

LAS CORTES GENERALES EN LA ERA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

THE CORTES GENERALES IN THE ECONOMIC REGULATION ERA

Laura BAAMONDE GÓMEZ

Profesora ayudante doctora de Derecho Constitucional

Universidad Carlos III de Madrid

<http://orcid.org/0000-0002-4152-4252>

Fecha de recepción del artículo: julio 2020

Fecha de aceptación y versión final: septiembre 2020

RESUMEN

El advenimiento del Estado regulador como resultado de la evolución del Estado social tras los procesos de liberalización económica ha transformado las técnicas de intervención del Estado en la economía. La denominada “regulación económica” supone un cambio de paradigma con consecuencias en el rol del Parlamento. La progresiva preeminencia del Ejecutivo, ya iniciada con su previo papel de prestador de bienes y servicios en el mercado, se acucia, entrando ahora en juego las autoridades de regulación, administraciones independientes caracterizadas por su especialización técnica, pero que plantean problemas de encaje constitucional debido a su connotación de independientes y su concentración de atribuciones de índole diversa.

La presencia de las agencias reguladoras supondrá un reto institucional para las Cortes Generales, en un contexto en el que el sistema de fuentes se ha visto alterado por la aparición de nuevos agentes con potestades normativas, y donde su capacidad para la definición del interés general ha derivado hacia estos nuevos sujetos, orientados por la eficiencia económica en su proceso de toma de decisiones.

Ante un escenario tan incierto, la pretensión de esta reflexión es la de reivindicar la vuelta a la centralidad de las Cortes Generales como mejor garantía de la legitimidad democrática de las políticas de intervención económica. Sin negar las potencialidades del modelo de agencias en términos

de expertise, se formularán una serie de propuestas para el futuro tendentes a recuperar esa centralidad mediante el replanteamiento de la configuración de estas, tratando de salvarlas de la crítica de su déficit democrático.

Palabras clave: Estado regulador, Cortes Generales, regulación económica, regulación social, derecho regulatorio, autoridades de regulación, especialización técnica, representación política, fuentes, independencia.

ABSTRACT

The advent of the Regulatory State as a result of the evolution of the Social State after the processes of economic liberalization has transformed the techniques of State intervention in the economy. The so-called “economic regulation” supposes a paradigm shift with consequences on the role of Parliament. The progressive preeminence of the Executive, already begun with its previous role as provider of goods and services in the market, intensifies, and now the regulatory authorities come also into play. Independent administrations characterized by their technical specialization, but which pose constitutionality doubts due to their connotation as independent and their concentration of diverse attributions.

The presence of regulatory agencies will represent an institutional challenge for the Cortes Generales, in a context in which the sources of law system has been altered by the appearance of new agents with regulatory powers and where their ability to define the general interest has been derived to these new subjects, guided by economic efficiency in their decision-making process.

In the face of such an uncertain scenario, the purpose of this reflection is to claim the return to centrality of the Cortes Generales as the best guarantee of the democratic legitimacy of economic intervention policies. Without denying the potentialities of the agency model in terms of expertise, a series of proposals can be formulated for the future aimed at recovering that centrality by reconsidering agencies configuration, trying to save them from criticism of its democratic deficit.

Keywords: Regulatory State, Cortes Generales, economic regulation, social regulation, regulatory law, regulatory authorities, technical specialization, political representation, sources of law, independence.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CAMBIO DE PARADIGMA: PASO DEL ESTADO SOCIAL PRESTACIONAL AL ESTADO REGULADOR. *1. Evolución de las funciones del Estado hasta el advenimiento del Estado social. 2. Consolidación y crisis del modelo prestacional. 3. Nuevo rol del Estado: el Estado regulador.* III. MUTACIÓN CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA: RELECTURA DE LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 9.2 CE. IV. IMPLICACIONES DEL NUEVO ESTADO REGULADOR EN EL ROL DE LAS CORTES GENERALES. *1. En el plano normativo: alteración del sistema de fuentes por el derecho regulatorio. 2. En el plano institucional: pérdida de protagonismo del Parlamento frente a las autoridades de regulación. 3. En la definición del interés general: de la discusión política a la lógica del mercado.* V. DESAFÍOS: UN ALEGATO EN FAVOR DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y LA CENTRALIDAD DE LAS CORTES GENERALES. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo modelo de intervención del Estado en lo concerniente a la gestión de la economía ha supuesto un giro radical en la comprensión tradicional del reparto del poder público. La otrora sagrada centralidad del Parlamento como eje de la democracia liberal se ha desdibujado en favor del Ejecutivo, las agencias independientes de regulación¹ y los propios operadores del mercado. Es por ello que merece la pena reflexionar acerca de cómo se ha llegado a este punto y cuáles deben ser las líneas de actuación para devolver a las Cámaras el rol principal en la discusión de los asuntos públicos —un papel fundamental, que nunca debieron perder—.

Para una mejor comprensión del escenario actual, debe partirse de la génesis del Estado social en su dimensión prestacional, la explicación de la entrada en crisis del modelo y su progresiva sustitución por la dinámica del mercado en un contexto de intensa regulación y supervisión por parte del Estado. Pues solo a partir del estudio de la evolución del modelo de intervención económica pueden analizarse la situación actual, sus debilidades y los retos institucionales que se plantean para garantizar la legitimidad democrática de las decisiones en el ámbito económico.

En la carrera de la regulación económica, las Cortes Generales no pueden quedar atrás bajo el pretexto de la especialización técnica y la independencia. Sin excluir que existan cuestiones técnicas que no deban ser resueltas bajo la lógica de la representación, sino de la ciencia y la técnica, la mayoría de las decisiones requieren elegir dentro de un marco de alternativas, opciones que conlleven un posicionamiento político y una diversa interpretación de la definición del interés general en una determinada situación. En una coyuntura así, dejar fuera la representación política, con su legitimidad democrática directa, debe ser objeto, cuando menos, de reflexión.

¹ En el presente trabajo, las nociones «agencias independientes», «agencias de regulación» y «autoridades independientes» se manejarán de manera indistinta para hacer referencia al mismo fenómeno.

II. EL CAMBIO DE PARADIGMA: PASO DEL ESTADO SOCIAL PRESTACIONAL AL ESTADO REGULADOR

1. *Evolución de las funciones del Estado hasta el advenimiento del Estado social*

La superación del Antiguo Régimen y la instauración del Estado liberal tras las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII se caracterizaron por la división del Estado y la sociedad, creando espacios libres de injerencias estatales, principalmente, mediante las declaraciones de derechos y libertades fundamentales, auténticos instrumentos de limitación del poder, y configuradoras de esferas de libertad en favor de los individuos (Esteve Pardo, 2013: 38 y 39).

Un modelo que respondía a las demandas de los grupos sociales que lideraron las revoluciones, pero que con el paso del tiempo devino insuficiente. Los textos constitucionales solo predicaban la igualdad formal. No protegían a las personas de las profundas desigualdades entre la clase obrera y los sectores más privilegiados, ni de las condiciones laborales propias de la industrialización o los desmanes del capitalismo. Ello provocó una lucha de clases y el consiguiente auge del movimiento obrero (organizado en partidos socialistas y comunistas), que tuvo como fruto: la Revolución rusa, la consagración constitucional de la intervención económica del Estado en la Constitución de Weimar de 1919 o las disposiciones al respecto de la Constitución española de 1931.

Con estas nuevas estipulaciones constitucionales, se habilita al Estado a participar de la actividad económica, no solo a través de legislación tuitiva que proteja a las partes más vulnerables de una relación contractual, sino también mediante la asunción de prestaciones directas de bienes y servicios (López Guerra, 1994: 162-165). Nace así el llamado «Estado social».

2. *Consolidación y crisis del modelo prestacional*

La auténtica consolidación del Estado social se puede observar en las constituciones de la II posguerra mundial. En ellas se reconoce la facultad de intervención del Estado en la economía con una finalidad correctora, bien a través de la programación de la actividad económica, bien a través de la intervención en el mercado como

agente económico destacado. Se puede hablar, en consecuencia, de un Estado prestacional (Esteve Pardo, 2013: 50-55).

La Constitución española (CE), si bien más tardía, siguió la línea marcada por los textos constitucionales surgidos tras la conflagración. Su título VII recibe la denominación «Economía y Hacienda», avanzando con su dicción los dos bloques de contenidos que alberga en su interior: de un lado, las cuestiones relativas a la Hacienda y el control del gasto público (artículos 133 a 136 CE); del otro, las disposiciones referentes a la economía y el papel del Estado con respecto a esta (artículos 128 a 132 CE) (De la Quadra-Salcedo, 2006: 1 y 2).

Este segundo grupo de preceptos es el que merece ahora nuestro especial interés. Se caracterizan por su «novedad» dentro del constitucionalismo histórico español, en la medida en que implican una toma de partido constitucional en relación con el rol y las funciones del Estado respecto de la economía de mercado, es decir, concretizan la apelación de España como Estado social del artículo 1.1 CE (De la Quadra-Salcedo, 2006: 2 y 3).

Particularmente, el artículo 128 CE, en su apartado primero, subordina la riqueza del país, sea cual fuere su titularidad, al interés general. En su apartado segundo, indica cuáles serán los instrumentos o las modalidades de intervención del Estado en la economía:

- reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica;
- reserva, mediante ley, al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, e
- intervención de empresas cuando así lo exija el interés general.

El artículo 131 CE, por su parte, habilita al Estado para, mediante ley, planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

De esta forma, se otorgan al Estado facultades de injerencia en la dinámica del mercado, orientadas a satisfacer las directrices de contenido social ínsitas en los derechos y principios del título I de la CE, teniendo siempre presente el mandato del artículo 9.2 CE en relación con la igualdad real y efectiva de los ciudadanos. Asume así el Estado la titularidad, y, en su caso, la gestión directa o indirecta

de una serie de prestaciones, en el marco de la doctrina tradicional del servicio público como exigencia de la caracterización del Estado como Estado social.

Adquiere así un título habilitante para la participación directa en el mercado, incluso en régimen de monopolio estatal, especialmente importante en sectores estratégicos, caracterizados por sus dificultades para funcionar en competencia debido a, por ejemplo: su estructura en red (irreproducible por sus altos costes económicos o medioambientales), la existencia de barreras a la entrada (de tipo legal, estructura de costes hundidos, etc.), las asimetrías de la información propias del sector, las importantes externalidades negativas, etc.

Se trata de un modelo de «economía mixta» hegemónico hasta los años 70, pero que entra en crisis por tres causas: la económica (la denominada «Escuela de Chicago», que señaló que la falta de competencia impide el ajuste entre costes y precios), la relativa a la innovación tecnológica (el dinamismo del mercado favorece más el avance tecnológico que la planificación estatal) y la de índole política (la gestión económica se hacía orientada a valores ajenos a las referencias del mercado, cubriendo los desfases con cargo a los presupuestos generales del Estado) (Esteve Pardo, 2013: 101 y ss.). De tal manera, en los últimos años hemos asistido a un proceso de reducción del Estado, particularmente en su faceta prestacional, al abandonar la titularidad y la gestión directa en la prestación de los tradicionales servicios públicos en favor de los operadores privados del mercado en régimen de competencia.

Es un nuevo escenario que exige una relectura de los mandatos constitucionales de intervención económica señalados previamente. Así, a la ya obligada interpretación sistemática con los derechos fundamentales a la propiedad privada (artículo 33 CE) y la libertad de empresa (artículo 38 CE), así como el debido respeto al margen de configuración de las sucesivas mayorías parlamentarias en el desarrollo de políticas económicas propias, deben añadirse las restricciones impuestas por la pertenencia de España a la Unión Europea (UE).

Progresivamente, un nuevo principio comienza a imponerse en las relaciones entre el Estado y la ciudadanía: el de subsidiariedad. Se replantea el grado de intervención y protagonismo del Estado en la vida económica y social. Frente al agotado esquema prestacional,

se pone el acento en la libertad individual, en la iniciativa privada, reservándose el Estado el papel de garante de las condiciones para que la libertad y la creatividad del hombre puedan ejercerse con facilidad (Ariño Ortiz, 2004: 111 y 112).

3. Nuevo rol del Estado: el Estado regulador

Precisamente, las dinámicas liberalizadoras impulsadas por la Unión a partir de los años 90 para la consecución del mercado interior, dentro del contexto general de la llamada «crisis del Estado del bienestar», hacen que la lectura de los artículos 128 a 132 de nuestra Constitución deba ser reelaborada de acuerdo al nuevo papel del Estado en la economía: el de Estado garante o Estado regulador, lo que para algunos autores constituye una auténtica mutación constitucional (De la Quadra-Salcedo, 2005: 58).

La teoría de la regulación económica surgió en EE. UU. tras la guerra de Secesión a mediados del siglo XIX, como solución al conflicto generado por el monopolio de la construcción del ferrocarril y los intereses de los potenciales usuarios en acceder al disfrute del nuevo medio de transporte. Así, la teoría del *command & control* sobre las empresas surge como una necesidad concreta de regulación, que se asume por las primeras comisiones (antecedente de las actuales agencias independientes), que progresivamente van alcanzando mayor reconocimiento institucional. De esta forma, en las sentencias de la Corte Suprema *Munn vs. Illinois*, de 1877, y *Wabash Railway vs. Illinois*, de 1886, se acreditó la competencia constitucional federal de la regulación del comercio más allá de las fronteras de cada estado. Esto derivó en la creación de la Comisión de Comercio Interestatal, considerada la primera agencia reguladora en sentido moderno y el punto de nacimiento del derecho administrativo en EE. UU. (Muñoz Machado, 2009: 136 y ss.).

Se trata de una regulación que paulatinamente se va extendiendo a más sectores económicos que satisfacen las conocidas como *public utilities*. Un modelo, por tanto, que surge de lo particular y que avanza hacia lo general y que se opone, al menos en su inicio, a la coyuntura de la Europa continental.

Así, la recepción en Europa de la teoría de la regulación se enmarca en un contexto bien diferente, el de un Estado prestador

monopolista con una Administración dotada de potestades y prerrogativas de control sobre los contratos concesionales de los grandes monopolios económicos; un sistema caracterizado por el uso de la técnica del «servicio público» como garantía de la igualdad en el acceso a los bienes y servicios (Muñoz Machado, 2009: 17 y ss.). Este modelo se empieza a quebrar a partir de las tendencias a la liberalización como remedio frente a la creación de monopolios, proceso que se inicia con el Tratado de Maastricht y se intensifica con el de Lisboa y la directiva Bolkenstein. Se trata de una política económica que obliga a las empresas estatales (o bien bajo titularidad pública, o bien privada, previa privatización) a competir en condiciones de mercado con otros operadores económicos. Esto constituye un nuevo escenario para la intervención económica del Estado, ahora centrado en las labores de vigilancia y supervisión del cumplimiento de las obligaciones de servicio público, sin que la totalidad del servicio merezca ya tal consideración (Parejo Alfonso, 2009).

III. MUTACIÓN CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA: RELECTURA DE LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 9.2 CE

Estamos ante una auténtica transformación del rol del Estado, que pasa de ser «prestador» a «regulador», velando por que la actividad económica se desarrolle en el marco de la libre competencia y por que las empresas que tengan encomendadas obligaciones de servicio público cumplan con la misión asumida (De la Quadra-Salcedo, 2005: 78 y 79). La tradicional Administración de intervención se convierte ahora en Administración de supervisión, donde la regla general de actuación es la libertad de los operadores, aunque sujetos a un marco jurídico que discipline el sector a través de la fijación de objetivos (Soriano García, 1993: 10 y 11).

Si bien es cierto que el Estado transforma sus funciones de Estado prestacional hacia una suerte de Estado garante de la dación de bienes y la prestación de servicios, ello no desvirtúa sus obligaciones en el cumplimiento del mandato del Estado social (artículo 1.1 CE) y la cláusula de la igualdad real y efectiva (artículo 9.2 CE) (Parejo Alfonso, 2009: 22). En este sentido, el derecho regulatorio tiene por objetivo conciliar las exigencias del funcionamiento eficiente del mer-

cado con las exigencias derivadas de la satisfacción de las necesidades colectivas. Para ello, se dotará de instrumentos heterogéneos: de tipo normativo, sancionador, de resolución de conflictos entre operadores, etc. En pocas palabras, la regulación económica se presenta como una nueva forma de entender la intervención pública en la economía, convirtiéndose así en una nueva función característica del derecho público de la globalización (Malaret, 2018: 1503).

La superación de la noción tradicional de «servicio público» tuvo como consecuencia la definición de nuevos de conceptos jurídicos, adaptados a la nueva realidad económica. De tal manera, las actividades económicas históricamente prestadas en régimen de monopolio o bajo la etiqueta del servicio público en sentido estricto, pero que progresivamente han sido liberalizadas, vienen a configurarse en la actualidad como «servicios de interés económico general» (SIEG) (Carlón Ruiz, 2009: 486).

Sin ánimo de realizar un análisis detallado de tal instituto, conviene recordar que su régimen jurídico viene delimitado por lo dispuesto en el actual artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (antiguo artículo 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, o TCEE). Dicho precepto señala que determinados servicios, aun cuando estén caracterizados por su connotación económica, si al mismo tiempo presentan un interés general, solo quedarán sujetos a las normas de los Tratados, y en especial a las relativas al derecho de la competencia, en la medida en que ello no comprometa la misión que tengan encomendada.

Evidentemente, por connotación económica debemos entender, acudiendo al derecho de la UE y su idea de «empresa», cualquier actividad económica, consistente en ofrecer bienes y servicios en el mercado, con independencia de la forma que se adopte, de que el prestador tenga carácter público o privado o de que exista o no ánimo de lucro en la operación (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–, caso *Fédération française des sociétés d'assurance*, de 1995).

Consecuentemente, para hablar de un SIEG, debemos estar en presencia de una actividad económica de acuerdo con el análisis funcional que aplica el ordenamiento comunitario, pues solo en este caso estaríamos ante actividades susceptibles de estar regidas por el

derecho de la competencia. Pero, además, dichos servicios deben ser considerados por los Estados como de interés general, ya que solo esta doble concurrencia permite exonerar a los prestadores de tales actividades de la rigurosa aplicación del derecho comunitario, en la medida en que pueda comprometerse la misión encomendada.

Una misión de interés general que, según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, debe entenderse como referida a actividades generalmente de índole prestacional, cuya existencia y efectividad deben quedar garantizadas incluso cuando el mercado no esté en condiciones de hacerlo (normalmente por falta de rentabilidad, situaciones de monopolio natural, etc.). Esto exige que tales actividades deban sujetarse a principios distintos de los meramente empresariales, tales como: universalidad, igualdad entre los beneficiarios, continuidad y asequibilidad de la prestación, etc.² Así, sectores como la energía, las telecomunicaciones, los transportes o los servicios audiovisuales, entre otros, estarían incluidos en esta categoría.

Además del mencionado artículo 106.2 del TFUE, el régimen jurídico de los SIEG se completa con las referencias contenidas en otros preceptos del tratado. Así, el artículo 14 TFUE apela a la Unión y a los Estados miembros para que, de acuerdo con sus respectivas competencias, velen por que tales servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. Además, el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) establece la especial relación de los SIEG con los derechos fundamentales, al atribuir a la Unión el reconocimiento y respeto al acceso a este tipo de servicios en aplicación del derecho comunitario. Finalmente, y no por ello menos importante, está la inclusión de un protocolo 26.º al TFUE con ocasión del Tratado de Lisboa. En este se enfatiza la importancia de los SIEG en atención a los valores de la Unión Europea, al señalar la amplia capacidad de discrecionalidad de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar u organizar este tipo de actividades; la diversidad de los SIEG y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios en función de las situaciones geográficas, sociales y culturales; así como la operatividad

² Acerca de la noción de «servicio de interés económico general» y su régimen jurídico véase: Díez-Picazo (2009: 410 y ss.).

en este sector de los principios de calidad, seguridad, accesibilidad económica e igualdad de trato y la promoción del acceso universal de los usuarios.

Además, las especiales características que rodean determinados sectores en atención a la satisfacción de necesidades colectivas de primer orden exigen, adicionalmente, la formulación de «obligaciones de servicio público»; es decir, la previsión de un área reservada (dentro del SIEG), no sujeta de igual modo a los rigores de la libre competencia y la apertura a la libre iniciativa empresarial. Estas obligaciones serán objeto de una encomienda a un determinado operador que, según la jurisprudencia del TJUE, requiere de compensación a favor de aquel. No obstante, dicha contraprestación no puede ignorar los condicionantes de los Tratados en materia de ayudas de Estado (artículos 107 y siguientes TFUE), pues lo contrario conllevaría una distorsión injustificada de la libre competencia. De tal manera, y tomando como base el *leading case* STJUE, caso Altmark, de 24 de julio de 2003, las condiciones para que dicha compensación sea compatible con el ordenamiento comunitario serían:

- la acreditación de la existencia de una obligación de servicio público;
- la atribución de dicha obligación por parte del Estado de manera que quede claramente definida (fijándose los parámetros de la compensación de antemano y, de no hacerse a través de un mecanismo de asignación competitiva, calculándose la compensación sobre la estructura de costes de una empresa media –también llamado «test del inversor privado»–), y
- que en ningún caso la compensación supere el importe de los gastos necesarios para cumplir la obligación de servicio público³.

Además de los SIEG, y, en su caso, las «obligaciones de servicio público» que puedan encomendarse, la Comisión Europea en numerosas comunicaciones y la propia jurisprudencia del TJUE han reconocido la existencia de «servicios no económicos de interés general» (SNEIG). Se trata de servicios excluidos de la aplicación del

³ Para conocer con más detalle el régimen jurídico de la compensación por la prestación de «obligaciones de servicio público» en el marco de los SIEG véase: Alguacil Mari (2012: 95 y ss.).

derecho de la competencia y articulados sobre criterios de solidaridad y cohesión social (aunque también persigan la mayor eficiencia económica posible). Es un grupo en el que se enmarcan los tradicionales servicios de regalía o autoridad y los servicios sociales, tales como el seguro social obligatorio o la educación.

Estamos, por tanto, ante un panorama de conceptos jurídicos definidos a través de un criterio funcional, de tal manera que será la naturaleza de la actividad económica en particular y el interés general que esta conlleve lo que determinará el encaje en uno u otro, y, en consecuencia, su correspondiente régimen jurídico. Ahora bien, como es fácil advertir, se plantea el problema de la frontera entre servicios «económicos» y «no económicos» (Vaquer Caballería, 2005: 5 y ss.) de interés general en el contexto del Estado social, obligado –si bien en su nuevo rol de regulador– a garantizar determinados niveles de prestaciones sociales.

En conclusión, la apertura de los servicios públicos a la competencia añade una nueva dimensión a la clásica actividad de regulación (entendida como evitación de externalidades negativas por parte de las actividades reguladas), al imponer la garantía de la prestación de determinados servicios. Corresponde al Estado no ya prestar por sí mismo el servicio, sino garantizar que los agentes económicos lo hagan bajo las premisas de la continuidad, la regularidad y la libertad de acceso (Matés Barco, 2008: 215).

IV. IMPLICACIONES DEL NUEVO ESTADO REGULADOR EN EL ROL DE LAS CORTES GENERALES

1. En el plano normativo: alteración del sistema de fuentes por el derecho regulatorio

El tradicional sistema de fuentes del derecho, presidido por la ley parlamentaria, instrumento normativo por excelencia del parlamentarismo liberal, entra en crisis con la consolidación del Estado social en su primera dimensión prestadora, dada la preponderancia del Poder Ejecutivo y su tendencia a la expansión normativa a través de la potestad reglamentaria. Pero es el momento actual, el de la era de la regulación económica, el que termina por desplazar el esquema clásico en detrimento de la potestad normativa primigenia que

correspondía a las Cortes Generales. Fenómenos como el abuso del decreto-ley, la regulación por parte de las agencias independientes y la tendencia a la autorregulación han alterado de manera sustancial nuestra concepción decimonónica del reparto de las competencias normativas.

En cuanto a la legislación estatal, debe destacarse una creciente –y preocupante– tendencia en el uso de la figura del decreto-ley. Esto, si bien podría justificarse por la extraordinaria y urgente necesidad de intervenir un mercado para la satisfacción del interés general, presenta problemas de confianza en los inversores en relación con la mutabilidad del marco jurídico de referencia, y la imposibilidad de control jurisdiccional ordinario que esta fuente implica (Grupo de Trabajo FIDE, 2019: 8).

La mayor frecuencia en el uso del decreto-ley, si bien matizada y delimitada en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional, plantea asimismo dudas en el plano teórico-constitucional. Además de la señalada menor seguridad jurídica, la interpretación de la «reserva de la ley» como límite al legislador también quiebra con el recurso excesivo a esta técnica normativa.

La reserva de ley entendida como un requerimiento democrático en la forma, en el procedimiento de aprobación de la norma, apela a la ley parlamentaria como aquella fruto de un procedimiento transparente, abierto, público y contradictorio (título v, artículos 108 a 150 del Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982, y título iv, artículos 104 a 151 del Reglamento del Senado, de 3 de mayo de 1994, respectivamente). El procedimiento legislativo es el que mejor garantiza la deliberación pública en un marco de transparencia y confrontación de pareceres (Malaret, 2003: 356-359), dotando al producto normativo resultante de una legitimidad democrática incuestionable. Así, el uso abusivo del decreto-ley constituye una huida premeditada de las exigencias del procedimiento legislativo, que hurta o, cuando menos, desvirtúa el debate parlamentario⁴, focalizando con ello la toma de decisiones en el Gobierno.

Al protagonismo del Ejecutivo debemos añadir, como veníamos diciendo, que una de las principales características del derecho

⁴ El abuso del decreto-ley como elemento que coadyuva a la pérdida de centralidad del Parlamento también ha sido señalado por Cazorla Prieto (2018: 36).

regulatorio es, precisamente, que la tradicional preeminencia del legislador se va a ver desplazada o trastocada por el protagonismo sectorial de las autoridades independientes (De la Quadra-Salcedo, 2005: 92); una suerte de «reserva de Administración» en favor de esta que permite hablar de una *regulation through adjudication* (regulación a través de la resolución). De manera que en la solución del caso concreto (por ejemplo, ante un conflicto entre competidores por acceder a la red bajo el control del incumbente) surge la norma jurídica.

Así, de la misma forma que la incorporación de España a la hoy Unión Europea supuso una alteración del sistema de fuentes mediante la recepción de reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes (artículo 288 TFUE), además de otros instrumentos, como comunicaciones, libros verdes, códigos de buenas prácticas, etc., nuestro regulador por antonomasia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en virtud del artículo 30 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la agencia, previa habilitación, puede dictar normativa de desarrollo y ejecución en los sectores objeto de su supervisión. Concretamente, podrá pronunciarse a través de:

- circulares (con carácter vinculante una vez publicadas en el BOE),
- circulares informativas (para requerimientos de información periódica) y
- comunicaciones (que aclaren sus principios o criterios de actuación o *guidelines*).

Además de estas nuevas fuentes normativas, el derecho regulatorio se vincula estrechamente al fenómeno de la autorregulación, que, a pesar de no ser algo nuevo, adquiere, a partir de los procesos de liberalización, una renovada dimensión (Esteve Pardo, 2013: 116 y ss.). De tal manera, los mercados emergentes están demostrando su preferencia por las normas que surgen del propio mercado, haciendo descansar la tarea normativa en organizaciones de base privada de alcance diverso (aunque preferiblemente de amplio espectro territorial), y sustituyendo las tradicionales intervenciones administrativas de homologación, verificación, control o autorización por las más recientes de certificación, auditoría, valoración o informe por parte de entidades privadas en el marco de las reglamentaciones consensuadas

entre los operadores. Se excluye, con ello, al poder judicial del control del cumplimiento normativo, y, en consecuencia, de su fundamental tarea de interpretación de la regulación, con las repercusiones constitucionales que de ello derivan (Black, 1999: 102). El Estado está procediendo a un repliegue en la iniciativa de la regulación en favor de las normas «autoimpuestas» por los agentes económicos y, en el mejor de los casos, las está recepcionando como propias, dotándolas, así, de fuerza vinculante.

Los factores que han conducido a la proliferación de la autorregulación en los últimos años son de índole diversa. Estos van desde el creciente poder de las grandes corporaciones transnacionales, a la necesidad de evitar las disparidades normativas entre Estados para favorecer la libre circulación de bienes y el libre establecimiento en la prestación de servicios, el especial interés de las empresas por cumplir con los estándares de su mercado relevante para no ser «expulsados», la complejidad técnica de determinadas actividades económicas, la mayor preocupación por la gestión de los riesgos derivados de la actividad, etc. (Muñoz Machado, 2009: 119-128).

En pocas palabras, estos fenómenos propios de la regulación, que han contribuido a la distorsión del sistema de fuentes y han cuestionado la primacía de la ley como fruto de la voluntad popular, han alterado los dos elementos fundamentales del principio de legalidad, uno de los pilares del Estado de derecho: la jerarquía normativa y la reserva de ley. Y a ellos podemos añadir un último riesgo nada desdeñable, y es que, a través de la necesaria colaboración del reglamento en la tarea de la regulación económica, se invadan, nuevamente, terrenos reservados necesariamente a la ley parlamentaria (Ruiz Palazuelos, 2018: 204 y ss.).

La tecnicidad inherente a muchas de las decisiones que deben tomarse en el ámbito de la regulación requiere de la intensa colaboración reglamentaria, pero un uso indebido de esta fuente subordinada podría estar, de nuevo, desplazando las garantías propias del procedimiento legislativo y la necesaria intervención de la representación política en la definición del interés general como factor de legitimación democrática.

Es por ello que el recurso al reglamento debe hacerse siempre bajo parámetros de calidad en su elaboración como factor de legi-

timación administrativa en su aplicación. En concreto, la potestad reglamentaria que puedan desarrollar las autoridades de regulación, si bien puede estar legitimada por la *expertise* del órgano y las decisiones que está llamado a tomar, no puede considerarse totalmente neutral, pues, aun garantizada la independencia de las consideraciones político-partidistas, siempre albergará algún grado de margen valorativo metajurídico, es decir, de discrecionalidad. Y es precisamente ese margen de decisión, de discrecionalidad, el que exige que estas normas reglamentarias sean adoptadas a través de un procedimiento reglamentario en el que se refuerce la perspectiva de la democracia deliberativa, intensificando la motivación de las decisiones y favoreciendo la intervención de los intereses sociales durante la tramitación para poder tomarlos en consideración (Ponce Solé, 2003: 108 y ss.).

2. En el plano institucional: pérdida de protagonismo del Parlamento frente a las autoridades de regulación

El artículo 109, apartados 1 y 2, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, define las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal de la siguiente manera:

1. Son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley.

2. Las autoridades administrativas independientes actuarán, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial.

La noción de autoridad independiente de regulación tiene su origen en el modelo regulatorio americano y la proliferación de las comisiones sectoriales con potestades para fijar precios y tarifas.

Al igual que hoy aquí, desde su origen se planteó el debate acerca de su complejo encuadre en el marco institucional propio de la

división de poderes del constitucionalismo moderno, pues estas agencias ostentan poderes de tipo normativo (de desarrollo de las previsiones legales en los sectores objeto de supervisión), de tipo ejecutivo (fijación de tarifas, potestades sancionadoras, etc.) y de tipo cuasijurisdiccional (mediante la resolución de controversias entre operadores a partir de criterios técnicos y de eficiencia del mercado, difícilmente fiscalizables en sede judicial), además de caracterizarse por una posición «independiente» que dificulta la justificación de la legitimidad democrática de sus decisiones (Muñoz Machado, 2009: 143 y 144).

El modelo de agencias llegó a Europa como una necesidad derivada de los procesos de liberalización. Para su implantación se esgrimieron argumentos de especialización técnica y de seguimiento de la evolución de los mercados. Concretamente en el caso español, el punto de partida lo supuso la atribución al Banco de España del estatuto de autoridad independiente y, posteriormente, le siguieron órganos como: la Agencia Española de Protección de Datos, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones, etc. (Muñoz Machado, 2009: 147 y 148).

En 2013, sin embargo, el escenario de las autoridades de regulación en España varió sustancialmente con la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC. Se trata de un macroorganismo marcado por dos rasgos fundacionales:

- su carácter integrador: aglutina funciones regulatorias y las de competencia, y
- su dimensión multisectorial: abarca en su supervisión regulatoria todos los sectores económicos regulados hasta la fecha por una comisión propia (telecomunicaciones, energía, sector postal o transporte ferroviario), o que, estando su existencia prevista, no había sido creada (como es el caso de la industria audiovisual y el sector aeroportuario).

Una innovación institucional inspirada en el modelo holandés, que presenta ventajas como la evitación de duplicidades y de disparidad de criterios de resolución, pero que no ha estado exenta de polémica doctrinal, especialmente porque, con ocasión de su creación, el legislador reservó importantes competencias regulatorias en los ministerios del ramo, en detrimento del nuevo macrorregulador (situa-

ción parcialmente corregida por el reciente Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero⁵, tras una investigación y un dictamen motivado de la Comisión Europea⁶), y porque su carácter multisectorial difícilmente puede conciliarse con el principio de especialización técnica que legitima la implantación de agencias independientes (Carlón Ruiz, 2014: 38 y ss.).

Igualmente criticado ha sido el sistema de elección de los miembros de su Consejo, por el sesgo que presenta el procedimiento en favor del Ejecutivo. Así, el artículo 15.1 de la Ley 3/2013 dispone que:

Los miembros del Consejo, y entre ellos el Presidente y el Vicepresidente, serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión, previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. El Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, podrá vetar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos.

El principio de constitucionalidad, en su comprensión como límite efectivo al ejercicio del poder por parte del Legislativo y el Ejecutivo, exige plantearse qué sucede cuando tal poder es delegado en otras instancias y a qué controles se somete tal delegación. De tal manera, la clave del dilema constitucional que plantea la gobernanza regulatoria es, precisamente, la naturaleza y alcance de dicha delegación en las agencias independientes; es decir, cómo conciliar su razón de ser basada en la *expertise* –mayor eficacia– y la independencia –alejamiento de las consideraciones políticas en la toma de

⁵ Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, de medidas urgentes para adecuar las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a las exigencias derivadas del derecho comunitario en relación a las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural.

⁶ Véase Sala Arquer (2019).

decisiones— con la distorsión que generan en el tradicional esquema de separación de poderes como elemento fundamental del Estado de derecho (Scott, 2010: 17-19).

Se trata de una crítica constitucional que requiere reflexionar acerca del necesario reforzamiento de la legitimidad democrática de estas agencias. Si bien es cierto que una concepción pluralista y actual de la democracia no puede basarse exclusivamente en el principio mayoritario, no es menos cierto que toda institución de naturaleza contramayoritaria que pretenda ejercer poder público en una democracia exige de un esfuerzo explicativo en la justificación de su existencia y su desempeño. El déficit democrático que *a priori* suele atribuirse a las autoridades independientes de regulación viene dado, precisamente, por su connotación de «independientes». Su pretendido aislamiento de la lucha partidista en la toma de decisiones, la creación de una esfera o espacio libre de injerencias, que permita a sus miembros regirse exclusivamente por criterios técnicos (afirmación matizada a lo largo de este trabajo), no debe, sin embargo, impedir su conexión democrática con la voluntad popular canalizada a través de sus representantes parlamentarios.

Así, una mayor participación del Parlamento en el proceso de nombramiento de los miembros de las agencias y en el control de su labor reguladora, asegurando en todo caso un exigente estatuto jurídico para aquellos que garantice su inamovilidad y el sereno desempeño de sus funciones libres de presiones indebidas, podría ser una línea de solución que mitigase el difícil encaje constitucional que estos órganos plantean, así como el poco deseable desplazamiento de las Cámaras como órgano central de debate en un Estado democrático, marco idóneo para la definición del interés general bajo el procedimiento legislativo, garante de la contradicción y el pluralismo en la toma de decisiones de alcance general.

3. En la definición del interés general: de la discusión política a la lógica del mercado

La regulación general de la economía, es decir, respecto de los sectores en los que, por su particular estructura, la dinámica propia del mercado no encuentra más limitaciones que las reglas generales de la competencia, consiste en una actividad administrativa

fundamentalmente ejecutiva, sometida al principio de legalidad, y con escasos márgenes para la discrecionalidad. Por el contrario, la regulación intensiva propia de los sectores económicos que requieren una especial injerencia en el funcionamiento del mercado (por ejemplo, por su estructura en red, como es el caso de las telecomunicaciones, el sistema eléctrico, etc.) toma como referencia parámetros económicos y técnicos, abriendo así el margen de discrecionalidad de las agencias de regulación (Esteve Pardo, 2009: 402-404).

Estamos ante un cambio de paradigma respecto de la definición del «interés general», entendido este como un proceso de ponderación (y justificación) de intereses contrapuestos en la adopción de las políticas públicas. El Estado, frente a su tradicional rol, renuncia ahora a esa actividad de organización que venía desarrollando, otorgando la satisfacción de los servicios públicos a los agentes del mercado, bajo la lógica económica de este (produciéndose un repliegue del Estado). No obstante, en paralelo, asume una nueva atribución, la de garantizar que el mercado va a alcanzar el fin de la provisión de los servicios (garantía de la eficacia del mercado a través de la regulación). Se dan, así, dos fenómenos concurrentes de signo contrario: desregulación y rerregulación. El papel de supervisión queda, además, ya no en manos de la tradicional estructura administrativa, sino en las de las autoridades independientes (Parejo Alfonso, 2016: 109 y 110).

El fenómeno de la desregulación haría referencia al conjunto de medidas cuyo objeto es la disminución/eliminación, modificación o simplificación, por parte de los poderes públicos, de aquellas normas o trámites administrativos que puedan suponer un condicionamiento o restricción a la iniciativa y desarrollo de actividades económicas, de tal manera que su finalidad no es otra que la introducción de la libre competencia. Consecuentemente, este fenómeno conlleva la paradoja de estimular otro de signo opuesto, la rerregulación, es decir, la sustitución por otros instrumentos de regulación destinados a controlar el desarrollo de esos mercados abiertos a la competencia, con la finalidad última de proteger los intereses públicos a través de las agencias de regulación (De la Serna Bilbao, 1995: 39 y ss.).

En este contexto de indefinición apriorística del interés general aparece con fuerza la noción de discrecionalidad. Este es un concepto jurídico indeterminado normalmente asociado a la aplicación de

normas de textura abierta que descarga, ya no en el Legislativo, sino en la Administración, la concreción del interés general. El objetivo de todo ello es que el mercado se oriente en su asignación de recursos a la consecución de ese interés general. La preferencia por el criterio del regulador ha sido reconocida explícitamente por la Sentencia del Tribunal Supremo –TS– (Sala Tercera) de 10 de julio de 2007 en relación con el servicio universal de telecomunicaciones.

El desplazamiento del Parlamento en la definición del interés general y el protagonismo de las agencias conllevan ciertos fallos o riesgos que deben ser señalados. Así, siguiendo a Gaspar Ariño (2006: 28 y 29), podemos apreciar que la tendencia a «esquivar» al Legislativo genera problemas de seguridad jurídica en los sectores objeto de regulación, y ello se debe a la identificación de las siguientes dificultades:

- la ambigüedad, calculada o no, que incorpora en muchas ocasiones la regulación;
- el recurso a normas de mínimo rango que pueden ser fácilmente cambiadas;
- el abuso de la discrecionalidad del regulador, y
- el cambio regulatorio brusco, no previsible.

Nos encontramos, por tanto, ante un nuevo esquema de realización del Estado social, dominado por criterios técnicos o económicos y, por tanto, más difícil de controlar en sede judicial (De la Quadra-Salcedo, 2005: 91-94)⁷. Esto es debido a que, si bien jueces y tribunales conservan la potestad de fiscalizar los actos administrativos emanados de las autoridades independientes, el amplio margen de decisión que estas atesoran hace que el control se limite a revisar: si la decisión ha sido tomada por la autoridad competente a través del procedimiento legalmente establecido, que la argumentación sea racional a partir de los criterios previstos en la norma de referencia y que las medidas dispuestas sean proporcionales. En definitiva, no puede sustituir la discreción del órgano técnico y su función se circunscribe a anular aquellas decisiones que, bajo la apariencia de la

⁷ Acerca de las dificultades del control judicial de la discrecionalidad administrativa en el contexto del Estado regulador, merece la pena la lectura del trabajo interdisciplinar (jurídico-económico) de Carbajales (2019: 69 y 89).

discrecionalidad, encerrarían, sin embargo, un ejercicio arbitrario del poder (Del Guayo Castiella, 2018: 1513). Se trata de un control judicial acotado, pero que no puede entenderse como indiferente frente a las decisiones del regulador. Sin entrar a discutir la solución elegida en términos metajurídicos, debe centrarse en comprobar el correcto desarrollo del procedimiento administrativo de toma de decisiones como garantía de su legitimidad (Ponce Solé, 2003: 120-123).

Precisamente, la incertidumbre propia de la discrecionalidad favorece, como ya apuntábamos, los cambios regulatorios. La variabilidad del marco jurídico de referencia afecta al principio de seguridad jurídica, que, más allá de su perversidad constitucional, desde el punto de vista económico, además, desincentiva la inversión e incentiva la desinversión. La probabilidad de cambio desemboca, para quien participa del sector, en la asunción del llamado «riesgo regulatorio», reconocido por el Dictamen del Consejo de Estado 1059/2011, de 22 de junio, y que consiste en la posibilidad de variación en la normativa sectorial, incluso en perjuicio de las inversiones ya realizadas. El cambio, de producirse en un sentido en cierto modo previsible, deberá ser soportado por los interesados sin derecho a indemnización por parte del Estado.

En la dicotomía representación política (Parlamento) versus especialización técnica (agencias de regulación o agencias independientes), en relación con la definición del interés general, tal vez la mejor solución de equilibrio sea la de apelar a la delimitación de las respectivas esferas competenciales, dejando que las cuestiones de índole social sigan en manos de las Cámaras y reservando para los reguladores aquellas decisiones estrictamente técnicas, en las cuales nada aporta el debate público o los posicionamientos ideológicos (García Álvarez, 2014: 85).

V. DESAFÍOS: UN ALEGATO EN FAVOR DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y LA CENTRALIDAD DE LAS CORTES GENERALES

El nuevo Estado regulador ha supuesto un desafío a la tradicional división de poderes. De lo visto previamente, cabe destacar cómo el derecho regulatorio ha supuesto un desplazamiento del legislador en favor de las autoridades independientes en el plano normativo e

institucional, siendo crucial su repliegue en la definición del interés general en el marco de la regulación económica.

Se trata de un escenario protagonizado por las dinámicas del mercado y orientado a impulsarlo, donde fenómenos como la autorregulación toman carta de naturaleza, caminando hacia una suerte de privatización del poder normativo (Esteve Pardo, 2013: 110 y ss.). La preponderancia de los agentes económicos, especialmente los más relevantes del mercado, genera uno de los principales riesgos del derecho regulatorio y la delegación de tareas en autoridades independientes como es el de «captura del regulador»; es decir, el temor –más o menos fundado– de que estas agencias adoptarán sus decisiones influidas por los intereses de las principales empresas del sector concernido.

Es un fenómeno diferente, pero no demasiado lejano, del de las «puertas giratorias», consistente en que los empleados públicos al servicio del regulador o del Gobierno puedan tener interés en derivar su carrera profesional al sector privado, concretamente, mediante el ingreso en puestos directivos en las empresas reguladas (o, de manera inversa, desde el ámbito privado hacia el sector público) (Del Guayo Castiella, 2018: 1515).

En este orden de consideraciones, no se escapa lo incierto de sustituir las decisiones parlamentarias, con su legitimidad democrática directa, y las tradicionales estructuras administrativas de carácter burocrático, caracterizadas por la sujeción al principio de legalidad y el estatuto funcionarial de sus servidores, por el nuevo modelo «tecnocrático» de agencias y autoridades independientes. A continuación, se señalarán cuatro desafíos o propuestas para el futuro, tendentes a mejorar la legitimación democrática de las agencias a partir de la recuperación de la centralidad de las Cortes Generales.

En primer lugar, y siguiendo a La Spina y Majone, se hace necesario distinguir la «regulación económica» de la «regulación social» (2000: 38 y 39), en cuanto que la primera supone una intervención para «re-crear» las condiciones de mercado en sectores económicos en los que, por sus especiales características, la libre competencia y correcto suministro de bienes y servicios no se alcanzaría a través de la mera dinámica de mercado. Un nuevo paradigma de intervención administrativa, que, si bien se caracteriza, como

ya hemos señalado, por altas dosis de discrecionalidad, se rige por criterios eminentemente técnico-económicos y sectoriales, en los que la especialización técnica debe ser el criterio prevalente para la atribución de potestades normativas. De ahí que su delegación en las autoridades de regulación pueda presentarse como una solución óptima para garantizar tal *expertise*, además de su connotación de independientes de la lógica de la lucha partidista. En consecuencia, se entiende que la segunda, la regulación que llamaríamos «social», caracterizada por su alcance general y orientada a la satisfacción de intereses de amplio espectro como salud, medio ambiente, riesgos laborales, protección de los consumidores, etc., precisamente por su vocación de generalidad y por la necesaria ponderación de intereses que requiere en su adopción, debe mantenerse y estimularse en sede parlamentaria, su sede natural, habida cuenta de las garantías que presenta el procedimiento legislativo como cauce procedimental de la contradicción propia de la representación política.

Así, regulación económica y regulación social, aun persiguiendo ambas fines colectivos o públicos, presentan enfoques diversos. En la regulación económica prima la idea del reforzamiento del mercado y la eficiencia económica, mientras que en la segunda predominan los fines sociales y distributivos (Del Guayo Castiella, 2012: 199 y ss.). Son lógicas diversas que permiten reivindicar el rol del Parlamento en la definición de la política económica a partir de la delimitación conceptual de la regulación económica en sentido estricto, única que habilita y justifica la intervención de las autoridades de regulación, dejando que las cuestiones que excedan lo meramente técnico y requieran de una valoración política sigan en manos del Legislativo.

En segundo término, y dada la naturaleza contramayoritaria que las caracteriza, es necesario profundizar la sujeción de las agencias a la ley parlamentaria como garantía de su adecuada legitimación democrática (La Spina y Majone, 2000: 167 y ss.). Dicha sujeción empieza por su propia ley de creación, en la que debe arbitrarse un mecanismo de nombramiento de los miembros, además de un sistema de control y rendición de cuentas que garanticen el debido equilibrio entre las potestades que corresponden a la institución independiente y las constitucionalmente obligadas de las Cortes Generales, sin que estas últimas puedan verse menoscabadas.

Es decir, el debido reforzamiento de las Cámaras parlamentarias en materia regulatoria, que aquí venimos defendiendo, no pasa por negar las ventajas del modelo de agencias y su proliferación, sino por la necesaria redefinición de su rol y su diseño institucional, de tal manera que el énfasis en la especialización técnica y la independencia de sus miembros puedan ser entendidos dentro de un concepto más amplio de representación (Aman, 1992: 15).

En esta línea de estrechamiento de vínculos entre las autoridades de regulación y las Cortes Generales, sería deseable matizar los actuales sistemas de designación de sus miembros dando una mayor o más intensa intervención a las Cámaras, priorizando los criterios de capacidad técnica en la selección como mejor garantía de su independencia (Aragón Reyes, 2009: 46) y estableciendo un estricto estatuto jurídico, que, sin negar la debida rendición de cuentas, permita el desempeño de las funciones encomendadas en un clima libre de injerencias y presiones externas.

Si bien el requisito de la independencia viene exigido por las directivas sectoriales de la Unión Europea, los Estados miembros gozan de un amplio margen de configuración en el concreto diseño institucional. La tendencia hacia la designación gubernamental, que, de inicio, podría ser enmarcada en la labor de dirección política que asiste al Gobierno *ex* artículo 97 CE (Rallo Lombarte, 2002: 247 y ss.), debe ser cuando menos matizada en línea con lo sostenido hasta el momento y también en consonancia con lo dispuesto por la normativa europea a partir del año 2009, en la que puede apreciarse una tendencia a entender la independencia de las autoridades de regulación en un sentido más amplio que con anterioridad, al referirse ya no exclusivamente a una independencia respecto de los operadores del mercado, sino también respecto del Gobierno (De la Quadra-Salcedo, 2014: 107). Una línea de solución podría venir por reforzar el papel actual de los *hearings*, acercándose más a la ratificación por el Senado propia del sistema americano, auténtico mecanismo de *checks and balances*.

En pocas palabras, un mayor peso de las Cortes Generales en las designaciones como remedio frente al actual sesgo gubernamental sería deseable en términos de neutralización de la dependencia gubernativa, o, cuando menos, coadyuvaría a una composición más

equilibrada o no monopolizada por el partido en el poder (Sánchez Blanco, 2016: 245).

En aras de la independencia del órgano en su conjunto y sus miembros individualmente considerados, además de lo dicho respecto a la selección, debe ponerse atención en la necesidad de dotar a estos de un *status* jurídico propio con restricciones y prerrogativas; un rígido régimen de incompatibilidades, que debe ser compensado con una suficiente dotación presupuestaria y retribución individual, y un especial énfasis en relación con la garantía de su inamovilidad, pues, habida cuenta de lo sucedido con la creación de la CNMC en 2013 y la consecuente desaparición y cese anticipado de los consejeros de la previa Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2016, a raíz de la cuestión prejudicial presentada por nuestro Tribunal Supremo, estableció que solo el debido respecto a las causas de cese legalmente tasadas de antemano permite garantizar suficientemente la independencia de la agencia y sus componentes frente a las eventuales injerencias del Gobierno (Brokelmann, 2016: 9 y 10).

Un tercer requisito, que conecta directamente con la necesaria sujeción a la ley parlamentaria que mencionábamos hace un momento, es el de los llamados *supermandates*. Es decir, el establecimiento de exigencias sobre los reguladores por parte de las Cortes Generales a través de su normativa reguladora, tanto de tipo procedimental (autoridad competente, procedimientos predeterminados, razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones) como de tipo sustancial (mínimas consideraciones de tipo social que estos deben respetar a la hora de desarrollar sus competencias), que fungirían como instrumento para asegurar la preeminencia del Parlamento en la definición del interés general, también en relación con la regulación económica (McCrudden, 1999: 278 y ss.)⁸. Esta mayor densidad normativa acotaría el rol de los reguladores a las decisiones de índole puramente técnica y respetaría las reglas de la representación política en aquellas otras que supusieran una elección en términos distributivos o redistributivos, permitiendo, en consecuencia, un mejor control judicial *ex post* (García Álvarez, 2014: 100).

⁸ En este sentido, véanse las propuestas formuladas en el informe del Grupo de Trabajo FIDE (2019: 3 y 4).

Por lo que respecta al mandato de tipo procedimental, también a través de su concreta realización se puede mejorar la legitimación democrática de las autoridades independientes. Así, el fortalecimiento de principios como la transparencia y la participación en la toma de decisiones contrarrestaría la crítica del déficit democrático de las agencias y contribuiría a difuminar las suspicacias de una huida reiterada del procedimiento legislativo con intereses espurios, lo que supone una adhesión a los principios de gobierno abierto ya demandada en la Recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos sobre Política y Gobernanza Regulatoria de 2012.

Finalmente, en cuarto lugar, y por lo que respecta al control, este también debe ser reforzado. Las autoridades de regulación, por más que son Administraciones en el sentido del artículo 103 CE y, por ende, sometidas a fiscalización judicial de acuerdo con las previsiones del artículo 106.1 CE, gozan de un amplio margen de discrecionalidad en su actuación. Este aspecto, como hemos señalado, dificulta la revisión de las decisiones, pero podría ser corregido a partir de una interpretación restrictiva del rol de las agencias (regulación económica en sentido estricto) y una predeterminación normativa más densa por parte de las Cortes Generales en la delimitación de la naturaleza y alcance de la delegación en aquellas, tanto desde el punto de vista procedimental como sustantivo (*supermandates*).

En cuanto que independientes y, por tanto, desgajadas del tradicional esquema administrativo, las autoridades de regulación requieren de un replanteamiento⁹ en su relación con el Parlamento. Su alejamiento de las instrucciones del Gobierno hace que el control que las Cámaras ejercen sobre este no resulte operativo y deba configurarse una relación de tipo directo (Ruiz Palazuelos, 2018: 194 y 195). Teniendo en cuenta la experiencia española de control parlamentario, tanto de organismos reguladores como de otras instancias, Rallo Lombarte (2002: 287-289) señala los siguientes instrumentos posibles: la comparecencia de los cargos directivos ante las comisiones parlamentarias correspondientes, la preceptiva remisión de informes periódicos a las Cortes Generales, el control

⁹ Este replanteamiento, de producirse, según Bassols Coma (2018: 445), no debería dejarse a las leyes singulares de creación, sino que debería integrarse en la redacción de los reglamentos parlamentarios.

de la potestad normativa o la creación de comisiones *ad hoc* para su seguimiento. Si bien han resultado poco efectivos hasta el momento, todos ellos van encaminados a generar una conexión democrática de rendición de cuentas por parte de las agencias ante los representantes de la voluntad popular.

Además de la mejora de las condiciones para un más eficaz control judicial y del reforzamiento del control parlamentario, no debe olvidarse que, como parte del sector público, las autoridades de regulación quedan también bajo el poder de supervisión del Defensor del Pueblo en cuanto que alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos recogidos en el título 1 de la carta magna (artículo 54 CE). Será precisamente la sujeción combinada del modelo de agencias a los controles clásicos de la democracia constitucional un factor fundamental para eludir las críticas y contribuir a dotar de legitimidad a estos órganos de complejo encaje en el tradicional esquema de separación de poderes (Scott, 2010: 23).

Estos cuatro desafíos o propuestas para el futuro que se acaban de plantear se formulan con el ánimo de recuperar la centralidad del Parlamento en la discusión de una materia que, si bien presenta facetas que requieren del criterio técnico, en general no puede dejarse al margen de la representación política en la toma de decisiones. Todo ello en el convencimiento de que el desplazamiento de las Cortes Generales y el consiguiente protagonismo del Ejecutivo en el control de las autoridades de regulación podrían llegar a generar riesgos de caminar hacia una deriva no democrática (Aman, 1992: 129).

En todo caso, y más allá de las propuestas *de lege ferenda* que se puedan poner sobre la mesa, en gran medida, la legitimación social de las agencias dependerá de su estilo a la hora llevar a cabo su tarea. Su credibilidad se construirá a partir de su reputación de integridad y servirá como mecanismo de rendición de cuentas frente a los operadores del mercado y la sociedad en general (Black, 1999: 111), eliminando con su autoridad cualquier duda acerca de su imparcialidad o eventual captura por aquellos a quienes debe regular (De la Cruz Ferrer, 2002: 210-213). Dicha credibilidad no solo es deseable en términos jurídicos, que son los que presiden esta reflexión, sino también económicos, pues solo mediante la seguridad que aquella aporta se podrá fomentar la inversión en un país (Ariño y De la Cuétara, 2012: 66).

VI. CONCLUSIONES

Como corolario de todo lo dicho, podemos concluir que el advenimiento del Estado social ha desplazado progresivamente al Parlamento de su rol central en el funcionamiento democrático del Estado. El progresivo protagonismo del Ejecutivo a partir de la intervención directa en el mercado como prestador de bienes y servicios se intensifica y se acumula a la aparición en escena de las autoridades de regulación cuando el modelo entra en crisis y se sustituye por el llamado «Estado regulador», subsiguiente a los procesos de liberalización económica impulsados por la Unión Europea.

Las nuevas fórmulas de intervención del Estado en la economía, la llamada «regulación económica», y su connotación eminentemente técnica, sustituyen la lógica de la representación política en la toma de decisiones por la creación de agencias independientes –propias del sistema americano– cuya razón de ser es, precisamente, su especialización técnica y su apartamiento de las dinámicas político-partidistas.

No obstante, esa búsqueda independencia y sus amplias atribuciones –aglutinando competencias de tipo normativo, ejecutivo y de resolución de conflictos– abren el debate de su difícil encaje constitucional, suscitando dudas por su débil legitimidad democrática y por su distorsión del esquema tradicional de separación de poderes. A estas implicaciones de tipo institucional debe sumarse el desplazamiento de las Cámaras parlamentarias en sus atribuciones como principales agentes de producción normativa. La «regulación económica» ha supuesto una grave alteración del sistema de fuentes; así, fenómenos como el abuso del decreto-ley, las potestades normativas de las agencias de regulación, la tendencia a la autorregulación y la eventual infracción de la reserva de ley a través de la intensa colaboración reglamentaria ponen en cuestión el principio de legalidad, pilar fundamental del Estado de derecho.

Nos encontramos ante diversas dimensiones de la huida del Parlamento, que ejemplifican el cambio de paradigma en la definición del interés general en los sectores objeto de intensa regulación. Se ha generado una suerte de «reserva de Administración» en favor de las agencias de regulación, que, debido al amplio margen de discrecio-

nalidad que acompaña las decisiones connotadas como técnicas, es, además, difícilmente controlable en sede judicial.

Todo lo anterior lleva a la necesidad de reivindicar la recuperación de la centralidad por parte de las Cortes Generales como mejor garantía de la legitimidad democrática de las decisiones de índole económico-regulatoria, y para ello se formulan una serie de desafíos o propuestas para el futuro:

- Deslinde entre «regulación económica» y «regulación social».
- Sujeción de las autoridades de regulación a la ley parlamentaria: a través de su ley de creación, mediante una delegación con densidad normativa suficiente que permita el control judicial de las decisiones, con una definición estricta de un sistema de nombramiento y estatuto jurídico de los miembros.
- Predeterminación normativa tanto procedimental como sustantiva (*supermandates*), estimulando, en el diseño de los procedimientos de adopción de decisiones, la participación social y la transparencia como remedo del procedimiento legislativo y sus garantías.
- Reforzamiento de los mecanismos de rendición de cuentas: mejora de las condiciones para el control judicial, refuerzo del control parlamentario y sometimiento a la supervisión del Defensor del Pueblo, como garantía de legitimidad democrática.

En todo caso, no debe olvidarse que la integridad de sus miembros y la imparcialidad del órgano en el desempeño de sus funciones son los factores fundamentales en los que se asienta su propia credibilidad, más allá del reforzamiento normativo de su legitimidad democrática y la mejora de su encaje constitucional.

Ante lo incierto de un escenario semejante y los riesgos que comporta avanzar en la dirección actual, el regreso a la centralidad por parte de las Cortes Generales en la política de intervención económica se convierte en una imperiosa necesidad democrática.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALGUACIL MARÍ, M. P. (2012). Empresas sociales y políticas europeas: los servicios sociales de interés económico general. *CIRIEC-ESPAÑA, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 75, pp. 81-103. Recuperado

de http://www.ciriec-revistaeconomia.es/banco/CIRIEC_7504_Alguacil.pdf

- AMAN, A. C. (1992). *Administrative Law in a Global Era*. Ithaca, Nueva York, Estados Unidos: Cornwell University Press.
- ARAGÓN REYES, M. (2009). Del Estado intervencionista al Estado regulador. En *Tratado de regulación del sector eléctrico. Tomo I. Aspectos jurídicos* (pp. 27-48). Pamplona: Aranzadi-Iberdrola.
- ARIÑO ORTIZ, G. y DE LA CUÉTARA, J. M. (2012). Congreso mundial sobre regulación económica. Rapport final. Conclusiones y recomendaciones. Sevilla 1996. En *Regulación económica. Lecturas escogidas* (pp. 63-79). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi-Fundación de Estudios de Regulación-Ariño y Villar Abogados.
- ARIÑO ORTIZ, G. (2006). Fallos y logros de los sistemas regulatorios. En *Regulación, desregulación, liberalización y competencia* (pp. 25-37). Madrid: Marcial Pons-Círculo de Empresarios-Fundación Rafael del Pino.
- ARIÑO ORTIZ, G. (2004). *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares-Fundación de Estudios de Regulación.
- BASSOLS COMA, M. (2018). De las mutaciones en la Constitución económica de 1978 a la reforma constitucional de su artículo 135. *Revista de las Cortes Generales*, 104, pp. 423-454.
- BLACK, J. (1999). Using rules effectively. En *Regulation and Deregulation. Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries* (pp. 95-121). Oxford, Reino Unido: Clarendon Press.
- BROKELMANN, H. (2016). La sentencia del TJUE sobre el modelo de la CNMC y el requisito de la independencia de sus consejeros. *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 79, pp. 5-23.
- CARBAJALES, M. (2019). El Estado regulador. Implicancias para el control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Dikaion*, 28 (1), pp. 69-89.
- CARLÓN RUIZ, M. (2014). Claves de la creación de la CNMC: una opción integradora y multisectorial de regulación *ex ante* y *ex post* de los mercados. Su papel sobrevenido como garante de la unidad de mercado. En *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Estudio adaptado a las Leyes 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado; 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y al Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia* (pp. 37-80). Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

- CARLÓN RUIZ, M. (2009). Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal. En *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (pp. 463-535). Madrid: Iustel.
- CAZORLA PRIETO, L. M. (2018). Reflexiones sobre la oscilante centralidad del Congreso de los Diputados bajo la Constitución de 1978. *Revista de las Cortes Generales*, 104, pp. 19-41.
- DE LA CRUZ FERRER, J. (2002). *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (2014). Perfiles europeos y conceptuales de las autoridades reguladoras y de su estatuto. La cuestión de su independencia. En *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Estudio adaptado (...)* (pp. 81-141). Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (2006). La Constitución económica de España. En *Comentarios a la Constitución española. Tomo X. Artículos 128 a 142 de la Constitución española de 1978* (pp. 17-46). Madrid: Edersa. Recuperado de <https://app.vlex.com/#ES/vid/338966>
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (2005). Estado y mercado en un mundo global. *Cuadernos de Derecho Público*, 25, pp. 55-105.
- DE LA SERNA BILBAO, M. N. (1995). *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*. Pamplona: Aranzadi.
- DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2018). La regulación y sus tareas. En *Estudios de derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso. Vol. II. Capítulo II. Estado social y Administración pública* (pp. 1505-1526). Valencia: Tirant lo Blanch.
- DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2012). La regulación económica como alternativa. En *Regulación económica. Lecturas escogidas* (pp. 183-213). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi-Fundación de Estudios de Regulación-Ariño y Villar Abogados.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (2009). Los servicios de interés económico en el ordenamiento comunitario. En *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (pp. 409-424). Madrid: Iustel.
- ESTEVE PARDO, J. (2013). *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G. (2014). La Unión Europea como «Estado regulador» y las Administraciones independientes. *Revista de Administración Pública*, 194, pp. 79-111.
- GRUPO DE TRABAJO FIDE (2019). *Derecho regulatorio. Conclusiones y propuestas*. Madrid: Fundación FIDE.

- LA SPINA, A. y MAJONE, G. (2000). *Lo Stato regolatore*. Bolonia, Italia: Il Mulino.
- LÓPEZ GUERRA, L. (1994). *Introducción al derecho constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MALARET, E. (2018). Un apunte sobre la pertinencia de caracterizar jurídicamente la tarea de regulación económica; su significación en la tipología de actividades de la Administración. En *Estudios de derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso. Vol. II. Capítulo II. Estado social y Administración pública* (pp. 1493-1503). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MALARET, E. (2003). Regulación económica: su instrumentación normativa (El lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española). *Derecho Privado y Constitución*, 17, pp. 327-360.
- MATÉS BARCO, J. M. (2008). Empresas, sociedad y servicios públicos: del Estado prestador al Estado regulador. *Revista Empresa y Humanismo*, XI (1/08), pp. 187-230.
- MCCRUDEN, C. (1999). Social Policy and Economic Regulators: Some Issues from the Reform of Utility Regulation. En *Regulation and Deregulation. Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries* (pp. 275-291). Oxford, Reino Unido: Clarendon Press.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2009). Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica. En *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (pp. 15-243). Madrid: Iustel.
- PAREJO ALFONSO, L. (2016). *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su construcción como relación jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PAREJO ALFONSO, L. (2009). Regulación, administración y supervisión de la energía en España. La posición organizativa y las relaciones con el Gobierno y la Administración de la Comisión Nacional de la Energía en cuanto organismo regulador del sector energético. *Revista Tachirense de Derecho*, 20, pp. 4-43.
- PONCE SOLÉ, J. (2003). La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones. *Revista de Administración Pública*, 162, pp. 89-144.
- RALLO LOMBARTE, A. (2002). *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*. Madrid: Tecnos.
- RUIZ PALAZUELOS, N. (2018). *Regulación económica y Estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch-INAP.

- SALA ARQUER, J. M. (6 mayo, 2019). Nueva etapa para los reguladores en España. *Expansión*. Recuperado de <http://www.expansion.com/juridico/opinion/2019/05/06/5cd06827ca4741dc2d8b45a1.html>
- SÁNCHEZ BLANCO, A. (2016). *Autoridad en la regulación, directriz constituyente*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.
- SCOTT, C. (2010). Regulatory Governance and the Challenge of Constitutionalism. En *The Regulatory State: Constitutional Implications*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- SORIANO GARCÍA, J. E. (1993). *Desregulación, privatización y derecho administrativo*. Bolonia, Italia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2005). Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general. *Revista General de Derecho Administrativo*, 8, pp. 1-20.