianas, y directores, que fungen como representantes legales y que realizan funciones específicas para el cumplimiento de los objetivos institucionales de cada entidad; estos son elegidos de entre los miembros del cuerpo colegiado como un *primus inter pares*.

En Colombia, debido a su régimen presidencial fuerte, al igual que en los Estados Unidos, el presidente tiene facultades de nominación de los expertos que deben ocupar un lugar en el seno del cuerpo colegiado de cada AAI. Los regímenes de los expertos son fijos, y están exentos del régimen de libre remoción, lo que fortalece frágilmente su autonomía. Respecto de sus funciones, las AAI colombianas tienen la facultad de regular los mercados sujetos a sus competencias, por ejemplo, la función que otrora cumpliera la CNTV, o dirigir la banca central como lo hace el Banco de la República hoy en día. Además de ello se encuentran las facultades de sanción que como se observó son acompañadas, ocasionalmente, de competencias para la

investigación y vigilancia de los operadores o competidores del mercado o sector regulado.

Una de las diferencias con los modelos coloniales de Autoridades Administrativas Independientes –AAI- o Agencias de Regulación Independientes –ARI-, es que en Colombia su constitucionalidad está asegurada y su creación no es, *prima facie*, infraconstitucional como es el caso norteamericano o español. Aunado a ello, el Congreso no interviene en la elección de los miembros de las AAI o ARI, lo que se desprende del régimen presidencialista colombiano. También, es cierto que las AAI colombianas, con contadas excepciones no han podido sortear los problemas de la captura, bien sea del sector social o económico o bien del gobierno.

II. Autoridades Administrativas Independientes en España

1. Modelo de Estado

1.1. Breviario de la historia constitucional española

España a lo largo de su historia se ha constituido ya sea como una Monarquía de tendencia absolutista o como un sistema parlamentario, con intervalos de regencias o de dictaduras. González-Ares, recuerda que al igual que en la vecina Francia, en el terruño ibérico también puede hablarse de *ancien régime* para dividir los periodos monárquicos en los cuales se presenta un cambio al interior del sistema gubernamental, cual fue uno antes de la revuelta del 17 de marzo de 1808 que terminó con el apresamiento de Godoy y, finalmente, la abdicación de Carlos IV en la persona de su hijo Fernando VII, seguido de la invasión francesa en cabeza de Napoleón Bonaparte en mayo de ese mismo año⁶¹⁴, y otro luego de la restauración de los Borbón tras la ocupación francesa.

En el periodo histórico transcurrido entre 1808 y 1978, la patria de Cervantes conoció no menos de 9 Constituciones. La primera etapa que se puede delimitar entre 1808 y 1833, contiene dos textos fundamentales promulgados; el primero, el de *Bayona* en 1808, seguido del de *Cádiz* en 1812. Posteriormente se puede denotar el segundo

⁶¹⁴ GONZÁLEZ-ARES 1997: p. 14-15

periodo comprendido entre 1833 y 1868, en el cual el tipo de Estado y de gobierno español es una Monarquía constitucional, que va desde la muerte de Fernando II hasta y durante el reinado de Isabel II. El siguiente lapso, más corto puesto que duró poco más de un lustro, es el comprendido entre 1868 y 1874, que inicia con el derrocamiento de la Reina Isabel II y la posterior promulgación de la Constitución de la Gloriosa, anunciada en junio de 1869⁶¹⁵.

Ulteriormente, llega el periodo de la Restauración comprendido entre 1874 y 1931, en la cual confluyen la monarquía y la dictadura militar de Primo de Rivera (1923-1930), bajo los preceptos de la Carta Política de 1876. En el siglo XX, le siguió la denominada Segunda República (1931-1936), impulsada por la caída de la monarquía en cabeza de su majestad Alfonso XIII, el sabio en abril de 1931, y la posterior promulgación de una Ley fundamental el 9 de diciembre del mismo año.

La insurrección militar de 1936 envolvió al país en una atroz guerra civil que desembocaría en la dictadura franquista, sobre la cual los partidarios de Franco, se van a configurar en sus casi cuatro décadas de existencia como un régimen de excepción permanente bajo formas cambiantes de Dictadura⁶¹⁶, igualmente caracterizado por una ausencia de Constitución pero sostenida en un ordenamiento jurídico expresado en diversas leyes constitutivas o fundamentales⁶¹⁷.

En referencia al término “franquismo” es el vocablo utilizado para encuadrar todo aquello que tuvo que ver directa o indirectamente con el régimen político autoritario que el General Francisco Franco implantó en España por casi tres décadas, entre 1936 a 1975⁶¹⁸; un sistema de gobierno apoyado por diversos sectores, entre ellos la Iglesia Católica, la Banca y evidentemente el Ejército. Siendo sin lugar a duda un antecedente histórico de ineludible importancia para lo que posteriormente será la Constitución de 1978 aún vigente⁶¹⁹.

⁶¹⁵ GONZÁLEZ-ARES 1997:p. 15-19.

⁶¹⁶ GONZÁLEZ-ARES 1997: p. 21.

⁶¹⁷ GONZÁLEZ-ARES 1997: p. 19-22.

⁶¹⁸ Francisco Paulino Hermenegildo Teódulo Franco Bahamonde, nació en la ciudad costera de El Ferrol el 4 de diciembre de 1892 y falleció en Madrid el 20 de noviembre de 1975.

⁶¹⁹ REDONDO GÁLVEZ 1993.

Este sistema de corte fascista, en sus inicios apoyado por la Alemania Nazi y la Italia de Mussolini, quedará posteriormente a la Segunda Guerra Mundial aislado de los más importantes acontecimientos europeos e internacionales, verbigracia, la creación de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero –CECA- y la Comunidad Económica Europea –CEE-, así como a la OTAN, entre otras⁶²⁰.

La España franquista no era ajena a los movimientos europeos de las décadas de los sesenta y setenta del siglo XX que propugnaban por la integración de los países en un sola entidad de entendimiento económico y social continental pero que rechazaban, a su vez, las instituciones antidemocráticas del régimen por considerarlas ajenas y contrarias a la Convención Europea de los Derechos del Hombre, así como de la Carta Social europea⁶²¹.

Luego de la muerte de Franco, a finales de 1975, se inicia un proceso de elaboración de un texto constitucional, que posteriormente sería sometido a referéndum el 6 de Diciembre de 1978 y aprobado con el voto afirmativo de 15 millones y medio de votos frente a 1.300.000 negativos y cinco millones y medio de abstenciones⁶²². Dos días después del deceso del Generalísimo, el 22 de noviembre, es nombrado monarca el Rey Juan Carlos I, quien mantiene en el poder presidencial a Arias Navarro y posteriormente lo sustituye por Adolfo Suárez con quien emprende un proyecto de reforma a las leyes fundamentales del reino y sobre las que se soportaba el constitucionalismo español desde la dictadura franquista⁶²³.

1.2. La Constitución de 1978

Prima facie se encuentra una particularidad de la Constitución española de 1978 cuál es que no fue producto de una asamblea constituyente, a diferencia de Colombia y otros países; sino fruto de la creación de un cuerpo colegiado especializado, denominado Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso, que, con ponencia de siete miembros presentó el proyecto de Constitución

⁶²⁰ PÉREZ-BUSTAMANTE 1995: p. 199.

⁶²¹ PÉREZ-BUSTAMANTE 1995: p. 200.

⁶²² PÉREZ-BUSTAMANTE 1995: p. 201.

⁶²³ BALAGUER CALLEJÓN 2014: p. 48-49.

que sería debatido por la misma Comisión y, que el 21 de julio de 1978, sería aprobado por el Congreso en pleno⁶²⁴.

El constituyente español, a diferencia del colombiano, no expresó de manera concreta y evidente los razonamientos de Aristóteles, Montesquieu o Locke sobre la división de poderes, pero sin duda forjó en la Carta política, el espíritu de este pensamiento que ya se ha analizado en capítulos precedentes, en efecto, “[e]l texto constitucional se refiere a los Poderes Públicos pero no enumera qué organizaciones o entes engrosan la lista de Poderes públicos”⁶²⁵. No obstante, España tiene un poder legislativo en cabeza de las Cortes Generales, Senado y Congreso de los Diputados; un poder ejecutivo en cabeza del Gobierno y la Administración, y un poder judicial, integrado por los jueces y tribunales⁶²⁶. Otra particularidad del sistema es la Monarquía.

Conforme a lo anterior, el Estado de Derecho en España está organizado de la siguiente manera⁶²⁷:

- a) Poder Legislativo: el cual es ejercido por las Cortes Generales que representan al pueblo y están conformadas por el Congreso de los Diputados y el Senado (art. 66 CE).
- b) Poder Ejecutivo: es el órgano del Estado encargado de dirigir la política interior y exterior, la Administración civil y militar, la defensa del Estado, además de velar por la cumplida y eficiente ejecución de las leyes, a su vez que ejercer la potestad reglamentaria de las mismas. El Gobierno se encuentra en cabeza del ejecutivo y responde solidariamente por su gestión ante el Congreso de Diputados (art. 108 CE).

El Rey representa la unión del pueblo español, es el Jefe de Estado, pero no ejerce funciones ejecutivas.

⁶²⁴ BALAGUER CALLEJÓN 2014: p. 50.

⁶²⁵ ALLI ARANGUREN 2006: p. 302.

⁶²⁶ ALLI ARANGUREN 2006: p. 303.

⁶²⁷ *Estado de Derecho en España*.

- c) El Poder Judicial: como rama independiente del poder emana del pueblo y se administra en nombre del Rey. Se encuentra ejercida por jueces y magistrados (art. 117 CE).

La Constitución de 1978 restauró la democracia⁶²⁸, y también la Monarquía a la cual le dedica el Título II. Asimismo, adoptó un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho⁶²⁹, bajo la forma política de Monarquía parlamentaria y, quizás el rasgo diferenciador a nivel global es poseer con carácter supra legal, las Autonomías como esquema de división territorial, siempre conservando el carácter indisoluble de la unidad de España, de acuerdo al artículo 2 de la CE⁶³⁰.

En cuanto a la administración pública, anota la doctrina que la Carta política de 1978 propinó un duro golpe al modelo centralista y autoritario imperante con anterioridad a esta, con lo cual se dota de autonomía y facultades de autogobierno a las entidades territoriales españolas⁶³¹.

1.3. El sector central de la Administración

La Constitución determina que el Gobierno está compuesto por el Presidente, Vicepresidentes y los Ministros (art. 98-1), y que se encarga de ejercer la función ejecutiva del Estado y está encargado de la política interior y exterior –*indirizzio politico*–, la administración civil y militar, así como la suprema autoridad administrativa (Art. 97). La Ley No. 6 del 14 de abril de 1997 *sobre la Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*⁶³² señala que la Administración General del Estado es un cuerpo que actúa con una única

⁶²⁸ No puede pasar desapercibido que en el preámbulo de la carta fundamental se hacen cuando menos tres (3) menciones a la democracia, bien sea literalmente o simbólicamente, por lo se entiende que este fenómeno es una expresión del deseo más íntimo de los españoles que salían de la dictadura franquista.

⁶²⁹ “[La teoría] fue acuñada en Alemania por H. Heller en el periodo entre guerras (1929). Heller partía de la constatación del temor de la burguesía frente a la transformación del Estado liberal de Derecho en Estado social de Derecho, como consecuencia del acceso al poder legislativo de las masas populares. Este temor situaba los términos del debate político en la alternativa entre la aceptación del Estado social de Derecho o la dictadura. La democracia social habría de suponer la extensión al orden del trabajo y de las mercancías de la idea del Estado material de Derecho y el sometimiento de la economía al Estado de Derecho ya que «La sumisión de la economía a las leyes bajo el Estado de Derecho no es otra cosa que el sometimiento de los medios a los fines de la vida»”. BALAGUER CALLEJÓN 2014: p. 57.

⁶³⁰ PÉREZ-BUSTAMANTE 1995: p. 201.

⁶³¹ ALLI ARANGUREN 2006: p.363.

⁶³² Publicado en: BOE, núm. 90, de 15/04/1997.

personalidad jurídica bajo los más estrictos parámetros de jerarquización (Art. 2); en el Título II, Capítulo I, la Ley señala que son órganos centrales de la Administración General del Estado: los Ministerios y, dentro de estos, las Secretarías de Estado y las Secretarías Generales. La Administración General del Estado está conformada a nivel nacional por “los ministerios y sus respectivos órganos superiores (ministros y secretarios de Estado), órganos directivos (subsecretarios, secretarios generales, secretarios generales técnicos, directores generales y subdirectores generales) y órganos territoriales (delegados de gobierno en las comunidades autónomas, subdelegados de gobierno en las provincias y los directores insulares), entre otros. Y a nivel exterior, principalmente por las misiones diplomáticas, representaciones, delegaciones y oficinas consulares”⁶³³.

Así las cosas, afirma Martín-Retortillo que “[g]obierno y administración se configuran como realidades distintas, dirigida la segunda por el primero, de modo que ambos, imprescindibles entre sí, integran el poder ejecutivo”⁶³⁴. El sector descentralizado por su parte, aunque se diferencia del central debido a que los organismos inscritos en dicho sector poseen personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propia, además de cierta autonomía de gestión, se encuentran bajo la dependencia o vinculación de la administración central del Estado.

1.4. El sector descentralizado de la Administración

La administración descentralizada en España se encuentra dividida en dos partes fundamentales, la funcional y la territorial.

1.4.1. Descentralización territorial: El Estado Autonómico.

La descentralización territorial española es variada entre sus homólogas de otras latitudes. En España el municipio es la base de la descentralización (art. 140 CE), pero no su única expresión, ya que la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local señala que son Entidades locales territoriales, además de ellos, la Provincia, la isla en los archipiélagos balear y canario, y todas aquellas otras entidades reconocidas por la

⁶³³ FERNANDEZ ROJAS 2005: p. 423.

⁶³⁴ MARTÍN-RETORTILLO 1981: p. 97.

misma ley o instituidas por las Comunidades Autónomas⁶³⁵.

La provincia es fruto de la reunión de varios municipios en torno a una misma entidad local que goza de personalidad jurídica propia, gobernada por las Diputaciones o, en su defecto, por una corporación de carácter representativo (art. 141 CE). en último lugar, y como máxima expresión de la descentralización y la autonomía territorial española, se encuentran las Comunidades Autónomas, producto de la reunión de varias provincias limítrofes que comparten características históricas, culturales y económicas (art. 143 CE).

A continuación se analizara el modelo de Estado expresado en las autonomías como forma de organización territorial. El proceso autonómico español es producto de la escogencia del pueblo mismo de entre las posibilidades descritas en la Constitución de 1978, que en su Título VIII se dedica a organizar territorialmente el Estado, empero sin clarificar qué tipo es, unitario, federal, confederado o puramente autonómico. Por el contrario, la Carta fundamental abre la posibilidad de elegir varios caminos como lo señala Balaguer Callejón:

“En este título [VIII CE] no se contempla un modelo específico de Estado, sino diversas posibilidades que van desde un Estado unitario (si ningún territorio hubiera hecho uso del derecho a la autonomía reconocido en el art. 2 CE) hasta un Estado autonómico como el que se ha implantado en la práctica, muy similar al Estado federal, pasando por un Estado regional en el que se reconociera autonomía solo a determinados territorios, entre otras posibilidades”⁶³⁶.

Así, el Estado autonómico es concebido como un modelo de transición entre el modelo regional y el federal, bajo el argumento de las funciones legislativas que ejercen las diputaciones en nombre de la Comunidad Autónoma (art. 150 CE). Si bien es cierto los estatutos de autonomía no son una Constitución en sentido formal, estos son una *guía* y una garantía de la irrevocabilidad de los poderes otorgados por el

⁶³⁵ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

⁶³⁶ BALAGUER CALLEJÓN 2014: p. 121.

Estado Español⁶³⁷.

1.4.2. Descentralización funcional:

La descentralización funcional es aquella en la que el cumplimiento de un servicio o una misión administrativa en cabeza del sector central es trasladada a un organismo provisto de personería jurídica propia y diferente de aquella⁶³⁸. Como expresión de la descentralización funcional se encuentran los organismos Públicos creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración Central, entre los cuales se encuentran, los Organismos Autónomos, las Entidades Empresariales y las Agencias Estatales. Los primeros y las últimas dependen de un Ministerio, las segundas pueden depender de un Ministerio o de un organismo Autónomo (Ley No. 6 del 14 de abril de 1997, art. 43].

La doctrina española explica que los Organismos Autónomos en general se dividen principalmente en dos:

- a) Los que se les encomiendan, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestaciones o de gestión de servicios públicos (art. 45.1).
- b) Las Entidades públicas empresariales, a las que se les establece como obligación la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (art. 53.1)⁶³⁹.

⁶³⁷ BALAGUER CALLEJÓN 2014: p. 131.

⁶³⁸ “El término “instrumental” desde el principio enfatizando que la atribución de personalidad a todos esos entes **no quiere decir que tengan la independencia** que es propia de una persona jurídica; debe destacarse también que hoy día, sin embargo, están apareciendo algunos entes a los que se dota de personalidad y de algunas características que tratan de hacerlos justamente independientes (Banco de España, Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional de la Energía, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, etc.). De estos últimos se dice que son entidades independientes, porque efectivamente se quiere que lo sean, al menos en cierta medida. La paradoja es que sea necesario apostillar respecto de unos entes con personalidad el hecho de su independencia –que debía ser lo normal en todo persona jurídica– justamente porque lo normal haya llegado a ser, al contrario, que las entidades dotadas de personalidad (que en otra época se decía que integraban la Administración institucional) no sean independientes”. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO [s.f.]: p. 1.

⁶³⁹ ALLI ARANGUREN 2006: p. 373.

Empero la Ley No. 6 de 1997, como estatuto general sobre la administración pública, reconoce la existencia de otros organismos, dotados de personalidad jurídica que poseen un régimen jurídico especial y que están dotados de una especial autonomía funcional respecto de la Administración General del Estado, son parte de esta la categoría las Autoridades Administrativas Independientes –AAI–.

De manera precedente, se puede notar como la Constitución española no prevé la creación de organismos de tipo administrativos que se sustraigan de la marcada jerarquización administrativa y la tutela que por derecho propio le corresponde ejercer al jefe de la administración. Además, el Gobierno aunque es responsable solidariamente por su gestión política ante el Congreso de Diputados, lo que a su vez, supone también la gestión de las AAI, frente a estas últimas ha perdido su dirección y control (art. 108 CE). Por tales razones, las AAI son ajenas y en estricto sentido inconstitucionales, puesto que la Carta fundamental no las contempla literalmente, ni hace referencia a su creación legal, además que surgen como una excepción a los postulados constitucionales.

2. Constitucionalidad de las AAI en España

La constitucionalidad de las Autoridades Administrativas Independientes –AAI– en España, es un tema controvertido; ya que por un lado se encuentran quienes sostienen que las AAI son abiertamente inconstitucionales, y de otra parte, aquellos que argumentan que aunque son extrañas al modelo estatal español, no por esta razón tienen vicios de inconstitucionalidad⁶⁴⁰.

Como lo señala Bilbao Ubillos, el problema es que por regla general el Gobierno dirige la actividad administrativa del Estado, lo que a su vez no admita una excepción según el texto constitucional una excepción, en palabras del autor: “[l]a Constitución parece reservar en favor del Gobierno una competencia exclusiva y excluyente, que ejerce por derecho propio, sobre la dirección de la Administración y, en consecuencia, el legislador no está capacitado para sustraer a la dirección gubernamental

⁶⁴⁰ RALLO LOMBARTE 2009: p. 13.

determinados espacios administrativos. Convencidos de que esa es la única lectura posible del artículo 97 CE, algunos autores han denunciado abiertamente la inconstitucionalidad de las Administraciones independientes”⁶⁴¹. La independización de estas entidades del Gobierno, implican la pérdida de este último de las potestades de nombrar y cesar a los miembros de la Administración puesta además a su servicio y bajo sus órdenes, lo cual podría ir en contra del artículo 1 de la Constitución, el cual señala que todos los poderes emanan del pueblo; a partir de allí, el Parlamento recibe esta legitimidad a lo que se armoniza con el gobierno, que es en últimas quien ejecuta la ley⁶⁴².

Además, la administración “actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación” (art. 103. C.E.), lo que supone que por mandato constitucional toda la administración debe ser jerarquizada. Este concepto resulta contrario a la independencia pregonada por las entidades analizadas. A esto se suma la ausencia de legitimidad democrática que supone la falta de control político a estas Autoridades independientes por parte del Gobierno, en el sentido que el control ejercido por parte del él es como un gran manto que cubre –de legitimidad– a todos los organismos puestos a su servicio –dirección y control–, y en ausencia de este las entidades que no son cubiertas pierden legitimidad democrática⁶⁴³.

También existen dos antiguas críticas sobre el ejercicio de potestades normativas por parte de las AAI y de la posible independencia de la rama judicial; sobre el primer aspecto, como lo señala García Llovet, el asunto fue delimitado y modulado por la jurisprudencia constitucional de manera afirmativa⁶⁴⁴. Por otra parte, la

⁶⁴¹ BILBAO UBILLOS 1999: p. 174.

⁶⁴² RALLO LOMBARTE 2009: 19.

⁶⁴³ “La solución no se presenta fácil: la dependencia de los órganos constitucionales de dirección política parece condición necesaria para garantizar el *input* de legitimidad democrática del que está privada la Administración (34), la independencia de esas mismas instancias parece exigencia para garantizar la objetividad, en la medida en que ésta incorpore un elemento de imparcialidad, de funcionamiento de las estructuras de la Administración de forma no partidista”. GARCÍA LLOVET 1993: p. 74.

⁶⁴⁴ “Entre nosotros, y respecto a los poderes reglamentarios delegados por el Gobierno en el Banco de España, hemos de tener presente la reciente doctrina de nuestro Tribunal Constitucional para el que «La desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma. Efectivamente, la habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el artículo 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos que lo componen y a instituciones como el Banco de España. Asesor de aquél y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia» (141)”. GARCÍA LLOVET 1993: p. 114.

independencia predicada sobre este tipo de entidades es dual, con respecto del Gobierno y con relación al mercado, pero no con respecto de los jueces, quienes tienen plena competencia para pronunciarse de la legalidad o constitucionalidad de sus actos⁶⁴⁵.

Finalmente, existe una crítica de fondo consistente en la supuesta negación del artículo 66 de la Constitución, el cual contempla las funciones de las Cortes Generales, quienes tienen el control sobre la acción del gobierno; sin embargo, cuando se evidencian posibles espacios que escapan al control del gobierno no queda claro la manera en cómo se le va a exigir responsabilidad respecto de un ámbito de acción administrativa que no le corresponde, salvo, eventualmente, en el momento de la designación o nombramiento, más no en la toma diaria de las decisiones a su cargo, las cuales escaparían a su control y, así pues, al del Parlamento⁶⁴⁶.

3. Autoridades Administrativas Independientes en España: surgimiento y características

En el devenir histórico de las Autoridades Administrativas Independientes en España se encuentran dos etapas muy importantes⁶⁴⁷, la primera, que hace referencia a la creación y consolidación de las primeras AAI como fueron el Consejo de Seguridad Nuclear –CSN–, el Ente Público de Radiotelevisión Española –RTVE–, el Banco de España –BE– y la Comisión Nacional del Mercado de Valores –CNMV–; la segunda estuvo influenciada por los acuerdos europeos de creación de autoridades de regulación, así pueden verse la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones –CMT–, la Comisión de Energía –CE– y la Comisión Nacional del Sector Postal –CNSP–⁶⁴⁸.

El primer antecedente, aunque fallido según algunos autores, sobre la creación de Autoridades Administrativas Independientes –AAI– en el ordenamiento jurídico

⁶⁴⁵ GARCÍA LLOVET 1993 p. 115.

⁶⁴⁶ MAGIDE HERRERO 2000, P. 25.

⁶⁴⁷ SALA ARQUER 1984: p. 401-422.

⁶⁴⁸ ORTÍZ LAVERDE 2014: p. 245-266 y 267-324.

español⁶⁴⁹, data de inicios de los años ochenta, y es atribuible al legislador que por medio de la Ley 4 de enero 10 de 1980, crea el Ente público Radiotelevisión Española –RTVE–⁶⁵⁰ y, a su vez, le confiere las funciones de radiodifusión y televisión⁶⁵¹.

El mismo año pero con la Ley 15 de abril 22 de 1980, se establece la creación del Consejo de Seguridad Nuclear –CSN– como “Ente de Derecho Público, independiente de la Administración Central del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de los del Estado, y como único Organismo competente en materia de seguridad nuclear y protección radiológica”⁶⁵².

Por su parte, la Ley 30 del 21 de junio de 1980, que regula los órganos rectores del Banco de España, modificó su organización, naturaleza jurídica e independencia del Gobierno y de la Administración Central del Estado, cuyo régimen databa originariamente de las postrimerías del siglo XVIII, que a mediados de la década de los 90 obtuvo el refuerzo de su autonomía por medio de la Ley 13/ de 1 de junio de 1994.

El último ejemplo de AAI en los años ochenta, fue la creación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores –CNMV–, “siguiendo el modelo de la *Securities and Exchange Commission* estadounidense”⁶⁵³, por medio de la Ley 24/1988⁶⁵⁴. Este periodo puede ser rotulado como de decisión propia de creación de AAI en España, aunque sin omitir las influencias del Derecho anglosajón y europeo, especialmente este último a través de la Unión Europea. En la segunda etapa, durante la década de los noventa, se crearon la mayoría de Comisiones Regulatoras en España a saber: la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones⁶⁵⁵, Comisión Nacional de la

⁶⁴⁹ Especialmente: MAGIDE HERRERO 2000.

⁶⁵⁰ Posteriormente por medio de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, la naturaleza jurídica del Ente Público de Radiotelevisión Española RTVE cambió y se convirtió en las Corporación de Radio y Televisión Española, una sociedad mercantil estatal con especial autonomía y personalidad jurídica propia, organizada como sociedad anónima de orden enteramente estatal. A su vez, se ahondaron sus rasgos de independencia funcional respecto del Gobierno y de la Administración General del Estado (arts. 5 y 6).

⁶⁵¹ Ley 4/1980, de 10 de Enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión, Boletín Oficial del Estado, núm. 11 de 12 de enero de 1980, pp. 844 a 848. Disposición Derogada.

⁶⁵² Artículo primero, apartado uno, Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear, Boletín Oficial del Estado, núm. 100 de 25 de abril de 1980, pp. 8.967 a 8.971.

⁶⁵³ NAVARRO RODRÍGUEZ 2013.

⁶⁵⁴ Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Publicado en el BOE, núm. 181, de 29/07/1988.

⁶⁵⁵ Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones. (Derogado); Real

Energía⁶⁵⁶ y Comisión Nacional del Sector Postal⁶⁵⁷; estas fueron concebidas entendiendo una lógica diferente, la denominada liberalización de los mercados.

Muchos de los cambios sufridos en esta época son consecuencia de la aplicación del Derecho de la Unión Europea y de su desarrollo por medio de Directivas comunitarias en pro de crear un mercado común abierto a la libertad de competencia⁶⁵⁸. Es así, que poco a poco se fue afianzando dentro del ordenamiento jurídico y la cultura jurídica española, la categoría de Autoridades Administrativas Independientes, las cuales sin embargo aún son sujeto de examen y duras críticas como será expuesto cuando se estudie a cada una de ellas.

Hasta aquí puede observarse que el surgimiento de las AAI en España coincide con el periodo posconstitucional; es decir, las Autoridades Independientes son una consecuencia próxima del advenimiento de la democracia y de la nueva constitución política de 1978.

3.1. Ente público Radiotelevisión Española (RTVE)

El Ente público Radiotelevisión Española (RTVE) es el corolario del sinnúmero de modificaciones que sufrió la Dirección General de Radiodifusión y Televisión, entidad que data de 1962⁶⁵⁹, aunque su creación legal haya sido a través de la Ley 4 del 10 de enero de 1980 que le envistió como titular de los servicios públicos de radiodifusión y televisión (art. 5, núm. 1)⁶⁶⁰. En un primer momento se discutió si con la expedición de la referida Ley se había creado un monopolio legal de televisión; sin

Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica; Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. (Vigente hasta el 5 de noviembre de 2003); Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (Vigente hasta el 11 de Mayo de 2014).

⁶⁵⁶ Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, que aprobó su Reglamento; posteriormente, el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía. (Derogado).

⁶⁵⁷ Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal; Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Vigente hasta el 02 de Octubre de 2016).

⁶⁵⁸ DE LA QUADRA SALCEDO en CARLÓN RUIZ 2014: p. 82.

⁶⁵⁹ MARTÍNEZ 2002: p. 239.

⁶⁶⁰ Ley 4/1980, de 10 de Enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión, Boletín Oficial del Estado, núm. 11 de 12 de enero de 1980, pp. 844 a 848. (Disposición Derogada).

embargo, tal problemática se zanjó cuando se comprobó que la iniciativa privada no era incompatible con la normativa legal y constitucional⁶⁶¹.

La RTVE era una persona jurídica de derecho público, evidentemente dotada de personalidad jurídica propia, sometida a un estatuto propio y las normas que la adicionen, modifiquen o reglamenten, el cual le otorga un régimen jurídico exterior regido por el Derecho privado (art. 5, núm. 2)⁶⁶². El Ente público estaba regentado por un Consejo de Administración que se componía por doce miembros elegidos por un periodo legislativo, seis elegidos por el Congreso y seis elegidos por el Senado, mediante un umbral mínimo de dos tercios (2/3) de cada cámara. Este Consejo tenía un presidente el cual era un *primus inter pares* escogido por un método rotativo simple entre todos los miembros (art. 7. L.4/1980). Los consejeros cesaban en sus cargos al término de cada legislatura y se mantenía en ellos hasta la posesión de los nuevos miembros (art. 7, núm. 6.).

Como órgano adjunto y ocasional, se encontraban los Consejos de Asesores de RNE, RCE y TVE, los cuales deberían ser convocados y escuchados como mínimo una vez cada semestre o cuando fueren requeridos por el Consejo de Administración (art. 9. L.4/1980). Las funciones ejecutivas de la RTVE eran ejercidas por el Director general, el cual compartía un mandato de cuatro años coincidente con el mandato gubernamental y legislativo, este era nombrado por el Gobierno previo dictamen del Consejo de Administración, el cual no era obligatorio para el Gobierno, lo que lo convertía en un mero trámite sin efectos sobre la decisión gubernamental. El Director general además contaba con voz y voto en el consejo de administración, es decir que se convertía en un factor desequilibrante dentro del Consejo ya que de encontrarse polarizado podría desempatar los resultados.

⁶⁶¹ GONZÁLEZ NAVARRO 1982: p. 238 y ss. citado en: RUIZ DE APOCADA ESPINOSA [s.f.]: p. 2.

⁶⁶² Posteriormente por medio de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, la naturaleza jurídica del Ente Público de Radiotelevisión Española RTVE cambió y se convirtió en las Corporación de Radio y Televisión Española, una sociedad mercantil estatal con especial autonomía y personalidad jurídica propia, organizada como sociedad anónima de orden enteramente estatal. A su vez se ahondaron sus rasgos de independencia funcional respecto del Gobierno y de la Administración General del Estado (arts. 5 y 6).

El cargo de Director era incompatible con el mandato parlamentario y con cualquier vinculación, directa o indirecta, con las empresas de los sectores sujetos a la autoridad y actividad del Ente público (art. 10. L.4/1980), lo que buscaba blindarlo de las posibles injerencias del sector económico, en busca de neutralidad.

Una característica particular que se suma a los rasgos de autonomía de la RTVE, era la restricción impuesta al Gobierno de cesar en cualquier tiempo y sin motivo razonable al Director de la RTVE, para lo cual la Ley 4/1980 en su artículo 12, estableció tres motivos para poder despedir al Director, los cuales podrían ser de iniciativa gubernamental o a propuesta del Consejo, dichas razones eran la imposibilidad física o enfermedad superior en su duración a seis meses continuos; incompetencia manifiesta o actuación contraria a los criterios, principios u objetivos a que se refieren los artículos tercero y cuarto de este Estatuto, y condena por delito doloso.

Sin embargo, aunque su estatuto particular, que además le atribuía naturaleza administrativa sujeto a la modalidad de descentralización funcional o por servicios, le imponía un régimen de derecho privado en sus actividades. Empero lo anterior, se pudo observar que la Ley al no hacer referencia expresa en su articulado a una especial independencia, puede colegirse que el objeto de norma es profesionalizar e independizar la gestión del sector por medio de la designación parlamentaria de los miembros del Consejo de Administración, únicamente dejando en manos del Gobierno la designación del Director, luego de haber oído al Consejo de Administración (art. 10, núm. 1. L.4/1980).

Magide Herrero por su parte, la excluye de las denominadas Administraciones Independientes, que es el término utilizado por la doctrina española para referirse a las AAI, teniendo en cuenta que si bien, su régimen jurídico “apunta en la dirección del concepto utilizado para la caracterización de la categoría, su estatuto jurídico (Ley 4/1980 del Estatuto de la Radiodifusión y Televisión, de 10 de enero) no le garantiza la necesaria desvinculación del Gobierno como para permitir incluirlo en la

categoría⁶⁶³; aunado a esto, resalta el autor, que aunque en el plano de las garantías personales de independencia el Ente público RTVE, presenta serias similitudes con las auténticas AAI, critica con dureza de pluma que las funciones del Director y su designación por parte del Gobierno, con quien comparte el periodo (4 años, según el art. 10.2 de la Ley 4/1980), empañan los deseos de neutralidad política del Ente público RTVE, posición con la que no se está de acuerdo.

En este mismo sentido, Betancor considera que solo se deben incluir en la categoría de AAI aquellas autoridades que sean, además de independientes del poder político, neutrales con respecto al objeto dirigido o supervisado⁶⁶⁴, ya que si bien el estatuto de la RTVE no utiliza literalmente el vocablo independencia, sí se encuentra que de los distintos rasgos y atribuciones otorgados por el legislador, se puede denotar un importante grado de autonomía y de independencia que hasta ese momento en España era improbable, por tanto resulta un ejemplo histórico y primer antecedente del surgimiento de las AAI en el país ibérico, que a su vez, precede en algunos meses a la creación del Consejo de Seguridad Nuclear –CSN–.

Posteriormente, el Ente público de Radiotelevisión Español RTVE fue subrogado por una nueva persona jurídica de orden mercantil estatal denominada Corporación de Radio y Televisión Española, S. A., Corporación RTVE⁶⁶⁵, de capital estatal, dotada de especial autonomía y un régimen jurídico según lo dispuesto para las sociedades mercantiles estatales⁶⁶⁶, a la cual se le encomendó la gestión del servicio público de radio y televisión. Empero, la disposición más importante respecto a este presente trabajo es el numeral tercero del artículo 5, en donde se le enviste a la Corporación RTVE de autonomía en su gestión e independencia funcional respecto del gobierno y de la Administración General del Estado.

La nueva Corporación RTVE está conformada por un consejo de Administración, que ejerce el gobierno corporativo, y por medio de su presidente hace uso de las funciones

⁶⁶³ MAGIDE HERRERO 2000: p. 47.

⁶⁶⁴ BETANCOR 1994: p. 25

⁶⁶⁵ Creada por la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal.

⁶⁶⁶ Disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado

ejecutivas ordinarias; además, la Ley en comento, ordena la creación de un Consejo Asesor y Consejos de Informativos. El consejo de Administración conserva la pluralidad de doce miembros, a su vez elegidos por las Cortes Generales, pero con una cuota diferente, esta vez desigual, en el entendido que ocho serán elegidos por el Congreso de los Diputados y los restantes cuatro, por el Senado (art. 11).

La Ley también impone que al menos dos de los miembros sean elegidos de entre las ternas propuestas por los sindicatos más representativos a nivel estatal con implantación en el Corporación y sus sociedades, lo que les otorga a las organizaciones gremiales representatividad dentro de la administración del Consejo. de igual modo, la regulación procura la equidad entre hombres y mujeres en la composición del Consejo (art. 10).

Conforme a la normatividad vigente, el Congreso de Diputados elegirá dentro de los consejeros electos quién deba ocupar el cargo de Presidente del Consejo y, a su vez, la representación de la Corporación; siendo este un cambio puesto que la elección del hoy Presidente, es un acto de legitimación en el entendido de que es una ratificación de dicho nombramiento (art. 17).

Finalmente, se añade la figura del Secretario del Consejo, quien debe ser licenciado en leyes designado por el mismo Consejo y tendrá voz pero no voto. Entre otras funciones que se le asignen los estatutos, levantará las actas de las reuniones del Consejo y certificará los acuerdos producto de estas y asesorará en temas jurídicos al Consejo (art. 18).

3.2. Consejo de Seguridad Nuclear (CSN)

La Junta de Energía Nuclear –JEN–, es el antecedente de la etapa dictatorial más próximo al CSN, creado mediante Decreto-Ley de 22 de octubre de 1951, y que fue dotado de personalidad jurídica en 1958 por la Ley de 17 de julio. la Junta era un instrumento del Gobierno a través del Ministerio de Industria, mediante su Dirección General de Energía Nuclear –esta última creada en 1957 y suprimida cinco años más tarde.

Tal subordinación supuso que la Junta dependería directamente del Ministro de Industria⁶⁶⁷, y que como anota López Ramón, tenía como características i) dependencia del Ministro de Industria; ii) recurso de alzada contra las resoluciones de la Junta que era conocido por el Ministro de Industria; iii) la fuerza de los informes de la Junta no eran vinculantes para el gobierno, quien tomaba las decisiones definitivas mientras que el nombramiento y remoción de los miembros de la junta era una potestad discrecional del gobierno⁶⁶⁸.

Posteriormente, la Junta de Energía Nuclear le reemplazó el Consejo de Seguridad Nuclear –CSN– que es reconocido por muchos autores como la primera Autoridad Administrativa Independiente española del siglo XX propiamente dicha⁶⁶⁹. El CSN fue organizado siguiendo los parámetros trazados por la experiencia Norteamericana de la *United States Atomic Energy Commission –AEC-*⁶⁷⁰. Por medio de la Ley 15/1980 del 22 de abril, se crea el Consejo de Seguridad Nuclear como una entidad de Derecho Público, independiente de la Administración Central del Estado, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio e independiente de del Estado, y como único organismo competente en materia de seguridad nuclear y destinado a la protección radiológica (art. 1, núm. 1.), regido por un estatuto propio, que surge como una decisión misma del Consejo, aprobado por el Gobierno y del cual se le trasladó para su previo conocimiento a las Comisiones de Industria y Comercio de las Cámaras que conforman el legislativo. de esta manera se excluye al CSN de la aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de Entidades estatales Autónomas (art. 10, núm. 2.)⁶⁷¹.

Dentro el gran abanico de funciones y competencias que fueron otorgados al Consejo, se encuentran la posibilidad de proponer al gobierno la expedición de reglamentaciones en materia de seguridad nuclear y protección radiológica, a lo que no es concluyente en atribuirle al Consejo facultades reglamentarias, pero sí un

⁶⁶⁷ LÓPEZ RAMÓN 1991: p. 193-194.

⁶⁶⁸ LÓPEZ RAMÓN 1991:p. 195.

⁶⁶⁹ BETANCOR RODRIGUEZ 1994; LÓPEZ RAMÓN 1991; FERNANDEZ ROJAS 2005; MARTINEZ, 2002.

⁶⁷⁰ LÓPEZ RAMÓN 1991: p. 195.

⁶⁷¹ Publicada en el BOE, núm. 100, de 25 de abril de 1980.

sinnúmero de competencias de inspección, vigilancia y control de los riesgos asociados con el desarrollo de las actividades en las instalaciones nucleares y radioactivas, a fin de proteger la seguridad de la operación tanto de los operadores de la plantas e instalaciones como de la comunidad en general⁶⁷².

Las características principales sobre las cuales se diferencia la Junta de Energía Nuclear y el Consejo de Seguridad Nuclear, es que este último tiene un estatuto particular, propio elaborado y expedido en virtud de su propio poder, previa revisión del Gobierno y del Parlamento; por otra parte, los miembros antes nombrados y removidos a voluntad del gobierno ahora son nombrados por un periodo fijo de seis años, mayor al periodo presidencial y parlamentario de cuatro años, su nombramiento corresponde aún al gobierno, pero sobre tal designación el Congreso puede ejercer el derecho de veto. De otra parte, las condiciones de remoción o cese de los miembros del Consejo son *numerus clausus*, lo que elimina la discrecionalidad del gobierno a la hora de cesar del cargo a alguno de los consejeros⁶⁷³.

En el año 2013, un grupo de parlamentarios interpusieron un recurso contencioso-administrativo, reseñado bajo el número 2/64/2013, ante el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, contra los Reales Decretos 1732/12 de 28 de diciembre, 1733/2012 de 28 de diciembre, 138/2013 de 22 de febrero, y 139/2013 de 22 de febrero, del Consejo de Ministros, por los que se realizaron el nombramiento de cuatro integrantes del Consejo de Seguridad Nuclear. Al margen de que aunque surtido el procedimiento, la Sala resuelve inadmitir el recurso, el análisis jurídico que hace el alto tribunal es de enorme valía para entender el procedimiento de nombramiento de los miembros del Consejo de Seguridad Nuclear.⁶⁷⁴

El alto tribunal realizó un análisis del procedimiento de nombramiento de los miembros del CSN, y como es lo más lógico reconoce las amplias facultades que tiene el Gobierno para nombrar a los Consejeros al tenor literal dice: “La Ley reguladora del procedimiento de nombramiento de estos cargos del Consejo de

⁶⁷² LÓPEZ RAMÓN 1991: p. 197.

⁶⁷³ LÓPEZ RAMÓN 1991: p. 198-206.

⁶⁷⁴ ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sentencia 1123/2014: p. 3.

Seguridad Nuclear otorga la potestad de selección de los candidatos y ulterior nombramiento, única y exclusivamente, al Gobierno [...]”⁶⁷⁵, sin embargo, añade el tribunal, que dicho procedimiento está supeditado a “la posibilidad de veto por el Congreso de los Diputados nombramiento que, en todo caso y para que sea eficaz, debe ser expreso y resultado de la mayoría cualificada que el art. 5.2 de la Ley 15/1980 establece”.⁶⁷⁶

A su vez, sobre la naturaleza y alcances del derecho al veto que gozan los parlamentarios, esta corporación judicial aclaró que inicialmente en la Ley 15/1980, no se establecía el deber de comparecencia de los candidatos ante el Congreso de los Diputados, ya dicha obligación fue establecida en la Ley 5/2006, que para ese entonces el Congreso sí podía analizar el posible acaecimiento de un conflicto de intereses; más adelante, en 2007, la Ley 33 modificó la finalidad de la comparecencia, agregando al estudio de los posibles conflictos de interés, el estudio de la idoneidad de los candidatos. Así lo expresó literalmente el Tribunal Supremo: “Sin embargo, tras la reforma operada por la Ley 33/2007, a dicha comparecencia se le otorga una finalidad cualitativamente distinta al atribuir al Congreso la potestad de valorar no sólo la existencia de eventuales conflictos de intereses, sino también la idoneidad de los candidatos desde la perspectiva del apartado 1o del art. 5 de la expresada Ley 15/1980 , es decir, con referencia tanto a su “conocida solvencia en las materias encomendadas al Consejo” , como a su “ independencia y objetividad de criterio” , y, además, no con el limitado objeto de emitir un dictamen, sino con la competencia activa de aceptación o veto de los candidatos propuestos, determinante, pues, para la viabilidad de su nombramiento final”⁶⁷⁷. Sería este un elemento procedimental que busca preservar la independencia política y técnica, y de suyo también la idoneidad y la neutralidad de la AAI.

Finalmente, tres elementos más se añaden a las características de independencia, el primero es la reserva legal de funciones que goza el Consejo, es decir, que estas solo

⁶⁷⁵ ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sentencia 1123/2014: p. 3.

⁶⁷⁶ ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sentencia 1123/2014: p. 3.

⁶⁷⁷ ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sentencia 1123/2014: p. 3.

pueden ser modificadas por una ley de igual o superior jerarquía⁶⁷⁸; segundo, la independencia económica del gobierno toda vez que el Consejo se autofinancia a partir de tributos y la elaboración del anteproyecto de presupuesto anual, el cual presenta al gobierno y posteriormente es incluido en la ley presentada al parlamento⁶⁷⁹. Finalmente, el Consejo al ser estatuido como autoridad independiente pierde el lazo privativo relacional que tenía con la cartera de industria y ahora al ser una persona libre de tuteladas, puede relacionarse con los demás ministerios sin necesidad de acudir a un ministerio específico⁶⁸⁰.

3.3. El Banco de España (BE)

Surge en las postrimerías del siglo XVIII, exactamente el 2 de junio de 1782, creado por la real cédula rubricada por el entonces monarca español el Rey Carlos III. inicialmente fue nombrado *Banco Nacional de San Carlos*, cuyo capital era enteramente privado, en donde el Rey era accionista y se dividía en participaciones o alícuotas; fue el primer banco en emitir billetes en España, los cuales no tuvieron mucha acogida en la sociedad.

También cumplió la importante misión de financiar al Gobierno, ya bajo el reinado de Fernando VII, surgió el *Banco de San Fernando* creado por la real cédula del 9 de julio de 1829. En esta institución financiera el rey también era accionista; sin embargo, debió ceder su participación al Banco de San Carlos para cubrir la deuda con este que alcanzaba los 310 millones de reales. El Banco de San Fernando también fungió como financiador del Gobierno⁶⁸¹.

En 1847, como resultado de la fusión entre el Banco de San Fernando y el Banco de Isabel II –este último creado en 1844– surge una nueva institución financiera llamada el *Banco Español de San Fernando*. Menos de una década después, la Ley de 28 de enero de 1856 rebautiza el Banco español de San Fernando que pasa a llamarse *Banco de España*, sobre quien el Estado tenía la facultad de nombrar al gobernador y a dos

⁶⁷⁸ LÓPEZ RAMÓN 1991: p. 209.

⁶⁷⁹ LÓPEZ RAMÓN 1991: p. 212.

⁶⁸⁰ LÓPEZ RAMÓN 1991: 213.

⁶⁸¹ BANCO DE ESPAÑA [s.f.].

subgobernadores, a partir de este momento se implementa un sistema plural de bancos de emisión. En 1868, se declaró *la peseta* como moneda nacional española. En 1874, el Decreto-Ley de 19 de marzo, autoriza monopolizar la emisión de billetes y monedas que queda en cabeza del Banco de España⁶⁸².

En 1921, mediante la Ley de Ordenación Bancaria, del 29 de diciembre, el Banco de España se convierte en una pieza fundamental de la política monetaria del Gobierno español, y a su vez deviene en un verdadero banco central. No fue hasta 1962 cuando fue nacionalizado por medio del Decreto-Ley de 7 de junio⁶⁸³, para lo que abandona su organización como sociedad anónima y asume un *maremágnum* de funciones típicas de un banco central.

La nacionalización del Banco de España se dio con motivo de la expedición de la Ley 2/1962 del 14 de abril, en donde se establecieron las bases de orientación del crédito y la banca, entre ellas la nacionalización con el fin de centralizar las funciones de emisión de moneda de curso legal, la ejecución de la política monetaria con arreglo a las políticas del Gobierno, el control y vigilancia de los bancos privados, la regulación del mercado de dinero y, a su vez, el movimiento de pagos exteriores y constitución de reservas metálicas y de divisas. Así quedó plasmado en la exposición de motivos del Decreto-Ley 18/1962, firmado por el General Franco.

Durante la mayor parte de su historia, el Banco de España fue un instrumento de la política monetaria del gobierno de turno⁶⁸⁴, por lo que fue reconocido como un adalid de los intereses de ciertos grupos, tanto políticos como económicos; sin embargo, en 1980, gracias a la Ley de 21 de junio, el Banco de España adquiere un cierto grado de autonomía orgánica y funcional⁶⁸⁵. La mentada Ley “*por la que se regulan los órganos rectores del Banco de España*”⁶⁸⁶ dotó de personalidad jurídica y plena capacidad, así como de autonomía al Banco de España respecto de la Administración

⁶⁸² BANCO DE ESPAÑA [s.f.].

⁶⁸³ Publicado en: BOE, núm. 141, de 13 de junio de 1962, páginas 8106 a 8109.

⁶⁸⁴ Sobre la intervención sobre la banca privada y las cajas de ahorro ver a: FRANCH I SAGUER 1992.

⁶⁸⁵ BANCO DE ESPAÑA [s.f.].

⁶⁸⁶ Publicado en: BOE, núm. 154, de 27 de junio de 1980, páginas 14637 a 14639.

del Estado, dando así los primeros pasos para la independencia del Banco y su configuración como una AAI⁶⁸⁷.

En cuanto a su régimen legal, la Ley dispuso que se regiría por el estatuto de creación y aquellas normas que lo modificasen, se excluyeron las normas que regulaban los contratos estatales, la Ley General Presupuestaria y la Ley de organismos autónomos. El mandato del Gobernador del BE era de cuatro años, con la posibilidad de renovar el periodo, y su nombramiento estaba en manos el Jefe del Estado a propuesta del gobierno; por su parte, el subgobernador era nombrado por el gobierno a propuesta del Ministro de Economía.

El Consejo de General estaba integrado por el Gobernador, quien lo presidía, el Subgobernador; seis Consejeros designados por el Gobierno, el Director general de Política Financiera, el Director general del Tesoro, los Directores generales del Banco designados anualmente por el Gobernador con un número máximo de cuatro, y un Consejero representante del personal. De otra parte, el Consejo Ejecutivo estaba integrado por el Gobernador del Banco como Presidente, el Subgobernador, tres Consejeros, con dedicación suficiente, y elegidos por el Consejo General, entre los seis miembros del Consejo General designados por el Gobierno, y el Director general del Banco de España.

Una puerta que dejó abierta la Ley fue la posibilidad del cese de los miembros del Consejo General, incluidos el Gobernador y el Subgobernador, cuestión que al parecer es discrecional, puesto que literalmente el artículo 14, numeral 3, señala: “El Gobernador, el Subgobernador y los demás Consejeros cesarán en el cargo por: [...] Tres. Separación acordada por el Gobierno, previa instrucción de expediente por el Ministerio de Economía”. Este elemento impedía pregonar abiertamente la

⁶⁸⁷ “Desde el punto de vista funcional, la ley 30/1980 introdujo una novedosa garantía de la independencia al enunciar, entre las atribuciones del Banco de España la de «desarrollar[á] en sus vertientes interior y exterior, la política monetaria de acuerdo con los objetivos generales fijados por el gobierno, instrumentándola del modo que considere más adecuado para el cumplimiento de los fines a alcanzar, en especial el de salvaguardar el valor del dinero» (art. 3). De modo que este precepto no solo garantizaba la autonomía ejecutiva del banco central, a quien se le reconocía un amplio margen de libertad en la instrumentalización de la política monetaria, en el marco de las directrices fijadas –con objetivos generales– por el Gobierno, sino que, además, el propio legislador definía esa «instrumentación monetaria»: «salvaguardar el valor del dinero». POMEDE SÁNCHEZ en: CARLÓN RUIZ 2014: p. 197.

independencia propia de las AAI; sin embargo, con la creación de la Unión Europea –UE–, mediante el tratado de Maastricht (1993), el cual sembró las bases para la unión económica, política y social de los países que hoy conforman la Unión y en donde se propusieron sendos cambios internos a los países europeos, incluida España, se produjo una revolución en la política monetaria, que se tradujo en un cambio en la organización y autonomía del Banco central español⁶⁸⁸.

Los estándares mínimos que quedaron estatuidos en el protocolo “*sobre los estatutos del sistema europeo de bancos centrales y del banco central europeo*” son, entre otros, un periodo mínimo de cinco (5) años para el gobernador del banco central, la implementación de un régimen de garantías para el relevo de las funciones del gobernador, es decir, se le pone freno a la discrecionalidad en su remoción y le otorga fuertes las garantías del debido proceso, también alejó al Banco de sus antiguas funciones como financiador del Estado y como apéndice del Gobierno⁶⁸⁹.

Debido a estos acontecimientos, el Banco de España debió ser reformado para adecuarlo a los parámetros señalados en el citado protocolo; para llevar a cabo dicha labor el parlamento español expidió la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, en donde introdujo sendos cambios, comenzando por una precisa delimitación de su naturaleza jurídica y la normativa específica que lo rige, separándose de aquellas funciones que son de resorte de su naturaleza privada y de aquellas en las que actúa como una autoridad administrativa, sobre las cuales el BE y su actos están sometidos al derecho administrativo y al procedimiento administrativo común. También está fuera del alcance de la Ley 6/1997, del 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y reconociéndole su pertenencia al Sistema Europeo de Bancos Centrales –SEBC–⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Al respecto el plazo perentorio que determinó el protocolo: “14.1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Tratado, cada Estado miembro garantizará, a más tardar en la fecha de constitución del SEBC, la compatibilidad de su legislación nacional, incluidos los estatutos del banco central nacional, con los presentes Estatutos y el Tratado”. PROTOCOLO SOBRE LOS ESTATUTOS DEL SISTEMA EUROPEO DE BANCOS CENTRALES Y DEL BANCO CENTRAL EUROPEO.

⁶⁸⁹ Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España. Publicado en: BOE, núm. 131, de 2 de junio de 1994 Referencia: BOE-A-1994-12553.

⁶⁹⁰ MARTÍNEZ 2002: p. 273 y ss.

Al fragor de los aires de reindependización del BE, se le reconoció explícitamente la facultad de expedir normas de carácter administrativo, denominadas circulares en general y circulares monetarias; de otra parte, como garantía de independencia presupuestal, el BE elabora su propio presupuesto de gastos de funcionamiento e inversión, el cual es remitido al Gobierno, el cual les dará traslado a las Cortes Generales quienes dispondrán de su aprobación.

Respecto a la naturaleza organizativa del BE, hubo cambios importantes, entre ellos el Consejo General pasó a denominarse Consejo de Gobierno, esta vez integrado por el Gobernador, el Subgobernador, seis (6) Consejeros, el Director general del Tesoro y Política Financiera, y el Vicepresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; asistirán al Consejo los directores generales del Banco, con voz y sin voto; también asistirá un representante del personal del Banco, elegido en la forma que establezca el Reglamento interno del Banco, con voz y sin voto; el Ministro de Economía y Hacienda o el Secretario de Estado de Economía podrán asistir, con voz y sin voto, a las reuniones del Consejo cuando lo juzguen preciso a la vista de la especial trascendencia de las materias que vayan a considerarse. Finalmente se conserva la figura de Secretario del Consejo, con voz y sin voto, que la ejercerá el Secretario del Banco de España (art. 20)⁶⁹¹.

Por su parte, el Consejo Ejecutivo pasó a llamarse Comisión Ejecutiva, el Gobernador, que actuará como Presidente; el Subgobernador; dos Consejeros, a su vez asistirán a sus sesiones, con voz y sin voto, los directores generales del Banco de España y el Secretario de la Comisión quien es el mismo que funge como Secretario del BE (art. 22). En este sentido, se redujo el número de consejeros que integran la Comisión que pasó de tres a dos, ya no asistirá únicamente un Director general del BE sino todos, y se hace expresa alusión al Secretario de la Comisión.

Respecto de la designación del Gobernador, este es nombrado por el Rey a propuesta del Presidente del Gobierno, para un periodo de seis años no renovables, con lo cual

⁶⁹¹ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ 1989: p. 399-436

España cumple con las disposiciones comunitarias. El Subgobernador será designado por el Gobierno, esta vez a propuesta del Gobernador de BE y no por el Ministro de Economía y Hacienda. Los consejeros serán nombrados por el Gobierno para un periodo de seis años renovables por una sola vez, previa propuesta del Ministro de Economía y Hacienda. Los miembros de la Comisión Ejecutiva son designados por el Gobierno a propuesta del Gobernador del BE.

Las causas de cese de los miembros de los órganos rectores del BE son taxativas y están inscritos en la ley, por lo cual se abandona la discrecionalidad que otrora amenazara la independencia y autonomía del Banco Central español (art. 25, núm. 4.)⁶⁹².

3.4. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)

La Agencia Española de Protección de Datos –AEPD– fue creada por la Ley Orgánica 5/1992 del 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, teniendo en cuenta que los desarrollos tecnológicos en la recolección y tratamiento de datos de este carácter conllevaban una amenaza para la privacidad e intimidad de las personas; así pues, el legislador en aras de proteger los derechos reconocidos por la Constitución española en el artículo 18.4, dispuso su conformación.

Fue concebida como una auténtica Autoridad Administrativa Independiente –AAI–⁶⁹³, siendo un Ente de Derecho Público que goza de personalidad jurídica propia y que desempeña sus funciones con independencia plena de las Administraciones públicas con un régimen jurídico propio (Ley y Estatuto propios), independencia presupuestal (Ley 5/1992, art. 34. Núm. 6), pero quizás la más importante es la independencia de carácter personal y funcional que tiene el presidente, quien según la Ley y el Estatuto de la Agencia (Decreto Real 428/1993)⁶⁹⁴ ejerce su mandato con plena objetividad y no se encuentra sujeto a la instrucción o tutela de ningún

⁶⁹² FERNÁNDEZ RODRIGUEZ 1989: p. 399-436.

⁶⁹³ TRONCOSO REIGADA 2009: p. 27-216

⁶⁹⁴ Decreto Real 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos. Publicado en: BOE, núm. 106, de 4 de mayo de 1993, páginas 13244 a 13250.

funcionario; es decir, que por encima de él en la escala jerárquica no existe nadie, ni un Ministro, ni el Presidente de España.

El periodo del Presidente de la AEPD es de cuatro años y no puede ser retirado de su cargo sino por las causas expresamente determinadas por la Ley, lo que deja por fuera la posibilidad de cese discrecional del Presidente, contrario a lo que ocurre con los miembros del Consejo Consultivo, quienes son nombrados y cesados por el Gobierno, este último es el órgano colegiado de asesoramiento de la Agencia (Decreto Real 428/1993, art. 19. Núm. 3).

La Agencia tiene dos funciones fundamentales, la facultad de inspección de datos autorizada por el artículo 39 de la Ley Orgánica 5/1992 del 29 de octubre, y velar por la publicidad de la existencia de los ficheros automatizados de datos de carácter personal, con el fin de proteger y hacer efectivo el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación que son regulados por los artículos 13 a 15 de la Ley Orgánica 5/1992⁶⁹⁵.

De lo anterior puede concluirse que la AEPD es una verdadera AAI, puesto que esta goza de garantías de independencia tanto funcional como personal de la Administración General del Estado, estando no adscrita a ninguno de los ministerios del Gobierno. El Presidente de la Agencia no debe recibir o seguir órdenes o instrucciones de un funcionario superior⁶⁹⁶. Cosa distinta sucedió en Alemania, en donde se decidió someter a la tutela de los Estados federales a las Autoridades de control, encargadas de vigilar el tratamiento de datos personales en los Estados de la federación alemana (Länder), por tal razón, en 2010 la Gran Sala del Tribunal de Justicia Europeo, adoptó una decisión respecto de la presunta violación de la Directiva 95/46/CE por parte de la República Federal de Alemania⁶⁹⁷.

Así pues, la Comisión de las Comunidades Europeas, interpuso un recurso solicitándole al Tribunal de Justicia declarar que la República Alemana había

⁶⁹⁵ TRONCOSO REIGADA 2009: p. 99.

⁶⁹⁶ MURO IBAS: 1998. p. 381- 421.

⁶⁹⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. *Asunto C-518/07 de 9 de marzo de 2010*. Luxemburgo.

incumplido las obligaciones que imponían la Directiva⁶⁹⁸ europea mencionada, a lo que la República Alemana respondió que la expresión “con total independencia” se refiere a la independencia del sector económico que vigilan o regula, y no de la Administración del Estado, por lo que resulta relevante citar los argumentos utilizados por el Tribunal para tomar la decisión:

Primero, sobre la interpretación de la Directiva Europea: “(...) el artículo 28, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que las autoridades de control competentes para vigilar el tratamiento de datos personales en el sector no público han de disfrutar de la independencia que les permita ejercer sus funciones sin influencia externa. Esta independencia excluye no sólo cualquier influencia que pudieran ejercer los organismos sujetos a control, sino también toda

⁶⁹⁸ “El artículo 28 de la Directiva 95/46, titulado «Autoridad de control», dispone:

1. Los Estados miembros dispondrán que una o más autoridades públicas se encarguen de vigilar la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas por ellos en aplicación de la presente Directiva.

Estas autoridades ejercerán las funciones que les son atribuidas con total independencia.

2. Los Estados miembros dispondrán que se consulte a las autoridades de control en el momento de la elaboración de las medidas reglamentarias o administrativas relativas a la protección de los derechos y libertades de las personas en lo que se refiere al tratamiento de datos de carácter personal.

3. – La autoridad de control dispondrá, en particular, de:

poderes de investigación, como el derecho de acceder a los datos que sean objeto de un tratamiento y el de recabar toda la información necesaria para el cumplimiento de su misión de control;

poderes efectivos de intervención, como, por ejemplo, el de formular dictámenes antes de realizar los tratamientos, con arreglo al artículo 20, y garantizar una publicación adecuada de dichos dictámenes, o el de ordenar el bloqueo, la supresión o la destrucción de datos, o incluso prohibir provisional o definitivamente un tratamiento, o el de dirigir una advertencia o amonestación al responsable del tratamiento o el de someter la cuestión a los parlamentos u otras instituciones políticas nacionales;

capacidad procesal en caso de infracciones a las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva o de poner dichas infracciones en conocimiento de la autoridad judicial.

Las decisiones de la autoridad de control lesivas de derechos podrán ser objeto de recurso jurisdiccional.

4. Toda autoridad de control entenderá de las solicitudes que cualquier persona, o cualquier asociación que la represente, le presente en relación con la protección de sus derechos y libertades respecto del tratamiento de datos personales. Esa persona será informada del curso dado a su solicitud.

Toda autoridad de control entenderá, en particular, de las solicitudes de verificación de la licitud de un tratamiento que le presente cualquier persona cuando sean de aplicación las disposiciones nacionales tomadas en virtud del artículo 13 de la presente Directiva. Dicha persona será informada en todos los casos de que ha tenido lugar una verificación.

5. Toda autoridad de control presentará periódicamente un informe sobre sus actividades. Dicho informe será publicado.

6. Toda autoridad de control será competente, sean cuales sean las disposiciones de Derecho nacional aplicables al tratamiento de que se trate, para ejercer en el territorio de su propio Estado miembro los poderes que se le atribuyen en virtud del apartado 3 del presente artículo. Dicha autoridad podrá ser instada a ejercer sus poderes por una autoridad de otro Estado miembro.

Las autoridades de control cooperarán entre sí en la medida necesaria para el cumplimiento de sus funciones, en particular mediante el intercambio de información que estimen útil.

7. Los Estados miembros dispondrán que los miembros y agentes de las autoridades de control estarán sujetos, incluso después de haber cesado en sus funciones, al deber de secreto profesional sobre informaciones confidenciales a las que hayan tenido acceso”.

orden o influencia externa, directa o indirecta, que pudiera poner en peligro el cumplimiento de la tarea que corresponde a dichas autoridades de establecer un justo equilibrio entre la protección del derecho a la intimidad y la libre circulación de datos personales”.⁶⁹⁹

Segundo, sobre la tutela del Estado esto dijo el alto Tribunal: “debe subrayarse que la mera posibilidad de que las autoridades de tutela puedan ejercer influencia política sobre las decisiones de las autoridades de control es suficiente para obstaculizar el ejercicio independiente de las funciones de éstas. Por un lado, como señaló la Comisión, podría darse en tal caso una «obediencia anticipada» de las autoridades de control a la vista de la práctica decisoria de la autoridad de tutela. Por otro, el papel de guardianas del derecho a la intimidad que asumen las autoridades de control exige que sus decisiones y, por tanto, ellas mismas, estén por encima de toda sospecha de parcialidad”.⁷⁰⁰

Respecto de la legitimidad democrática de las AAI, que para algunos autores son uno de los puntos débiles de estas entidades, el Tribunal apuntó: “el hecho de conceder a las autoridades de control en materia de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales en el sector no público un estatuto independiente de la Administración general no priva, por sí mismo, a dichas autoridades de su legitimidad democrática”.⁷⁰¹

Finalmente, con base en estos y otros poderosos argumentos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea resolvió declarar responsable a Alemania de haber incumplido con las responsabilidades que le habían sido cargadas por medio de la Directiva 95/46/CE. En una decisión similar del 8 de abril de 2014, *Comisión Europea v. Hungría*, el Tribunal declaró que la nación húngara había incumplido las obligaciones impuestas por la Directiva 95/46/CE, al poner fin al mandato del Supervisor de la Autoridad de Control de la Protección de Datos Personales, debido a que esta fue remplazada por la Autoridad Nacional de Protección de Datos y

⁶⁹⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. *Asunto C-518/07*.

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ *Ibid.*

Libertad de Información, y como consecuencia, el Presidente de la nación nombró un nuevo Supervisor, por lo que el problema jurídico discurre sobre si era posible dar por terminado el mandato del anterior Supervisor, aún si la creación de la nueva entidad no era una causal para dar por terminado su periodo.⁷⁰²

En este caso, el Tribunal de Justicia encontró que no era admisible como argumento, para dar por terminado el periodo del Supervisor, el cambio de modelo institucional de autoridad de control.⁷⁰³

3.5. Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es, en efecto, un producto de la liberalización del mercado de las telecomunicaciones en Europa, iniciado a finales de la década de 1980⁷⁰⁴, pero que debido a múltiples razones arribó a España a mediados y finales de la década de 1990, de la mano de las directivas y presiones comunitarias sobre el particular⁷⁰⁵.

En 1992, España firma el tratado de Maastricht e ingresa a la Unión Monetaria Europea –UME–; En 1993, la Comisión Europea estableció un plazo máximo para liberalizar el mercado de las telecomunicaciones que se cumpliría en 1998. Sin embargo, España conducida para esa época por un Gobierno de corte socialista o de

⁷⁰² Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. *Asunto C-288/12 de 8 de abril de 2014*. Luxemburgo.

⁷⁰³ En el apartado 59 de la Sentencia del Tribunal se lee: “De lo anterior se desprende que Hungría puso fin al mandato del Supervisor sin respetar las garantías establecidas por la ley para proteger su mandato, menoscabando de este modo su independencia en el sentido del artículo 28, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 95/46. El hecho de que esta terminación antes de tiempo obedezca a un cambio de modelo institucional no puede hacerla compatible con la independencia de las autoridades de control exigida por esta disposición, tal como se ha señalado en el apartado 54 de la presente sentencia”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. *Asunto C-288/12 de 8 de abril de 2014*. Luxemburgo.

⁷⁰⁴ ORTÍZ LAVERDE 2014: p. 272. De otra parte, FERNÁNDEZ 2014 *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*. Madrid: Ed. Universidad Complutense. Revista de Administración Pública, Núm. 150, septiembre-diciembre, 1999. Sobre el inicio de la liberalización en Europa y la creación de un único mercado económico europeo: “(...) durante muchos años hasta que la Comunidad dio el salto adelante con el Acta Única de 1986, que transformó el inicial mercado común en un auténtico mercado único, con la vista puesta ya en la unión económica y monetaria. Con ello se activó el proceso de liberalizaciones que por su fuerza hizo saltar todas las alarmas”.

⁷⁰⁵ FERNÁNDEZ 1999. En una audaz crítica al tratado señaló: “La existencia de monopolios nacionales, de ayudas públicas a empresas concretas (públicas o privadas), de posiciones de dominio (jurídicas o fácticas), entraba frontalmente en colisión con el proyecto concebido y, por lo tanto, más pronto o más tarde, tendrían que desaparecer. El reto estaba, pues, planteado desde el comienzo y lo estaba con carácter general, porque hay objetivos que el mercado y sus leyes —la libre competencia— no pueden alcanzar y a los que ninguno de los Estados miembros, todos ellos instalados en un mismo nivel cultural, podía renunciar, cualquiera que fuese la forma o la técnica con que viniera enfrentando el problema de acuerdo con sus peculiares tradiciones”.

izquierda moderada (PSOE, en cabeza de Felipe González, se mantuvo en el poder de 1982 a 1996), que preocupado por la *Universalización* del servicio de telecomunicaciones, responsabilidad en cabeza de la Compañía Telefónica Nacional de España –Telefónica–, pidió a la Comunidad una moratoria –o plazo para liberalizar gradualmente el mercado–⁷⁰⁶; sin embargo, con la llegada de José María Aznar, miembro del partido de derecha PP, se renunció a la moratoria y se inició un acelerado proceso de liberalización del mercado⁷⁰⁷.

Así las cosas, España se ponía al día dentro del proceso de liberalización del mercado de las telecomunicaciones de manera tardía, por lo que dentro de un periodo relativamente corto de tiempo se llevaron a cabo un maremágnum de cambios normativos y estructurales⁷⁰⁸. Para garantizar la libre concurrencia, transparencia e igualdad de trato entre los competidores del nuevo mercado liberalizado, se hizo necesaria la creación de una autoridad reguladora, en este caso la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones –CMT–⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ CALZADA Y COSTAS 2013.

⁷⁰⁷ CALZADA Y COSTAS 2013; p. 14. Sobre la renuncia a la moratoria y el proceso emprendido por el Presidente José M. Aznar para liberalizar el mercado de telecomunicaciones: “Existen dos argumentos que permiten explicar porque el Gobierno de José Maria Aznar renunció definitivamente a la moratoria y liberalizó el mercado en 1998. El primero es que esperaba conseguir beneficios políticos de la liberalización. El segundo es que con esta medida quiso apoyar la política de alianzas de Telefónica.(...) El Gobierno de Aznar aceleró la liberalización creyendo que esto le ayudaría a modernizar el país. Consideraba que la política de telecomunicaciones podía ser la nueva política industrial del siglo XXI. Existen al menos tres decisiones del Gobierno que nos permiten ilustrar esta hipótesis”.

⁷⁰⁸ GARCÍA-LEGAZ PONCE 2001: p. 104-105 a este respecto asegura que: “Las primeras medidas liberalizadoras de alcance general se adoptaron mediante el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio que, tras su tramitación parlamentaria, se transformó en la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. La aprobación del Real Decreto 2066/1996, de 13 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del cable, del Real Decreto 136/1997, de 31 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de las telecomunicaciones por satélite, del Real Decreto 1752/1997, de 24 de julio, regulador del servicio de comunicaciones móviles en su modalidad DCS-1800, del Acuerdo de Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 1997, que aprueba el Plan Nacional de Numeración y del Real Decreto-Ley 1/1998, de 27 de febrero, regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones, sirvieron para anticipar la introducción de competencia en los mercados españoles de telecomunicaciones hasta la aprobación de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que constituye la norma reguladora básica de los mercados de telecomunicaciones bajo el principio básico de la liberalización”.

⁷⁰⁹ Así quedó anotado en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 6/1996, de junio 7, de liberalización de las telecomunicaciones [Disposición derogada]: “La exigencia inaplazable de salvaguardar el cumplimiento efectivo por todos los partícipes en el mercado de las telecomunicaciones de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato hace imprescindible la creación de una Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como órgano independiente encargado de velar por la aplicación de tales principios y de arbitrar los conflictos entre los operadores del sector. (...) Asimismo, la necesidad de acomodar la legislación española a la normativa comunitaria europea que, respecto de los servicios finales, prevé unos plazos máximos para su liberalización, obliga a la modificación de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones. En esta línea, y por lo que se refiere a los servicios finales y portadores, se impone crear,

Por medio del Real Decreto-Ley 6/1996, de junio 7, luego del trámite parlamentario correspondiente devino en la Ley 12/1997, del 24 de abril, de Liberación de las Telecomunicaciones, se creó una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, sometida a las normas particulares citadas y al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, denominada Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con el fin de, entre otros, *i)* arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre operadores de redes y servicios del sector de las telecomunicaciones, *ii)* velar por la libre competencia, *iii)* funciones administrativas de otorgamiento de autorizaciones y asesoramiento al gobierno, *iv)* ejercicio de la potestad sancionadora.

Estaba conformado por un presidente y un vicepresidente, nombrados por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Fomento y cinco Consejeros, elegidos por el Ministro citado. Esta composición fue a su vez modificada por la ley de convalidación, Ley 12/1997, siendo entonces siete Consejeros, el Presidente y el Vicepresidente, todos nombrados por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Fomento, el cual, además, debía comparecer ante el Congreso de los Diputados para allí informar sobre las personas que postulaba (Art. 1. Núm. 3.2.). La única garantía de independencia de la Administración General del Estado y del Gobierno que se puede extraer del texto es la de cese de los consejeros, incluidos el Presidente y el Vicepresidente, las cuales eran taxativas. Puesto que esta entidad era, en efecto, independiente del mercado regulado.

La mentada Ley 12/1997, reforzó y agregó nuevas y específicas funciones al abanico de competencias ya enunciado, resumidas en *i)* la protección de los derechos de los ciudadanos, *ii)* la protección y garantía de la libertad de competencia, *iii)* la potestad tarifaria y el control de los precios del mercado, *iv)* las funciones de órgano arbitral de conflictos, pero con una característica especial y es la facultad de expedir una resolución vinculante para resolver un conflicto no sometido voluntariamente a su

de forma inmediata, las condiciones que garanticen la libre concurrencia en el mercado y la igualdad de trato a los operadores del sector tal como se ha indicado. El objetivo, a corto plazo, no es otro que constituir una importante fuente de riqueza para la economía española que incida positivamente en la creación de puestos de trabajo”.

conocimiento en materia de interconexión de redes y uso del espectro electromagnético, v) el ejercicio de la potestad sancionadora por el desacato de las instrucciones impartidas por la entidad en ejercicio de la salvaguarda de la libertad de competencia⁷¹⁰.

A parecer de la presente investigación la CMT no dejó de ser una entidad autónoma en buen grado, pero aun así dependiente del Gobierno, no puede pregonar, merced de la disposición adicional undécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, un verdadero halito de independencia, contrario a lo que arguyen algunos autores⁷¹¹, puesto que la adscripción a un Ministerio y la ausencia en el texto legal fundacional de vocablos y elementos dicentes sobre este aspecto, permiten defender la tesis de que esta no era sino hasta bien entrada la segunda década del siglo XXI más que un organismo con un cierto grado de autonomía, vocablo también ausente en los estatutos que la regulan.

En conclusión, fue hasta la expedición de la Ley 2/2011⁷¹² de Economía Sostenible, que esta entidad adquirió el carácter de independiente, fue esta norma la que la asimiló a una entidad reguladora con absoluta independencia, tanto del mercado como del Gobierno y de la Administración General del Estado, se considera que antes no gozaba de esa categoría⁷¹³.

3.6. Comisión Nacional de la Energía (CNE)

El antecedente próximo de la Comisión Nacional de la Energía –CNE– es la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico⁷¹⁴ –CNSE– a quien reemplazó, esta última

⁷¹⁰ La Ley 32/2007, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, artículo 48, reforzó las funciones de la CMT, y la adscribió al Ministerio de Ciencia y Tecnología, a través de la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, sin cambiar su naturaleza de “dependiente” del Gobierno. [Disposición Derogada]

⁷¹¹ ORTÍZ LAVERDE 2014: p. 277.

⁷¹² Publicada en: BOE. núm. 55, de 05/03/2011.

⁷¹³ MARTINEZ VILA 1998: p. 2195-2198

⁷¹⁴ Antes de esta existió una comisión denominada Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) fue creada por medio de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, un autor español señaló: “Con este objetivo contemplaba la totalidad de actividades de que conformaban dicho sector: generación. Transporte, explotación unificada, intercambios internacionales. Distribución y suministro. Respecto de estas actividades la Ley introdujo algunas modificaciones sobre la regulación de aspectos concretos de las mismas, haciendo una compilación sobre la dispersa legislación y normativa. Adicionalmente,

fue creada por la Ley 54/1997 del 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, norma que regulaba la liberalización del mercado de la energía eléctrica en España, creando un ente regulador con amplias facultades en materia de solicitud de información y de resolución de conflictos entre los competidores del mercado y en su colaboración con las instancias administrativas encargadas de la defensa de la competencia, entre otras. La CNSE estaba adscrita al Ministerio de Industria y Energía, esto quiere decir que el ministro podía ejercer facultades de tutela sobre la actividad de la Comisión.

Por otra parte, la Comisión estaba regida por un presidente y ocho vocales con periodos personales de seis años, renovables, nombrados por Real Decreto a propuesta del ministro del sector, previo debate ante el Congreso de los Diputados (art. 6. Núm. 1, 2, 3). Interesante nota de autonomía, pues no se considera que esta hubiese gozado de independencia en los términos que se han analizado a las precedentes instituciones en las diferentes latitudes del globo, es la estipulación clara de causales de cese de los miembros [art. 6. Núm. 4].

El 7 de octubre de 1998, la Ley 34, del sector de hidrocarburos, unificó la vigilancia y regulación de los mercados de energía eléctrica e hidrocarburos como consecuencia de “la vinculación e interdependencia de los sectores energéticos, la similar problemática de algunos de ellos, especialmente, como se ha señalado, del gas natural y de la electricidad, y la progresiva interrelación empresarial en este ámbito económico recomiendan atribuir a un único órgano la regulación y vigilancia del mercado energético, para garantizar su transparencia y coordinar adecuadamente los criterios de resolución de los asuntos que conozca”⁷¹⁵.

De esta unificación surgió la Comisión Nacional de la Energía, quien como ente regulador estaría encargada del funcionamiento de los sistemas energéticos (el mercado eléctrico y los mercados de hidrocarburos, tanto líquidos como gaseosos), teniendo por objeto velar por la competencia efectiva en los mismos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, lo que demandó la supresión de la

la Ley dio una solucionando en aquéllos momentos un problema pendiente que había venido influyendo en la estabilidad del sector durante todo el anterior periodo”. RODRIGUEZ ROMERO 2006.

⁷¹⁵ Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. *Exposición de motivos*. Publicada en: BOE núm. 241, de 8 de octubre de 1998, páginas 33517 a 33549.

Comisión Nacional del Sistema Eléctrico [Disposición adicional undécima]. Sin embargo, la estructura y la naturaleza de la nueva entidad no varió significativamente respecto de su predecesora, por el contrario, continuó estando adscrita al Ministerio de Industria y Energía; además, continuaba estando regentada por un presidente, ocho (8) vocales y un secretario con voz pero sin voto, que integrarían el Consejo de Administración, donde podían asistir el Ministro del ramo con voz pero sin voto. El procedimiento de elección y el periodo continuaron siendo idénticos, así también las causales de cese de los miembros.

Hay que recordar que la legislación anotada aparece vacilante respecto de la independencia e incluso de la misma autonomía de la Comisión en sus distintas etapas, y mientras el contexto histórico ameritaba la creación de un ente regulador absolutamente independiente, el legislador optó por un modelo más acorde a la constitución y a la tradición española, tal como lo señala González Serrano:

“Dentro de la tipología de entes administrativos existentes en 1995, la autonomía e independencia de que gozan los entes reguladores como algo consustancial a su naturaleza, era extraña a nuestro Derecho y el legislador, en la LOSEN, hubo de hacer una regulación sin antecedentes en los que basarse, y en especial en reparto de atribuciones entre la Administración del Estado y el órgano regulador; optando por atribuir a la CSEN, junto con la calificación de ente regulador, un conglomerado de funciones de muy distinta naturaleza y calado, con mayor o menor acierto, tratando de dar respuestas al estado de opinión de aquel momento, que demandaba la creación de un órgano regulador independiente, pero al que dotó de contenido real de enorme ambigüedad y poco meditado, a mi juicio”⁷¹⁶.

Prima facie se afirma con reserva que tanto la CNSE como la CNE eran autoridades administrativas independientes fallidas puesto que aunque concebidas con el propósito de ostentar un importante grado de autonomía, dadas las especiales

⁷¹⁶ SERRANO GONZÁLEZ 1999.

funciones regulatorias que poseían, estaban atadas al control del Ministerio del sector y a las normas que rigen la Administración General del Estado⁷¹⁷,

Sin embargo, con el advenimiento de la Ley 2/2011, del 4 de marzo, de Economía Sostenible, tanto la Comisión Nacional de la Energía como las demás Autoridades de Regulación⁷¹⁸ fueron homogeneizadas y sus naturalezas jurídicas puestas en orden, y a la vanguardia de los retos que deben afrontar. Sobre el particular, la citada Ley señaló: “(...) La naturaleza jurídica y el régimen de funcionamiento de la Comisión Nacional de Energía serán los previstos en los artículos 8.3 y 8.4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. (...) La relación de la Comisión Nacional de Energía con las entidades públicas y privadas y su independencia funcional serán las previstas en el artículo 9 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. (...) La organización del personal de la Comisión Nacional de Energía, sus funciones, procesos de selección y nombramiento y las garantías para su actuación serán los previstos en la sección 4.^a, del Capítulo II, del Título I de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible”⁷¹⁹.

En ese sentido y remitiéndose a su propio cuerpo normativo, la Ley de Economía Sostenible reafirmó la independencia de estas tres autoridades de regulación, incluyendo la CNE, con dos poderosos postulados independentistas, el primero corresponde al artículo 8, numeral tercero que al tenor literal señala que: “Los Organismos Reguladores están dotados de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Actúan en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo, están sometidos al control parlamentario y judicial”.

A continuación, el artículo 9, numeral segundo, destaca explícitamente la independencia y autonomía, el texto reza: “En el desempeño de las funciones que les

⁷¹⁷ MAGIDE HERRERO 2000: p. 49.

⁷¹⁸ La Ley considera Organismos o Autoridades de Regulación las actuales Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y Comisión Nacional del Sector Postal. [Art. 8. Núm. 1, Ley 2/2011]

⁷¹⁹ Disposición final trigésima tercera. Modificación de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

asigna su legislación específica, y sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa, ni el personal ni los miembros de los órganos rectores de los Organismos Reguladores o de la Comisión Nacional de la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada”. Esto constituyó un verdadero adelanto del derecho administrativo español, que entendiendo la naturaleza que deben tener dichos organismos reguladores los invistió de plena independencia, tanto del sector regulado (Art. 9. Núm. 1), como de la Administración General del Estado.

3.7. Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP)

La liberalización del sector postal en España data de 1998 y se realizó por medio de la Ley 24/1998⁷²⁰ del 13 de julio, del Servicio Postal Universal y la Liberalización de los Servicios Postales, cuya inspiración fue precisamente la Directiva 97/67/CE, del 15 de diciembre de 1997, aprobados por el Parlamento y el Consejo Europeo, respecto de la liberalización del mercado postal en la Comunidad Europea y mejora en la calidad de los servicios postales⁷²¹.

Así pues en el año de 1998, España cambia la prestación de los servicios postales que funcionaban como un monopolio estatal, a un nuevo régimen de libre competencia⁷²². Pero en aquella oportunidad no se creó un órgano regulador independiente, solo

⁷²⁰ Publicada en: BOE. núm. 167, de 14 de julio de 1998, páginas 23473 a 23486.

⁷²¹ En la Exposición de Motivos de la Ley 24/1998 se argumentó: “Es necesario, pues, establecer una regulación sistemática en la que se determine el régimen al que ha de sujetarse la prestación del servicio postal universal, se garantice el derecho a las comunicaciones postales de todos los ciudadanos y empresas y se reconozca el ámbito del sector postal que se encuentra liberalizado, fijando las reglas básicas que permitan la libre competencia. La Ley aporta seguridad jurídica a quienes concurren en un mercado en régimen de libre competencia que, hasta ahora, carecía de una regulación sustantiva que determinase con claridad el contorno de sus derechos y obligaciones.

La aprobación por el Parlamento Europeo y el Consejo, el 15 de diciembre de 1997, de la Directiva 97/67/CE relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales en la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, inspira la nueva regulación postal en España”.

⁷²² Ley 23/2007, Exposición de Motivos: “Esta ley ha permitido que una parte de los servicios postales se presten en régimen de libre competencia y, con este fin, ha definido unas reglas mínimas de ordenación del sector y ha impulsado la aparición de operadores diferentes a Correos y Telégrafos, S. A., que han acabado con el monopolio del Estado en el servicio de correos. Resulta necesario adoptar ahora otras medidas complementarias que hagan más efectiva la competencia entre los operadores en el sector liberalizado y, en especial, la creación de un organismo independiente, tanto de la Administración como de los operadores, que tenga la capacidad de ordenar y resolver los problemas que puedan obstaculizar el libre ejercicio de la competencia”.

después de casi una década se crea la Comisión Nacional del Sector Postal –CNSP–, quien como ente regulador se encargó de velar por la transparencia y buen funcionamiento del mercado postal liberalizado español y así hacer frente a los problemas que este viraje pudiese generar. Es mediante la Ley 23/2007⁷²³, del 8 de octubre, que se creó la CNSP como una persona jurídica de derecho público, que aunque adscrita al Ministerio de Fomento, era independiente funcionalmente de la Administración General del Estado, regentada por un Consejo Rector, integrado por cinco (5) Consejeros, uno de los cuales fungía como Presidente del Consejo y Presidente de la Comisión, otro de los consejeros hacía las veces de vicepresidente. El Presidente, el Vicepresidente y los consejeros eran nombrados por el Gobierno mediante real decreto adoptado a propuesta del Ministro de Fomento (Art. 4. Núm. 4.). Esta no se constituiría sino hasta el 26 de julio del año 2010, entrando en ejercicio de funciones efectivas el 6 de octubre de ese mismo año⁷²⁴.

La CNSP ejercía cuatro tipos de funciones, una primera de resolución de conflictos entre operadores, una función muy similar a la que desempeñan las AAI Norteamericanas; segundo, competencia de protección de los derechos de los ciudadanos, similar a sus homologas francesas; tercero, competencias de sanción a los operadores que incurrieren en alguna falta prescrita por la Ley, y cuarto, funciones administrativas de organización del mercado (Art. 7.). Fue esta la AAI más cercana funcionalmente a los designios Estadounidenses de la institución reguladora⁷²⁵. Su naturaleza y organización también fue reformada por la Ley 2/2011, 4 de marzo, de Economía Sostenible, dentro del proceso de homogeneización iniciado por esta.

3.8. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)⁷²⁶

3.8.1. Panorama previo: antecedentes

⁷²³ Publicado en: BOE. núm. 242, de 09/10/2007. [Disposición Derogada]

⁷²⁴ COMISIÓN NACIONAL DEL SECTOR POSTAL 2012: p. 9.

⁷²⁵ DOMINGO GUTIERREZ 2005: p. 191-248.

⁷²⁶ La creación de la CNMC implicó la desaparición de la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

Como se ha podido observar, en España han existido desde el periodo posfranquista un considerable cúmulo de organismos reguladores y de naturaleza administrativa con generosos caracteres de independencia. Desde la creación de la RTVE hasta este último peldaño de composición de la regulación ibérica en el que se encuentra la CNMC, pasando por el Banco de España –BE–, el Consejo Nacional de la Electricidad –CNE–, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones –CMT–, la Comisión Nacional del Sector Postal –CNSP–, la Comisión Nacional de la Competencia⁷²⁷ –CNC–, entre otras de gran importancia, las cuales son una expresión de la regulación sectorial de los mercados que fueron liberalizados por el Estado español, preponderantemente desde su adhesión a la Unión Monetaria Europea –UME– y posteriormente a fuerza de los acuerdos y directivas de los estamentos de la Unión Europea –EU–. Se trae a colación un rasgo del devenir jurídico español que parece particular y ocurre en el año 2011, cuando apenas dos años antes de la creación de la CNMC, por medio de la Ley 2/2011, del 4 de marzo, de Economía Sostenible –LES–, las autoridades de regulación⁷²⁸ habían sido actualizadas a los estándares europeos de regulación y de esta manera habían conseguido una indudable

⁷²⁷ Esta última fue creada por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, como una institución independiente del Gobierno, que integraba los servicios del Tribunal de Defensa de la Competencia. La CNC era un organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional así como de velar por la aplicación coherente de la presente Ley mediante el ejercicio de las funciones que se le atribuyen en la misma. Se encontraba integrada por la Presidencia de la Comisión, El Consejo de la misma como órgano colegiado compuesto por siete (7) miembros, el Presidente de la CNC y seis (6) Consejeros, y la Dirección de Investigación encargada de la investigación e instrucción de los expedientes.

⁷²⁸ La citada Ley señaló en su artículo 8: “1. A los efectos de lo previsto en este Capítulo, tienen la consideración de Organismo Regulador las actuales Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y Comisión Nacional del Sector Postal.

2. Sin perjuicio de lo anterior, serán de aplicación a la Comisión Nacional de la Competencia, el apartado 2 del artículo 9, los apartados 2, 3, 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 12, el artículo 13, los apartados 1, 3 y 4 del artículo 15, el artículo 16, el artículo 19, el apartado 3 del artículo 20, el artículo 21 y el artículo 24 de la presente Ley. El Director de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, dada su condición de alto cargo de la Administración General del Estado, estará sometido al régimen establecido en el artículo 15.3.

3. Los Organismos Reguladores están dotados de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Actúan en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo están sometidos al control parlamentario y judicial.

4. Los Organismos Reguladores se regirán por las normas del presente Capítulo, por su legislación específica, en lo que no resulte afectado por la presente Ley, y por sus estatutos, aprobados mediante el correspondiente Real Decreto. En lo no previsto en las anteriores normas, se regirán por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su disposición adicional décima, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y por el resto del ordenamiento jurídico”.

independencia⁷²⁹, acompañada de una homogeneización⁷³⁰ que las elevó a un nivel de igualdad estructural. Empero, dos años más tarde el panorama ya establecido y en gran medida perfeccionado, encuentra un nuevo cambio, esta vez de dimensiones

⁷²⁹ Artículo 9 de la Ley 2/2011: “2. En el desempeño de las funciones que les asigna su legislación específica, y sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa, ni el personal ni los miembros de los órganos rectores de los Organismos Reguladores o de la Comisión Nacional de la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada”.

⁷³⁰ Los artículos 11 y subsiguientes estipularon: “Artículo 11. Organización de los Organismos Reguladores. Los Organismos Reguladores ejercerán sus funciones a través de un Consejo. La representación legal del Organismo corresponderá a su Presidente.

Artículo 12. El Consejo y su Presidente.

1. El Consejo es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones atribuidas al Organismo Regulador, sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar. Entre sus facultades indelegables se encuentran la aprobación de los presupuestos del Organismo, y de su memoria anual y sus planes anuales o plurianuales de actuación en que se definan sus objetivos y sus prioridades, así como, si las tuviese atribuidas, las funciones de arbitraje y la potestad de dictar instrucciones de carácter general a los agentes del mercado objeto de regulación o supervisión en cada caso.

2. Serán miembros del Consejo el Presidente del Organismo, que también lo será del Consejo, y seis Consejeros.

3. A las reuniones del Consejo podrá asistir con voz, pero sin voto, el personal directivo, y cualquier persona del personal no directivo, que determine el Presidente, de acuerdo con los criterios generales que a tal efecto acuerde el Consejo. No podrán asistir a las reuniones del Consejo los miembros del Gobierno ni los altos cargos de las Administraciones Públicas.

4. Corresponde a la presidencia del Consejo el ejercicio de las siguientes funciones:

a) Ejercer, en general, las competencias que a los Presidentes de los órganos colegiados administrativos atribuye la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común.

b) Convocar al Consejo por propia iniciativa o a petición de, al menos, la mitad de los Consejeros, y presidirlo.

c) Establecer el criterio de distribución como ponentes, en su caso, de asuntos entre los Consejeros.

5. El Consejo se entenderá válidamente constituido con la asistencia del Presidente y tres Consejeros. La asistencia de los Consejeros a las reuniones del Consejo es obligatoria, salvo casos justificados debidamente.

6. Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos de los asistentes. En caso de empate decidirá el voto de quien presida.

7. En caso de vacante, ausencia o enfermedad del Presidente, le suplirá el consejero de mayor antigüedad y, a igualdad de antigüedad, el de mayor edad.

8. El Consejo, a propuesta del Presidente, elegirá un Secretario no Consejero, que tendrá voz pero no voto, al que corresponderá asesorar al Consejo en derecho, informar sobre la legalidad de los asuntos sometidos a su consideración, así como las funciones propias de la secretaría de los órganos colegiados. El servicio jurídico del organismo dependerá de la Secretaría del Consejo.

9. El Consejo aprobará el Reglamento de funcionamiento interno de su Organismo, en el que se regulará la actuación de sus órganos, la organización del personal, el régimen de transparencia y de reserva de la información y, en particular, el funcionamiento del Consejo, incluyendo su régimen de convocatorias y sesiones, y el procedimiento interno para la elevación de asuntos para su consideración y su adopción. La aprobación del Reglamento requerirá el voto favorable de, al menos, cinco miembros del Consejo.

Artículo 13. Nombramiento y mandato de los miembros del Consejo.

1. El Presidente y los Consejeros serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio competente, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional, previa comparecencia del Ministro y de las personas propuestas como Presidente y Consejeros ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que versará sobre la capacidad de los candidatos. La comparecencia del Presidente, además, se extenderá a su proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado.

2. El mandato del Presidente y los Consejeros será de seis años sin posibilidad de reelección como miembro del Consejo. La renovación de los Consejeros se hará parcialmente para fomentar la estabilidad y continuidad del Consejo.”

incalculables.

Se ve un cúmulo de entidades que en mayor o menor medida eran consideradas Autoridades Administrativas Independientes, algunas de las cuales fueron fusionadas o incorporadas a una nueva entidad de carácter integrador y multisectorial⁷³¹ que reúne en su seno la regulación de mercados de gran importancia a saber, postal, comunicaciones electrónicas, energía y ferroviario⁷³². No existiendo un referente similar en el contexto Español, señalan algunos autores⁷³³ que el único referente en el derecho comparado es la Autoridad Holandesa de Consumidores y Mercados – ACM–, en la exposición de motivos de la Ley 3/2013, quedó señalado el referente holandés: “Por último, en algunos casos, como el de los Países Bajos, se han integrado las autoridades reguladoras de ciertos sectores en la autoridad de competencia. Con ello se consigue una mayor eficacia en la supervisión de la competencia en los mercados, al poder contar de forma inmediata con el conocimiento de los reguladores sectoriales, que ejercen un control continuo sobre sus respectivos sectores a través de instrumentos de procesamiento de datos más potentes”, siendo este uno de los argumentos que pesó a la hora de cambiar el modelo de regulación de los mercados y protección de la competencia.

3.8.2. Motivos de creación de la CNMC

Son varios los motivos esgrimidos por el Gobierno para la creación de la nueva entidad reguladora, pero dos de ellos resultan ser de gran importancia; el primero de conveniencia administrativa, atendiendo a la necesidad de reducción del número de organismo reguladores⁷³⁴ y la integración de las potestades de regulación y

⁷³¹ MONTERO PASCUAL 2013.

⁷³² CARLÓN RUIZ 2014: p. 38.

⁷³³ CARLÓN RUIZ 2014 y ORTÍZ LAVERDE 2014: p. 370., esta última señala con buena pluma que: “Respecto al modelo Holandés se hace referencia al nuevo regulador denominado *Authority for Consumers and Markets* o Autoridad Holandesa de Consumidores y Mercados (ACM), que fue el nombre asignado a esta nueva entidad resultante de la fusión de la Autoridad de Competencia de los Países Bajos (NMA) encargada de las funciones tradicionales de la Agencia de Protección al Consumidor (CA), la Agencia de Telecomunicaciones y Servicios encargada de promover la competencia en las infraestructuras y la Agencia de Comunicaciones, Energía y Transportes ”

⁷³⁴ En la Exposición de Motivos de la Ley 3/2013 se argumentó: “A la hora de plantear la revisión del sistema, el primer elemento que ha de tomarse en consideración es algo que debe caracterizar, no ya a cualquier mercado, sino a todos los sectores de la actividad económica: la seguridad jurídica y la confianza institucional. Estas se consiguen con unas normas claras, una arquitectura institucional seria y unos criterios de actuación conocidos y predecibles por todos los agentes económicos. Cuanto mayor sea la proliferación de organismos

competencia en una entidad reguladora multisectorial⁷³⁵. En concomitancia, está el objetivo de lograr la simplificación de la estructura y el funcionamiento de la nueva entidad⁷³⁶. Como segundo gran objetivo tenemos que la Ley pretende profesionalizar la regulación, haciéndola más neutra e independiente, tanto orgánica como funcionalmente⁷³⁷.

Sin embargo, para de la Quadra Salcedo, el argumento de la proliferación de organismos reguladores sobre la misma materia, que aparece en la exposición de motivos de la Ley de creación de la CNMC, es ajeno a la realidad, por lo que señala que “[a] exagerar el argumento de la seguridad jurídica hablando de ‘proliferación’ pone de manifiesto que la invocación de la inseguridad y confianza le parece poco a la Exposición de Motivos y por eso lo refuerza con expresiones y caricaturas fuera de lugar”⁷³⁸. De igual modo el autor en cita arremete contra los argumentos de ahorro económico sobre los cuales señala que dicha facilidad económica podría ser contraproducente, ya que podría afectar la buena regulación de los mercados. A su vez, la regulación sectorial, continua de la Quadra Salcedo, se da en la mayor parte de los países del mundo, siendo su razón de ser la complejidad técnica de cada sector, de lo cual se extrae la necesidad de contar con un ente regulatorio sectorial y no uno multisectorial, ya que este último modelo no tiene arraigo en la cultura jurídica española ni mundial, siendo solo un caso en el mundo en donde se utiliza, dos ahora con España⁷³⁹.

3.8.3. Naturaleza y régimen jurídico

La nueva entidad reguladora multisectorial responde al nombre de Comisión

con facultades de supervisión sobre la misma actividad, más intenso será el riesgo de encontrar duplicidades innecesarias en el control de cada operador y decisiones contradictorias en la misma materia”.

⁷³⁵ CARLÓN RUIZ 2014: p. 39.

⁷³⁶ “La reordenación de las funciones y competencia, de una manera racional, con el fin de que la nueva entidad pueda cumplir los objetivos que le han sido asignados”. ORTÍZ LAVERDE [s.f.]: p. 391.

⁷³⁷ “Objetivo que se concreta, en un adecuado sistema de nombramiento y cese en los cargos rectores. Una separación efectiva entre las funciones de fiscalización y enjuiciamiento.

La utilización efectiva de los recursos humanos con conocimientos y perfiles tanto técnicos como económicos”. ORTÍZ LAVERDE [s.f.]: p. 391.

⁷³⁸ DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. Perfiles europeos y conceptuales de las autoridades reguladoras y de su estatuto: la cuestión de la independencia. En: CARLÓN RUIZ, Matilde (Directora). *La comisión...* op.cit., pp. 121-122.

⁷³⁹ *Ibid.* p. 123.

Nacional de los Mercados y la Competencia –CNMC–, creada por la Ley 3/2013, del 4 de junio, que lleva por título el nombre del nuevo organismo precedido por el vocablo ‘creación’ . Este instrumento jurídico dota a la CNMC de personalidad jurídica propia, diferente a la del Estado, y plena capacidad pública y privada, y para el cumplimiento de su objeto y competencias actúa con autonomía, tanto orgánica como funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado, pero se encuentra sometida al control parlamentario y judicial (Art. 2. Núm. 1.).

La CNMC, aunque se encuentra adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad, no depende de este, y tiene plena capacidad para relacionarse en los temas que lo ameriten con los demás Ministerios (Art. 2. Núm. 4.), posee un régimen jurídico propio, complementado por la legislación general tal como lo expresó el legislador en el numeral 2 del artículo 2, de la Ley 3/2013, a saber: “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se regirá por lo dispuesto en esta Ley, en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y en la legislación especial de los mercados y sectores sometidos a su supervisión a que hacen referencia los artículos 6 a 11 de esta Ley y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su Disposición adicional décima, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y por el resto del ordenamiento jurídico”.

3.8.4. Estructura

La CNMC se compone de dos órganos de gobierno: El Consejo de la Comisión y El Presidente de la Comisión, este es un Consejero elegido por el Gobierno. El primero de ellos, como órgano colegiado de decisión, está integrado por diez (10) miembros, nombrados por el Gobierno, para un periodo de seis (6) años sin posibilidad de reelección, previa postulación hecha por el Ministro de Economía y Competitividad, mediante Real Decreto. Los candidatos, ya no el ministro, deberán comparecer ante la respectiva Cámara del Congreso de los Diputados, este rasgo es similar al que

encontramos en las AAI Norteamericanas. El Congreso podrá vetar por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, el nombramiento del candidato a Consejero de la Comisión, para lo cual tiene un término de un mes de aprobada la designación.

El Consejo se encuentra dividido en dos salas, la Sala de Competencia y la Sala de Supervisión regulatoria, cada una integrada por cinco Consejeros, la primera presidida por el Presidente de la CNMC y la segunda por el Vicepresidente; además, para cumplir con los objetivos de la Comisión esta tendrá en su seno cuatro órganos de dirección, a saber:

“a) La Dirección de Competencia, a la que le corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en el artículo 5 de esta Ley.

b) La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, a la que corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los artículos 6, 9 y 12.1.a) y e) de esta Ley.

c) La Dirección de Energía, a la que corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los artículos 7 y 12.1.b) de esta Ley.

d) La Dirección de Transportes y del Sector Postal, a la que corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los artículos 8, 10, 11 y 12.1.c), d) y f) de esta Ley.” (Art. 25).

La arquitectura del organismo se completa con un Secretario, no Consejero, el cual deberá ser abogado o titular que lo sustituya y, además, debe ser funcionario de carrera de un subgrupo A1, puesto que deberá asesorar al Consejo en temas jurídicos, por tal motivo el servicio jurídico de la Comisión depende de la Secretaría General. La elección del Secretario corresponde al Consejo a propuesta del Presidente (Art. 16. Núm. 2.).

3.8.5. Garantías de la independencia

Dentro de las garantías de la independencia⁷⁴⁰ encontramos una multiplicidad de hitos

⁷⁴⁰ Recordemos que es muy diferente pregonar la independencia que gozar efectivamente de esta, por un lado tenemos entidades que se decían independientes y en realidad no gozaban que de una tenue autonomía, caso

que marcan un alto grado de independencia, estos son:

- a) **Garantía en la naturaleza:** dentro de las garantías en su naturaleza, el estatuto de creación de la CNMC la dota de personalidad jurídica propia, lo que se traduce en plena capacidad para tener derechos y contraer obligaciones, y marca un límite entre esta y la Administración General del Estado; además, la Ley utiliza los vocablos independiente e independencia, tanto del mercado y los intereses empresariales de este como del Gobierno y de la Administración General del Estado, por lo que desaparece la relación de tutela administrativa.
- b) **Garantía de fuero:** esta garantía corresponde a las causas de cese del cargo de los Consejeros, las cuales son taxativamente descritas por la Ley, lo que aleja del panorama el fantasma de la discrecionalidad en el cese de los miembros del órgano colegiado, y así evitando cualquier manipulación para capturar la entidad.
- c) **Garantía de independencia funcional:** la garantía en el ámbito funcional es particular ya que la Ley prohíbe de manera determinante la participación de cualquier funcionario del Gobierno o de un funcionario que se desempeñe en uno de los altos cargos de las Administraciones Públicas.

Del análisis hecho anteriormente sobre el panorama actual de las AAI en España y la creación más recientemente del nuevo macro-regulador, se tiene que en este país se han vivido con especial intensidad la creación de entidades administrativas con notas de independencia, marcadas por dos momentos cumbre, el primero es el paso de la dictadura militar a la democracia, y el segundo la adhesión del país a la Comunidad Europea, dos hechos históricos que han dejado a su paso un cúmulo de nuevas entidades algunas con grandes notas de autonomía y otras verdaderamente independientes.

tal de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones CMT, y de otra parte, algunas otras que eran independientes en “el papel” y en la realidad eran fácilmente controladas por el mercado o por el ejecutivo, tal es el caso de la Comisión Nacional de la Energía CNE.

4. El surgimiento de las AAI en España

Las Autoridades Administrativas Independientes en el país ibérico tienen dos momentos cumbre en los cuales se puede afirmar sin asomo de duda que surgen al mundo jurídico y económico para desempeñar distintas funciones. El primer momento de suma importancia es el periodo posfranquista, en donde los partidarios de las Autoridades Independientes logran vencer la resistencia centralizadora propia de un estado clásico como el español. En este primer momento nace la RTVE –10 de enero de 1980–, como consecuencia de las reformas que se le hicieron a la antiquísima Dirección General de Radiodifusión y Televisión, entidad que data de 1962. Por otra parte, también en la década de 1980, el Banco de España –BE– se independiza y obtiene un mayor grado de autonomía. Para finalizar esta primera oleada de nuevas y atípicas Administraciones, se crea el Consejo de Seguridad Nuclear –CSN– como una entidad de Derecho Público, independiente de la Administración Central del Estado, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio e independiente de los del Estado, y como único organismo competente en materia de seguridad nuclear y protección radiológica⁷⁴¹.

Posteriormente, ya entrada la década de los 90, y en el contexto ya enunciado de cambios nacionales (privatización de la propiedad estatal y apertura a la libre competencia) y europeos (creación de la Unión Europea y de un mercado común europeo), surgen nuevas entidades con específicas funciones de regulación de los mercados liberalizados y abiertos a la competencia, son estas las denominadas Agencias Nacionales de Regulación –ANR’s– una nueva especie de AAI. Entre ellas tenemos a la Agencia Española de Protección de Datos –AEPD–, cuyo origen se encuentra en la Ley Orgánica 5/1992, posteriormente en el Gobierno de Don José María Aznar, surgen la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones –CMT–,

⁷⁴¹ “Las denominadas Administraciones independientes hicieron su aparición en nuestro Derecho público al inicio de la primera legislatura post-constitucional (1979-1982). Concretamente, a lo largo del año 1980 el legislador llevó a cabo una profunda reforma de la estructura institucional de la radiotelevisión pública [Ley 4/1980, de 10 de enero, por la que se aprueba el estatuto de la radio y la televisión] y el banco central [Ley 30/1980, de 21 de junio, de órganos rectores del Banco de España] y procedió, mediante Ley 15/1980, de 22 de abril, a la creación del Consejo de Seguridad Nuclear. Estas tres leyes crearon un nuevo modelo de organización administrativa y lo hicieron desarrollando, e el nuevo marco jurídico-político creado por la Constitución de 1978, diferentes previsiones de los Pactos de la Moncloa.” POMED SÁNCHEZ en: CARLÓN RUIZ 2014: p. 191.

en 1996; La Comisión Nacional de Energía -CNE-, en 1998, cuya predecesora data de 1997; la Comisión Nacional del Sector Postal -CNSP-, en 1998, y, finalmente en un Gobierno más reciente surge de la fusión de varios organismos reguladores sectoriales, un súper-regulador multisectorial denominado Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -CNMC-, cuyo origen es en el año 2013.

5. Delimitación entre las AAI y el Gobierno

La delimitación entre las dos vertientes de la Administración del Estado se hace de forma muy similar a la colombiana. Primero debe hablarse de una persona jurídica distinta al Estado o a la Nación, es decir, la autoridad analizada deber poseer personalidad jurídica propia, aunado a ello, las normas que rigen a la entidad son en su mayoría ser especiales y privativas, quedando exceptuadas de la aplicación de la Ley 6/1997, del 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Otra característica que diferencia a las AAI de la Administración instrumental es que las primeras no están sujetas al poder de tutela y de dirección al que las segundas sí están obligadas a respetar.

De otra parte, los miembros de los órganos rectores y los Presidentes de las AAI en España gozan de un periodo fijo y solo pueden ser cesados de sus cargos en los casos específicamente señalados en las leyes. Por el contrario, la mayoría de los altos cargos directivos de las Administraciones instrumentales pueden ser cesados de sus funciones de manera discrecional.

6. Características de las AAI en España

Las AAI españolas suelen tener características especiales, la primera era la heterogeneidad que las afectaba, como resultado de cambios de gobierno, ausencia de una técnica legislativa uniforme a la hora de crear este tipo de entidades que se hacía notar en la disparidad de los miembros de cada una de ellas, y las diferencias en los mecanismos de elección de los miembros, así como en los grados de independencia o autonomía que poseían cada una de ellas. Sin embargo, en el año 2011, por medio de la Ley de Economía Sostenible, estas fueron homogeneizadas, a tal punto que su independencia era idéntica.

Otra característica importante es la época de creación de este tipo de entidades que como se ha visto, tuvo dos momentos específicos; el primero, el primer período legislativo post dictatorial, y el segundo el ingreso definitivo a la UME y posteriormente su participación de España en la Unión Europea. Esta última presionó en parte la creación de un mercado común y en consecuencia la creación de Autoridades de Regulación Independientes.

La elección de los miembros de las AAI resulta también una característica importante a diferencia de lo que ocurría u ocurre en otras latitudes. En España antes de 2011⁷⁴² la elección de los miembros de la mayoría de las AAI era una potestad exclusiva del Gobierno, y solo en algunos casos el Ministro del sector debía comparecer frente a la Comisión del Congreso de los Diputados para justificar la postulación de candidatos a ocupar los cargos que este realizaba, es decir, existía una mínima participación del poder legislativo contrario a lo que ocurre en los Estados Unidos de Norteamérica.

7. Conclusiones del capítulo

Colombia se caracteriza por ser una república unitaria, de corte presidencialista, descentralizada y, por el contrario, España es una monarquía constitucional parlamentaria. Dichas diferencias políticas y jurídicas expresadas en sus ordenamientos legales permite establecer para el caso objeto de estudio una importante diferencia entre los dos sistemas, permitiendo de esta manera entender mejor las razones que imperaron para dar origen a las AAI en cada país. En Colombia, las AAI son aún una categoría extraña al derecho que de manera progresiva ha ganado reconocimiento y aceptación dentro de la doctrina y la cultura jurídica del país, aunque no por ello pueda asemejarse al desarrollo que sí posee la institución en el país ibérico.

Igualmente se puede aseverar que existe una contracción al interior del Derecho colombiano, puesto la Constitución Política de 1991 establece la posibilidad de crear AAI, sin embargo, estas aun no sido *usadas* por el legislador de manera suficiente a como se esperaría desde una perspectiva de derecho comparado, y más teniendo en

⁷⁴² Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Vigente hasta el 02 de Octubre de 2016).

cuenta el desarrollo histórico y social que ha tenido la figura en el país sudamericano. Caso contrario se presenta en España, donde la Constitución de 1978 si bien no autoriza textualmente al legislador para crear este tipo de entidades, el desarrollo que han tenido es notablemente equiparable al que han presentado sus pares en Gran Bretaña y Estados Unidos.

En Colombia, in estricto sensu, solamente existe una verdadera AAI, el Banco de la República, que es la única institución que reúne la mayoría de requisitos que deben tener las entidades de esta categoría, para de esta forma pregonar una verdadera independencia del Gobierno y del mercado. En España, por el contrario, existen múltiples entidades que gozan de autonomía plena e independencia del ejecutivo y del mercado; a tal punto que en el país de Cervantes, el concepto de la institución se encuentra bien decantado, al punto que en 2011 se reformaron las AAI existentes a fin de homogeneizarlas y borrar cualquier duda sobre su naturaleza y régimen jurídico. También se denotó que en el derecho colombiano se mantiene el modelo de regulación multisectorial, y en la junta o consejo directivo de la entidad tiene asiento el Ministro del sector, quien posee voz y voto. En España, luego de la reforma de 2011, la sola posibilidad de asistir, aún sin voz y sin voto, quedó restringida tanto para los miembros del Gobierno como para los funcionarios que ocupan altos cargos en el Estado.

En relación con las similitudes, se puede decir que la primera de ellas, es el poder o facultad del gobierno de elegir a los miembros de las AAI o de las Autoridades de regulación, no obstante que en España, a partir de la Ley 2/2011⁷⁴³, el Congreso no participa significativamente en la elección de los miembros de estos organismos. Segunda similitud es que los miembros elegidos guardan en la mayoría de los casos independencia del Gobierno, puesto que una vez elegidos son inamovibles por razones discrecionales, esto quiere decir que las decisiones gubernamentales que afecten el periodo o mandato de uno de estos funcionarios, deben ser motivadas y soportadas en los supuestos legales establecidos para el caso. Además, en los dos países, estas entidades han sido en su mayoría destinadas a la banca central y,

⁷⁴³ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Vigente hasta el 02 de Octubre de 2016).

también, a la vigilancia y regulación de los mercados en los que opera la libre competencia.

Finalmente, se observa que Colombia tiene un gran camino que recorrer en cuanto al modelo de AAI. La técnica legislativa debe observar los desarrollos que ha tenido la doctrina comparada en el desarrollo conceptual de las mismas, de tal manera que se permita incardinar la reforma, necesaria por demás, hacia la creación de Autoridades de este tipo. El país ibérico, por el contrario ha demostrado tener confianza y necesidad de desarrollar el modelo, al punto que en la actualidad junto al modelo anglosajón analizado previamente se constituyen en los dos faros para el derecho comparado en materia de regulación y desarrollo de las llamadas Autoridades Administrativas Independientes.

Conclusiones Generales

1. Las autoridades administrativas independientes en España y en Colombia se constituyen en una innovación institucional; son la respuesta del Estado a las nuevas necesidades creadas en materias sensibles de la vida política, económica y social, que requieren una regulación y protección especial. La consagración de estas agencias administrativas, que actúan en nombre del Estado y, en principio, de manera ajena a la influencia de los gobernantes y los sectores involucrados, se presenta como una alternativa que permite conciliar las diversas preocupaciones e intereses de los Estados contemporáneos.
2. Se trata de una nueva forma de intervención de los poderes públicos. En todo caso, no hay que equivocarse: el Estado actual continúa siendo marcadamente intervencionista en los más variados aspectos del desarrollo económico y social; sin embargo, nace una nueva concepción del rol a él conferido: la del Estado regulador⁷⁴⁴. En lugar de prestar directamente los servicios, permite su privatización y su liberalización, a cambio de un control ejercido por autoridades administrativas especializadas.
3. El establecimiento de estas instancias independientes, provistas de facultades reguladoras, viene de la necesidad de establecer una forma más eficaz de intervención del Estado contemporáneo. A nivel administrativo, la creación de organismos técnicos especializados, dotados de amplios poderes, genera implicaciones importantes para la estructura del Estado. Desde una perspectiva de administración comparada, su existencia refleja la complejidad de los problemas de la Administración contemporánea, donde las estructuras tradicionales deben coexistir con instituciones que plantean nuevos modelos organizativos.

⁷⁴⁴ CHEVALLIER 2003: p. 55.

4. La naturaleza de estos organismos como autoridades administrativas independientes, afecta el equilibrio institucional tradicional, el cual está sustentado en la separación tripartita de poderes, lo que demanda una interpretación jurídica especial, sobre todo en España, donde la Constitución ignora su existencia.
5. La independencia orgánica, funcional y legal, aunque a veces limitada, es también una de las principales características de estos organismos especializados; dicha independencia se justifica no sólo en países donde la administración es particularmente fuerte, como España, sino también en los países donde es relativamente frágil, como en Colombia.
6. Los modelos jurídicos en los cuales se encuentran incrustadas las autoridades administrativas independientes son diferentes en todas las latitudes, especialmente en lo que corresponde a Colombia y a España. En relación con el primer país, las AAI colombianas son aún una categoría relativamente extraña al derecho, que progresivamente gana terreno dentro de la doctrina y la cultura jurídica del país, pero que no tiene el desarrollo que sí posee la institución en el país ibérico. El derecho colombiano es paradójico puesto que, aunque la Constitución Política de 1991 establece la posibilidad de crear AAI -caso contrario de lo que sucede en España, en donde la Constitución de 1978 no las contempla-, se observa que tanto su reconocimiento como importancia por parte del órgano legislativo como del ejecutivo, aún está lejos de ser visto como una prioridad organizacional y eficiente del Estado.
7. En Colombia, sólo puede hablarse de una verdadera AAI: el Banco de la República, que es el único que reúne la mayoría de requisitos que deben tener las entidades de esta categoría, para de esta forma pregonar una verdadera independencia del Gobierno y del mercado. En España, existen múltiples entidades que gozan de autonomía plena e independencia del Gobierno y del mercado, como quiera que el concepto de la institución se encuentra bien decantado, a tal punto que en 2011 se reformaron las AAI existentes a fin de homogeneizarlas y borrar cualquier duda sobre su naturaleza y régimen

jurídico. Fue sin duda un gran avance para el derecho español, sin embargo, cuando se esperaba el afianzamiento del modelo de regulación sectorial por medio de AAI, devino el cambio de Gobierno en 2011, el cual supuso un ajuste legislativo aún más profundo, que implicó la fusión de las AAI de regulación existentes y la creación de una nueva AAI de regulación multisectorial.

8. Igualmente, el derecho administrativo colombiano mantiene vigente al modelo de regulación multisectorial, y en la junta o consejo directivo de la entidad tiene asiento el Ministro del sector, quien posee voz y voto. En España luego de la reforma de 2011, la sola posibilidad de asistir, aún sin voz y sin voto, quedó restringida tanto para los miembros del Gobierno como para los funcionarios que ocupan altos cargos en el Estado.
9. Existen también varias similitudes que acercan los modelos, la primera de ellas es el poder del gobierno en la elección de los miembros de las AAI o de las Autoridades de regulación. La segunda es que los miembros elegidos guardan en la mayoría de los casos independencia del Gobierno, puesto que una vez nombrados en el cargo, son inamovibles por razones discrecionales, es decir, que las decisiones gubernamentales que afectan el periodo o mandato de uno de estos funcionarios debe ser motivada y soportada en los supuestos legales establecidos para el caso.
10. En los países examinados, las Autoridades Administrativas Independientes están conformadas para ejercer vigilancia y control, salvo algunas que además poseen facultades jurisdicciones en los sectores financiero, de mercado, servicios públicos, salud, recreación y cultura, así como seguridad nacional y desarrollo energético.

BIBLIOGRAFÍA

A

ABAD LICERAS, J. e IRURZUN MONTORO, F. (2009). *La Administración Reguladora y Supervisora - Visión teórico-práctica*. Madrid: Ed. Dykinson S.L.

ACEVEDO RAMOS, J y RODRÍGUEZ BECERRA, C. (2009). *Estructura y organización del Estado constitucional colombiano*. Bogotá D.C.: Ed. Ibáñez.

ALLI ARANGUREN, J. (2006). *La construcción del concepto de derecho administrativo español*. Madrid: Ed. Thomson-Civitas.

AMERICAN BAR ASSOCIATION - ABA. *Marbury v. Madison: The Supreme Court's first great case 1803*. Disponible en: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/publiced/lawday/marbury_authcheckdam.pdf.

ARIÑO, G. (1993). *Economía y Estado*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

ARISTÓTELES. (1996). *La política*. Bogotá D.C.: Ed. Panamericana.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (1991) *Informe-Ponencia: Estructura del Estado*. Bogotá D.C.: Gaceta constitucional No. 59 del 25 de abril de 1991

ATEHORTÚA RÍOS, C. (2007). *Mutaciones y transfiguraciones en el sector de los servicios públicos domiciliarios*. Bogotá D.C.: ANDESCO.

AUTORITÉ DE RÉGULATION DES TÉLÉCOMMUNICATIONS. [s.f]. *Rapport public d'activité pour 1997*. Disponible en : http://www.arcep.fr/index.php?id=8455&tx_gspublication_pi1%5Btypo%5D=11&tx_gspublication_pi1%5BuidDocument%5D=252&cHash=e5d7548549

AYALA CALDAS, J. (1999). *Elementos de derecho administrativo general*. Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley.

B

BALAGUER CALLEJÓN, F. (2014). *Introducción al derecho constitucional*. Madrid: Ed. Tecnos.

BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. [s.f.] Regulación y crisis económica. En VVAA. *Unión Europea*. Una publicación realizada por Deloitte, en colaboración con CISS, 61. Disponible en: www.politicas-e.net/app/download/.../Deloitte.+Manuel+Balado.pdf.

BANCO DE LA REPÚBLICA. *¿Qué es la banco de la república?*. Ed. Banco de la República.

BBC. (2011). “en 10 preguntas”, Disponible en: http://www.bbc.co.uk/mundo/institucional/2011/03/000000_institucional_bbc11preguntas_gel.shtml.

BELL, D. (1964). Jurisdiction of the Federal Power Commission Under the Natural Gas Act-Commingle Gas. En: *Louisiana Law Review*. V. 24, no. 3. pp. 601-609. Disponible en: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3245&context=lalrev>

BEL i QUERALT, G. (1996). *Privatización, desregulación y ¿competencia?*. Madrid: Ed. Civitas.

BIRDSALL, N. y SUMMERS, L. (2003). *Privatization: the lessons of experience*. THE WORLD BANK.

BOTERO, S (2006). La reforma constitucional de 1936, el Estado y las Políticas sociales en Colombia. Bogotá D.C. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, núm. 33, 2006, pp. 85-109.

BRITO RUÍZ, F. (2013). *Estructura del Estado colombiano y de la Administración Pública nacional*. Bogotá D.C.: Ed. Legis.

BETANCOR RODRIGUEZ, A. (1994). *Las Administraciones Independientes: Un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid: Ed. Tecnos.

BILBAO UBILLOS, J. *Agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional*. Disponible en:

<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/3/PostScript%20anuario10%20p163.pdf>.

Du BOIS de GAUDUSSON, J, (1990). *La justicia en África, Revista África contemporánea No 156 especial, cuarto trimestre, París, la Documentación francesa*, Citado en: RODRIGUEZ GUTIERREZ, Andrés. (2010). El Consejo de Estado en Colombia y Francia en el corazón de los fenómenos de imitación. Tesis dirigida por: Jean DU BOIS GAUDUSSON.

C

CABINET OFFICE. (2006). *Public Bodies: A Guide for Departments Chapter 3: Setting up a new Public Body – The Legislative Requirements*. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/80080/PublicBodiesGuide2006_3_setting_upv2_0.pdf

CALZADA, J. y COSTAS, A. (2013). *La liberalización de las telecomunicaciones en España: control de la inflación y universalización del servicio*. Barcelona: Ed. Universitat de Barcelona. Research Institute of Applied Economics. Disponible en: http://www.ub.edu/irea/working_papers/2013/201310.pdf.

CÁRDENAS PINZÓN, J. (2013). Evolución histórica del banco de la república en Colombia: una aproximación. *Revista de Finanzas y Política Económica*. Vol. 5, No. 2. Julio-diciembre. 2013. Disponible en: http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/4_11904_4-evolucion-historica-del-banco-de-la-republica-de-colombia.pdf.

CARRILLO FLÓREZ, F. (2011). La séptima papeleta o el origen de la Constitución de 1991. Bogotá D.C.: *del Rosario No. 594*. pp. 140-154.

CENTRE NATIONAL DE FORMATION ET D'ETUDES – PROTECTION JUDICIAIRE DE LA JEUNESSE. (2001). *L'organisation politique, administrative et judiciaire de la France*. 2001. Disponible en:

http://www.terresdemontaignu.fr/upload/ressources_documentaires/organisationetat.pdf

COSCULLUELA MONTANER, L. (1992). *Manual de derecho administrativo*. Madrid: Ed. Civitas.

CHAUX DONADO, F. (2013). Ingeniería constitucional la evolución del checks and balances en el estado social de derecho. *Revista Vniversitas, No. 126, 89-121. 2013.*

CHEVALLIER, J. (1986). *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, Paris: JCP, 1986, Doctrine, I, n° 3254.

CHEVALLIER J, (2003). *L'Etat Postmoderne*, Paris: L.G.D.F.

CHEVALLIER, J. (2011). *El Estado posmoderno*. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia.

CHONG, A. y LÓPEZ-DE-SILANES, F. (2005). *Privatization in Latin America: myths and reality*. Washington: Stanford Economics and Finance, Stanford University and the World Bank.

CHUSHMAN, R. (1941). *The Independent Regulatory Comissions*.

CONCHA, J. (2010). *Apuntamientos de Derecho Constitucional*. Bogotá D.C.: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Constitución Política de Colombia.

Constitución Política de Colombia 1886.

Constitución de la República del Ecuador.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Constitution de la République Française

CONSEIL D'ETAT. (2001). *Rapport Public 2001. Jurisprudence et avis de 2000 – Les autorités administratives indépendantes*. Paris: La documentation française,

COOKE, W. (1985), Evolution of the National Labor Relations Act, In Union Organizing and Public Policy: Failure to Secure First Contracts. Kalamazoo, MI: W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 1985, pp. 1-21. http://research.upjohn.org/up_bookchapters/124

COMISIÓN NACIONAL DEL SECTOR POSTAL. *Memoria 2012*. Disponible en: http://cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/memorias_cnmc/Memoria%20de%20actividades2012%20CNSP.pdf.

CUEVAS, H. (2004). *Fundamentos de la economía de mercado*. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia.

D

DARNACUELLETA I GARDELLA, M. Mercè. [s.f.]. La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones*.

DATLA, K. y REVESZ, Ri, (2013). Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies). *98 Cornell L. Rev.* 769. Disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol98/iss4/1>.

DELGADO MORENO, W. Y MARTÍNEZ SANDER, Á. [s.f.]. *La privatización portuaria en Colombia: los modos de gestión y las relaciones de poder entre lo público y lo privado. Los casos de las Sociedades Portuarias Regionales de Cartagena y Buenaventura*. Disponible en: <http://www.dgsc.go.cr/dgsc/documentos/cladxvii/delgamor.pdf>.

DELZANGLES, H. (2008). *L'Indépendance des Autorités de Régulation Sectorielles – Communications électroniques, Energie et Postes*. Bordeaux: Université Montesquieu – Bordeaux IV.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. [2015]. *Lección 5. La administración instrumental y corporativa*. Madrid: Ed. Universidad Carlos III de Madrid.

(2014).
Perfiles europeos y conceptuales de las autoridades reguladoras y su estatuto. La cuestión de su independencia. En: CARLÓN RUIZ, Matilde (Directora). *La comisión nacional de los mercados y la competencia*. Pamplona: Ed. Civitas y Thomson Reuters.

DIAZ, V. (2007). *Autoridad reguladora independiente para la radio, televisión y cinematografía*. Revista que forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

DOMINGO GUTIERREZ, S. (2005). “La liberalización del sector postal: servicio universal y libre competencia”. En VVAA: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 26, 2005. pp. 191-248.

DOSIÈRE, R y VANNESTE, C. (2010). (*Sénat Français*). *Rapport d'information no. 2925. Tomo I*.

DUGUIT, L. [s.f.]. *La transformación del Estado*. Madrid: Ed. Francisco Beltrán.

E

ECHEVERRI URUBURU, Á. (2002). *Teoría constitucional y ciencia política*. Bogotá D.C.: Ed. Librería del Profesional.

EL TELÉGRAFO DE GUAYAQUIL, [s.f.] en: <http://www.telegrafo.com.ec/noticias/guayaquil/item/las-quangos-entidades-casi-autonomas.html>.

F

FRAGA, G. (1993). *Derecho administrativo*. México D.F.: Ed. Porrúa.

FRANCH I SAGUER, M. *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorro*. Madrid: Ed. Civitas. 1992.

FERNÁNDEZ, T. (1999). Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. Madrid: Ed. Universidad Complutense. *Revista de Administración Pública*, Núm. 150, septiembre-diciembre, 1999.

FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T. (1989). Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva”. EN VVAA. *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*. Civitas. Madrid. pp. 399-436.

FERNANDEZ ROJAS, G. Las administraciones independientes de regulación y supervisión en España. *Revista Vniversitas: núm. 109, 2005*, pp. 419-460.

FREEDMAN, J. (1988) *Crisis y Legitimidad: El proceso administrativo y el gobierno de los Estados Unidos*. México D.F.: Ed. Fondo de Cultura Económica S.A de C.V.

G

GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T. (1997). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Ed. Civitas.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. (1953). *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Ed. Revista de Occidente.

GARCÍA-LEGAZ PONCE, J. (2001). Liberalización, competencia y regulación de las telecomunicaciones en España. *Revista de Economía Industria*. Núm. 337. 2001. pp. 104-105. [En línea] [Consulta: 21/11/2015]. Disponible en: <http://www.minetur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/337/08.pdf>.

GARCÍA LLOVET, E. Autoridades Administrativas independientes y Estado de derecho. *Revista de Administración Pública*. Núm. 131. Mayo – Agosto 1993. Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fdialognet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F>

[17174.pdf&ei=DhVxVazaNsjZsATesZfADQ&usg=AFQjCNFlevB9X3J1xtf8YzzHzR3GCZm_Ag&sig2=GgMDyHIRACLgraoRLTy59A&bvm=bv.95039771,d.cWc.](#)

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. (1968) *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.

GARCÍA VÉLEZ, Jorge. Los dos sistemas del derecho administrativo. Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda.

GARRIDO FALLA, F. (1989). *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Ed. Tecnos.

GÉLARD, P, (2006). *Fait au nom de L'OFFICE PARLEMENTAIRE D'ÉVALUATION DE LA LÉGISLATION, déposé le 15 juin 2006: Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006)*.

GIRALDO CASTAÑO, Ó. (2010). *Derecho administrativo general*. Medellín: Ed. Señal.

GODECHOT, J. (1979). *Les constitutions de la France depuis 1789*. Paris: Ed. Garnier-Flammarion.

GONZÁLEZ-ARES, J. (1997). *Introducción al estudio del constitucionalismo español (1808-1975)*. Santiago: Ed. Tórculo Edicións.

GONZÁLEZ LÓPEZ, E. (2011). *Las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes. alcance y contenido de su potestad normativa: la ley y el reglamento*. VI Congreso Iberoamericano de Regulación, Gestión y control de los servicios públicos. Mendoza-Argentina.

GONZÁLEZ NAVARRO, F. Televisión pública y televisión privada. En: RUIZ DE APOCADA ESPINOSA, A. (1982). *El nuevo régimen de la nueva corporación RTVE*. Madrid: Ed. Civitas. Disponible en: http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBI_CACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/MONOGRAFICO%20PREMI

[OS%20GARCIA%20GOYENA%206/6_ARTICULO%20PARA%20PUBLICAR.PDF.](#)

GRAN ENCICLOPEDIA DE ECONOMÍA [s.f] *Laissez faire (fr)*.. Disponible en: <http://www.economia48.com/spa/d/laissez-faire/laissez-faire.htm>.

H

HAURIOU, A. (1967) *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Ed. Montchrestien.

HAURIOU, A. (1971). *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ed. Ariel.

HERNÁNDEZ MORA, A. (1990). *El Estado de derecho y el cambio social. Intervención en el seminario del mismo nombre, auspiciado por la Comisión de Reforma del Estado y la Organización de las Naciones Unidas*, Bogotá D.C.

HERRERA MERCADO, H. (2010). La Séptima Papeleta: revolución de los estudiantes en VILLAREAL, M. *La séptima papeleta: historia contada por algunos de sus protagonistas*. Bogotá D.C.: Ed. Universidad del Rosario.

I

IBAÑEZ NAJAR, J. (1990). *La junta monetaria y el banco de la república como órganos de la banca central. Capítulo XIV*. Bogotá D.C.: Ed. Banco de la República. 1990.

_____ (1990). *Estatización del Banco de la República. Capítulo XVI*. Bogotá D.C.: Ed. Banco de la República.

_____ (1990). *Antecedentes legales de la creación del Banco de la República. Capítulo VI*. Bogotá D.C.: Ed. Banco de la República. 1990.

_____ (2001). *Estudios de derecho constitucional económico*. Bogotá D.C.: Ed. Pontificia Universidad Javeriana.

_____ (2006). *Las funciones públicas y la estructura del Estado para cumplirlas*. Bogotá. Ed. Instituto de Investigaciones Sociojurídicas para el Desarrollo Sostenible.

J

JOLLY, J. (1992) *La descentralización en Francia, una modernización del Estado*. París.

JINIESTA LOBO, E. (2002). *Tratado de derecho administrativo*. Medellín: Ed. Dike.

JUNTA CENTRAL DE HIGIENE. (1915) *Exposición de la Junta al congreso nacional de 1915*. Bogotá D.C.: Imprenta de J. Casís. MCMXV.

K

KALMANOVITZ, S. (2003). *Ensayos sobre banca central: comportamiento, independencia e historia*. Bogotá D.C.: Ed. Grupo Norma, Banco de la República.

KEYNES, J. (1987). *Ensayos sobre el intervencionismo y liberalismo*. Barcelona: Ed. Orbis.

L

LAPERDRIX, E. (2011-2012). *Les instruments juridiques de l'influence de l'Etat sur la gouvernance des grandes entreprises en France et au Royaume-Uni*. Paris : Université Paris II Pantheon-Assas.

LASTRADA FUSCALDO, Javier. [Apoderado General] *Memorias de la liquidación de Telecom*. Bogotá D.C.: Telecom en liquidación. 2005.

LERUEZ, J. (1992). El legado del thatcherismo en Gran Bretaña. *Revista Foro Internacional*. Vol. 32, No. 5 (130) (Oct. - Dec., 1992), pp. 617-643.

LIBRARY OF CONGRESS. [s.f.] *Great depression and world war II, 1929-1945*. [En línea]. Disponible en: <http://www.loc.gov/teachers/classroommaterials/presentationsandactivities/presentations/timeline/depwwii/depress/>.

LOCKE, J. (1963). *Ensayo sobre el gobierno civil*.

LOPEZ ÁLVAREZ, A. (2008). Introducción a la regulación de valores en los Estados Unidos. *Revista e-Mercatoria*, volumen 7, número 2. Disponible en: <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen7/pdf02/introduccion.pdf>

LÓPEZ CASTAÑO, M. [s.f.]. *Frente a la guerra: la ética*. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/47364/1/frentealaguerra.PDF>

LÓPEZ RAMÓN, F. (1991). *El consejo de seguridad nuclear: un ejemplo de administración independiente*. Zaragoza: Ed. Universidad de Zaragoza.

LUNDMARK, T. (2008). *Power & rights in us constitutional law*, Ed. Oxford University Press.

M

MADDOCK, RODNEY. [Consultor]. (1991). *Mecanismos para la reglamentación de servicios públicos domiciliarios en Colombia dentro de un ambiente competitivo*. Bogotá D.C.: Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos y Trobe University.

MAGIDE HERRERO, M. (2000). *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. INAP: Madrid.

MANRIQUE REYES, A. (2010). *Fundamentos de la organización y del funcionamiento del Estado Colombiano*. Medellín: Ed. Jurídica Diké.

MARCOU, G. y MODERNE, F. (2009). *Derecho de la Regulación, Los Servicios Públicos y la Integración Regional. Tomo I*. Bogotá D.C: Universidad del Rosario.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1981). *Administración y constitución*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública.

MARTINEZ, M. (2002). *Autoridades independientes- un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Barcelona: Ariel S.A.

MARTINEZ VILA, J.E. (1998). “Reflexiones sobre la potestad normativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”. En VVAA. *La Ley. Revista*

Jurídica Española de doctrina y jurisprudencia y bibliografía, núm. 6. 1998. pp. 2195-2198.

MATIAS CAMARGO, S. (2011). *La política pública de liberalización y privatización de las telecomunicaciones en Colombia*. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Libre.

MATEO, R. (1985). *Manual de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.

MEDINA RESTREPO, M (2014). El tránsito del intervencionismo a la regulación en el Estado colombiano. En SALAME ALJURE, A. *Sociedad, Estado y Derecho: homenaje a Álvaro Tafur Galvis. Tomo I*. Bogotá D.C.: Ed. Universidad del Rosario. pp. 181-207.

MEISEL ROCA, A. (1990). *Banco de la república: La organización del banco de la república y su papel como gestor de la política monetaria durante los primeros años, 1923-1934. Capítulo IX*. Bogotá D.C.: Ed. Banco de la República.

MITCHELL, B. (1975) “*The Economic History of the United States: Depression decade*” Volume 9.

MOLANO, Julio. [Presidente de TELECOM]. Historia de Telecom: 50 años de experiencia. Bogotá D.C.: *Revista Javeriana: Las Telecomunicaciones en Colombia*. Tomo 126, abril de 1996. No. 623.

MONTERO PASCUAL, J. (1999). La desregulación estadounidense y la última crisis del servicio público en Europa, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, nueva serie año XXXI, citado en: LENIS MEJÍA, A. (2003). *Las agencias independientes o comisiones de regulación*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

MONTERO PASCUAL, J. (2013). *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*. Tirant monografías 895. Valencia: Tirant lo Blanch.

MONTERO PASCUAL, J. (2013). Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general. VVAA: *Fundamentos de Regulación y competencia (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. Madrid: Iustel.

MORENO MOLINA, Á. (1995). *La administración por agencias en los EE.UU.* Madrid: Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado.

MONTES, L. Tras la huella de Adam smith: su relevancia hoy. Santiago de Chile: Ed. CEP. *Estudios públicos*, N°. 104, 2006, pp. 5-24. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_3861_2026/r104_montes_smith1.pdf.

MONTESQUIEU (2010). *Del Espíritu de las Leyes*. México D.F.: Porrúa.

MURO I BAS. XAVIER. (1998). “La Agencia de Protección de Datos”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm. 147. Septiembre-diciembre de 1998. pp. 381- 421.

N

NANKANI, G. (2006). *Crecimiento económico en los años noventa*. Bogotá D.C.: Banco Mundial en coedición con Ed. Mayol.

NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (2013). La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: naturaleza, régimen jurídico e independencia (Parte I). Universidad Loyola Andalucía. *Revista General de Derecho Administrativo n.º 34 (Iustel - 2013)*. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1502420>.

O

ORTÍZ LAVERDE, S. (2014). “*Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC*”. Madrid: Universidad Complutense de Madrid-Tesis doctoral

P

- PACTEC, P. y MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. (2011). *Derecho Constitucional*. Bogotá D.C.: Ed. Legis S.A., 2011. Traducción: Corina Duque Ayala.
- PARADA, J. (1991). *Derecho administrativo. Tomo II*. 5ª ed. Madrid: Ed. Marcial Pons.
- PENAGOS, G. (2007) *Derecho administrativo: nuevas tendencias. Tomo II. Parte Especial: Organización administrativa en Colombia*. Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley.
- PÉREZ-BUSTAMANTE, R. (1995). *Textos de historia del derecho y de las instituciones públicas de España*. Madrid: Ed. Dykinson. 1995.
- PEREZ RIVERA, H. [s.f.]. *Constitución, capitalismo y política: algunos aspectos de la reforma de 1968 en Colombia*. Ed. Universidad Nacional. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/14660/1/3-8666-PB.pdf>.
- POLO, M. (2004). De la comisión de regulación de telecomunicaciones. *Revista de la Maestría en Derecho Económico. Vol. 2, No. 2*. Disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/revmaescom/article/view/7228/5775>.
- POMBO, M. y GUERRA, J. *Constituciones de Colombia*. Bogotá D.C.: Ed. Biblioteca Banco Popular. Tomos I y IV. 1986.
- POMED SANCHÉZ, L. (1993). *Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes*. Zaragoza: Ed. Universidad de Zaragoza.
- _____. (2014). La comisión nacional de los mercados y la competencia, administración independiente. En: CARLÓN RUIZ, M. *La comisión nacional de los mercados y la competencia*. Pamplona: Ed. Civitas y Thomson Reuters.
- PONCE, J. y SÁNCHEZ, A. (2005). La evaluación de la calidad normativa en GARDE, J. *La Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios y de las Políticas Públicas*. Madrid: Ed. INAP. 2005. pp. 139-165.

PROTOCOLO SOBRE LOS ESTATUTOS DEL SISTEMA EUROPEO DE BANCOS CENTRALES Y DEL BANCO CENTRAL EUROPEO. Disponible en: https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/es_statute_2.pdf.

Q

QUINCHE RAMÍREZ, M. (2012) *Derecho constitucional colombiano: de la carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá D.C.: Ed. Temis.

R

RAAD FORERO, L. (2015.) *La autonomía del órgano regulador de televisión en Colombia*. Bogotá D.C.: Ed. Universidad del Rosario. [Tesis de Grado].

RALLO LOMBARTE, A. (2009). *Las administraciones independientes: una aproximación constitucional*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.

RAMÍREZ PLAZAS, J. Y SÁNCHEZ PLAZAS, J. (2012). *Estructura del Estado*. Bogotá D.C.: Ed. Librería Ediciones del Profesional.

RAMOS ACEVEDO, J. Y RODRÍGUEZ BECERRA, C. (2009) *Estructura y organización del Estado constitucional colombiano*. Bogotá D.C.: Ed. Ibañez.

REDONDO GÁLVEZ, G. (1993) *Historia de la Iglesia en España 1931-1939. Tomo II. Guerra Civil*. Madrid: Ed. Rialp.

RIOS PEÑALOSA, G. [s.f.]. Las constituyentes de 1905 y 1910. *Revista Credencial. Colección Política y diplomacia en la historia de Colombia; Credencial Historia*. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/node/81507>.

RIVERO, J.(1965). *Droit administratif*. Paris: Précis Dalloz

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L. (2012). *Estructura del Estado en Colombia*. Bogotá D.C.: Ed. Temis.

RODRIGUEZ ROMERO, L. (2006). Antecedentes inmediatos: La Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico. En VVAA.

Energía: Del Monopolio al Mercado. CNE, Diez años en perspectiva. Navarra: Ed. Thomson-Civitas.

RONDO, C. y NEAL, L. (2005). *Historia económica mundial: desde el Paleolítico hasta el presente.* Madrid: Ed. Alianza.

S

SAA VELASCO, E. (1984). *El proceso de la Constitución de 1886 y don Rafael Núñez.* Popayán: Ed. Universidad del Cauca.

SALA ARQUER, J. “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”, *REDA*, núm. 42, 1984, pp. 401-422.

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. (2009). *Compendio de historia del derecho.* Madrid: Ed. Dykinson.

SERNA QUINTERO, J. Y CORREA RENDÓN, L. (2003). La función normativa de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios. En: *Estudios de derecho.* Medellín: Ed. Universidad de Antioquia. Año LXIV - 2003. Volumen LXI, No. 137.

SERRANO GONZÁLEZ, MARINA. (1999). La Comisión Nacional de Energía: el ejercicio de sus funciones en el Nuevo entorno competitivo. En *VVAA: Regulación Sectorial y Competencia.* Madrid Ed. Civitas Ediciones.

SERRANO SEGARRA, M. (2010). La crisis económica de 1929: Roosevelt y el new deal. Elche: Universidad Miguel Hernández. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche. Volumen I, número 6.* Marzo de 2010.

SEGOVIA ALONSO, A. [s.f.]. *Organismos de regulación y control de las comunicaciones: el caso de la FCC Communication government agencies: the case of FCC.* Departamento de Periodismo III de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid (UCM).

SHARFMAN, I.L. (1959) *The Interstate Commerce Commission.*

STIGLER, G. (1996). *Teoría de la regulación económica. En: Privatización, desregulación y ¿competencia?*. Madrid: Ed. Civitas.

STIGLITZ, Jo. (1997). El papel del gobierno en el desarrollo económico. Tomado de Michael Bruno y Boris Pleskovic. *Annual World Bank Conference on Development Economics 1996, The International Bank for Reconstruction and Development*. The World Bank, 1997. Publicado en español por *Banca y Finanzas 45, julio-septiembre de 1997*. Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4934902.pdf, p. 362.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. *Historia*. Disponible en: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/Conozcanos/Filosofia/Filosofia/

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=60607Historia.pdf>.

SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO. *Reseña histórica*. Disponible en: https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/index.php?option=com_content&view=article&id=48&Itemid=80.

SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTES. *Concepto*. Oficio Radicado No. 2011-3000289701.

Estado de Derecho en España. Ed. McGraw Hill. [17/10/2015]. [En línea]. Disponible en: <http://assets.mheducation.es/bcv/guide/capitulo/8448169956.pdf>.

T

TERRÓN SANTOS, D. [s.f]. *Autoridades nacionales de reglamentación: el caso de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones*. Granada: Ed. Comares

TORRES FORERO, C. (2010). El estado de opinión antes de la Séptima Papeleta. En VILLAREAL, M. *La séptima papeleta: historia contada por algunos de sus protagonistas*. Bogotá D.C.: Ed. Universidad del Rosario.

TRONCOSO REIGADA, A. (2009). *Las agencias de protección de datos como administración independiente*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

Y

YANCES, G. (2005). De la sobreprotección a la desprotección de los televidentes. *Revista Anda*. Noviembre-Febrero 2005, año 11. Número 26.

YOUNES MORENO, D. (2014). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá D.C.: Ed. Legis.

V

VALENCIA AGUDELO, G. [s.f.]. *Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador. I El caso del servicios público de electricidad en Colombia*. Este artículo hace parte del trabajo de grado para optar al título de Magíster en Ciencia política del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia y esta asociado al trabajo de investigación Institucionalidad Reguladora de la Industria Eléctrica colombiana, Proyecto CODI 2001-2002, realizado por el Grupo de Microeconomía aplicada del Centro de Investigaciones Económicas —CIE— de la Universidad de Antioquia.

VALDES S. Cl. (2005) *Marbury vs. Madison: un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos*. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/35/pr/pr18.pdf>

VEDEL, G. (1980). *Derecho Administrativo*. Madrid: Ediciones Aguilar. .

VIDAL PERDOMO, J. (2009) *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*. Bogotá D.C.: Ed. Legis.

VILORADE LA HOZ, J. (2000). *De colpuertos a las sociedades portuarias: los puertos del caribe colombiano, 1990-1999*. Bogotá D.C.: Ed. Banco de la República.

VIRGALA FORURIA, E. (1994). *La organización interna del poder ejecutivo en los Estados Unidos: el presidente, el gabinete y la presidencia institucionalizada*.

_____ . (2006). Agencias (y Agencias de regulación) en la Comunidad Europea. En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo.*, N° 5, 2006, Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=77624>

_____ . (2008). Los organismos reguladores en el estado constitucional del siglo xxi: su independencia (especial referencia al caso español). Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «La energía en el Tratado de Lisboa: gobierno económico y construcción del mercado único energético» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2010-19581) y se integra en la labor del Grupo de investigación financiado con cargo a la Subvención General a Grupos de investigación de la UPV-EHU (GIU 11/08).

VV.AA. (2012). *Fortaleza institucional de las agencias reguladoras en México Documento de Investigación en Regulación Núm. 2012-03*. Disponible en: http://www.cofemer.gob.mx/varios/adjuntos/01.11.2012/Fortaleza_Layout_int-CD%2030%20oct%20final.pdf.

W

WILLIAMS, E., Y LOSSING, B.J., [s.f.] *The Statesman's Manual: containing the President's Messages, inaugural, annual and special from 1789 to 1858, (...). Vol. 1*. New York: Edward Walker.