



Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2019

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Calonge Velázquez, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Luca Raffaello Perfetti, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Ambrogio De Siano, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giovanni Martini, Gaetano Natullo, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Ramón Terol Gómez, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



Las transformaciones y la evolución del Derecho Administrativo.

di Alberto Palomar Olmeda

(Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid)

Sumario

1. Las formas tradicionales de actuación administrativa. 2. Un elemento previo: concepto y la virtualidad actual del concepto de potestades. 2.1. Aproximación general al concepto y la delimitación de las potestades. 2.2. Algunas referencias específicas y consolidadas en la delimitación del concepto de potestad de las Administraciones Públicas. 3. El criterio del ejercicio de potestades como delimitador de la existencia o no de determinadas relaciones jurídicas: la perspectiva del Derecho comunitario. 4. Una nueva forma de actuación: la supervisión de sectores y de actividades. 4.1. Una mínima aproximación a la formulación conceptual de la supervisión. 4.2. Consideraciones generales sobre la operatividad de la supervisión de mercados. 4.3. El modelo español de supervisión de mercados. 5. Los grandes debates en relación con el funcionamiento de los “órganos de supervisión”: más allá de la unificación o la heterogeneidad. 5.1. Consideraciones de alcance general. 5.2. El tratamiento de la cuestión en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público. 6. La responsabilidad y el control parlamentario como elemento de cierre del conjunto del sistema. 7. Algunas referencias generales a modo de conclusión.: ¿la regulación de los agentes/intermediarios resulta ser un problema sin solución?

Abstract

The present work has as a central line to highlight the role and the forms of action of the Public Administrations of our days. The aim is to indicate the line of transformation of public presence in social activity and, therefore, how the transformation of said action or presence has taken place from the general schemes that Administrative Law has explained at other moments in history. The result is a complex amalgamation of new techniques and forms that, certainly, are not completely defined and, in many cases, are yet to be built.



1. Las formas tradicionales de actuación administrativa

La lectura de los libros clásicos del Derecho Administrativo nos permitía identificar la actividad administrativa en torno a tres conceptos: la policía administrativa, el fomento y el servicio público.

Sobre la base de estos tres ámbitos competenciales y de actuación se fue construyendo a lo largo de los siglos un Derecho administrativo asentado en un régimen estatutario aplicable a la Administración Pública y considerado como un derecho exorbitante del común, caracterizado por la utilización de potestades y que se funda en las exigencias del interés general frente al interés de los particulares.

En este estado de cosas hemos vivido durante muchos años y sobre este esquema se han ido dictando en los diferentes Estados un conjunto de leyes –de grandes leyes administrativas- que llenaban el esqueleto conceptual al que nos acabamos de referir. De esta forma, las normas de procedimiento, contratos, empleo público, presupuestación o patrimonio se han convertido en un “ius comune” de la Administración Pública.

Esta situación de relativa paz legislativa y de consenso sobre la forma de articular el estatus de la Administración ha entrado en los últimos tiempos en una evidente crisis. Las grandes leyes existen, se mantienen y se cambian o transforman intentando que el funcionamiento de lo público se ajustase a las necesidades cambiantes de una sociedad que se ha evolucionado radicalmente en los últimos años.

Esta transformación de la sociedad responde a cuestiones muy diferentes. La revolución tecnológica ha modificado nuestras conductas, nuestros contratos, nuestras formas de relación y ha transformado, igualmente, la Administración. Algunos de los aspectos más evidentes y más relevantes de la modernización de ésta como es la proximidad al ciudadano ha saltado hecha añicos en su concepción clásica porque no son los edificios los que generan, en la actualidad, la proximidad de lo público, sino que lo es una organización que es capaz de interactuar en el propio domicilio del ciudadano en el momento que el mismo elija y al margen, en muchos casos, de los esquemas procedimentales clásicos en los que estábamos situados.

Adicionalmente, la propia conformación social y el crecimiento imparable de los servicios prestacionales con los que las Administraciones Públicas de nuestros días intentan subvenir la necesidad, aproximar la igualdad, o, simplemente, atender a los ciudadanos han hecho que la mayor parte de los servicios sean prestacionales y que la Administración de las autorizaciones se haya convertido en la Administración de las prestaciones. Adelantemos que la gestión de prestaciones se ha convertido en un reto para el ámbito público. Se trata, en su mayor parte, de servicios 365 días y 24 horas de atención que en realidad tensan claramente con la concepción tradicional de la Administración Pública y han obligado a una transformación del régimen del empleo público, de los contratos públicos para admitir la “externalización” de



servicios; la presupuestación y otros elementos que, ciertamente, eran característicos del estatus público.

Pero es que, además, en lo que es esencial del propio funcionamiento administrativo existen cambios notables. La Administración garante de la actividad privada mediante las autorizaciones se ha convertido por obra de la Directiva Bolkenstein¹ en una Administración confiada, supervisora, actuando a posteriori y sensibilizada con que el funcionamiento administrativo y las propias autorizaciones no se conviertan en lo que el mundo económico se denomina una traba a la actividad económica.

En este mismo esquema, la policía administrativa en su aspecto prestacional y de aseguramiento de la convivencia y el libre ejercicio de los derechos individuales ha sufrido una amplia modificación y, hoy, podríamos decir que muchos de los servicios que tradicionalmente hemos considerado como reservados a la Administración Pública y a sus agentes ha dejado paso a la gestión por privados.

Esta simple enunciación nos sitúa en una posición que podríamos calificar de profundo cambio y de la realización de nuevas actividades o viejas, pero en forma nítidamente diferente con un esfuerzo conceptual y normativo que no siempre ha acompasado en su rapidez la propia transformación lo que ha generado y genera un evidente desconcierto sobre las bases conceptuales del Ordenamiento Jurídico y la forma o el alcance de su condición de soporte del funcionamiento administrativo.

Una parte de este problema se aprecia si nos imbuimos en la propia estructura del sistema de derecho administrativo clásico y analizamos la pervivencia de sus elementos estructurales más esenciales. En este esquema nos centramos seguidamente en el concepto de potestades y su pervivencia actual.

2. Un elemento previo: concepto y la virtualidad actual del concepto de potestades.²

2.1. Aproximación general al concepto y la delimitación de las potestades

Tradicionalmente hemos situado el concepto de potestades como un elemento que explica o, cuando menos, que era inherente al funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito del Derecho Administrativo y que permite el ejercicio de competencias por las Administraciones Públicas.

Lo característico es que el ejercicio se vincula a la forma de actuación de éstas y se realiza en condiciones que resultan exorbitantes en la forma convencional de conseguir la ejecutividad de las decisiones en razón a que el elemento subyacente y final es el interés público cuya ordenación y ejecución corresponde a una

¹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

² En este análisis resulta un clásico de referencia la obra de De la Cuétara Martínez, J.M.: "Las potestades administrativas". Madrid. 1986



Amministrazione Pública sometida al principio de legalidad e imbuida del principio de autotutela como garantía de su propia eficacia.

De alguna forma podemos indicar que se trata de un conjunto de técnicas que separan el funcionamiento y la actuación pública de la privada porque permiten a quien administra la primera el ejercicio de facultades, fundadas en la unilateralidad y en la determinación del mismo orden en aplicación estricta del Ordenamiento Jurídico y que permiten ejecutar sus propias decisiones al transformar el control judicial en un control revisor y no constitutivo de las decisiones.

Se trata en esencia de creer en que el estatus constitucional de la Administración le obliga a una actuación sometida a Derecho y al servicio imparcial del interés general y eso permite las decisiones como forma de manifestar y de asegurar el funcionamiento administrativo que, de lo contrario, necesitaría una autorización judicial para la realización de prácticamente todos los actos que impliquen una confrontación de interés con los particulares.

El concepto de potestad lo hemos ligado, por tanto, al ejercicio de facultades exorbitantes y propias que solo son posibles en el ámbito administrativo por una exigencia de funcionamiento de lo administrativo y por el especial estatus de la Administración que no puede ejercer dichas potestades en su favor sino a favor del propio Ordenamiento y su posición ordinamental presidida, como señala el artículo 103.1 de la CE que <<...sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho...>>.

Precepto que completa la determinación más genérica que se contiene en el artículo 9.1 de la misma al señalar que <<...1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico...>>. El carácter exorbitante opera respecto de las técnicas del derecho privado teniendo en cuenta que en el mismo la incidencia en la esfera personal o patrimonial de una persona está limitada, esencialmente, a la existencia de un título judicial ejecutivo.

El problema, sin embargo, no es conceptual sino de definición. Realmente para saber cuáles son las potestades que puede ejercer la Administración no podemos acudir a las leyes generales que ordenan la actividad administrativa y, en concreto, podemos indicar que ni en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Común de las Administraciones Públicas ni en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público se establece un listado claro de las potestades de que disfruta la Administración aunque es evidente que tanto la potestad sancionadora, por ejemplo, como la ejecutividad de los actos tienen expreso respaldo en ambas normas y son muestras evidentes del ejercicio de potestades hasta el punto de que aparecen incluso nominalmente referidas a este concepto. La determinación y, sobre todo, la concreción de estas corresponden, realmente, a las leyes específicas que vienen



determinando la ejecutoriedad de los actos, la potestad sancionadora, la capacidad de expropiación o cualquiera otra de las potestades convencionales.

Es cierto, sin embargo, que en el ámbito de la Administración local ocurre justo lo contrario y el artículo 4º de la Ley de Bases de Régimen Local enuncia las potestades que le corresponden a la Administración local, precepto que, de alguna forma nos sirve para formular un criterio analógico del que corresponde a las diferentes Administraciones Públicas de carácter territorial. En concreto, señala el citado artículo que <<...1. En su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los Municipios, las Provincias y las Islas:

- a) Las potestades reglamentaria y de autoorganización.
- b) Las potestades tributaria y financiera.
- c) La potestad de programación o planificación.
- d) Las potestades expropiatoria y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes.
- e) La presunción de legitimidad y la ejecutividad de sus actos.
- f) Las potestades de ejecución forzosa y sancionadora.
- g) La potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos.
- h) La inembargabilidad de sus bienes y derechos en los términos previstos en las leyes; las prelación y preferencias y demás prerrogativas reconocidas a la Hacienda Pública para los créditos de la misma, sin perjuicio de las que correspondan a las Haciendas del Estado y de las Comunidades Autónomas...>>.³

Con este fundamento que nos sirve, adicionalmente para proponer, como indicábamos, un listado enunciativo de las potestades que pueden ejercer las Administraciones de carácter territorial, podemos indicar que la construcción del inventario general se ha efectuado sobre una base de la normativa específica de ordenación de cada una de las potestades, de un lado, y de la jurisprudencia, de otro. Esta última no tanto en la configuración de las potestades sino, específicamente, en la determinación de los límites y de las formas de ejercicio de aquellas.

Es cierto, sin embargo, que esta enunciación se completa en la realidad sobre la base de la regulación, diseminada a lo largo de la LBRL y en otras disposiciones específicas, de la forma y alcance de concreción de las facultades. Esta determinación y alcance es la que debe tenerse presente, especialmente, a la hora de configuración en qué momento y con qué alcance se mantiene la determinación que impide su ejercicio por terceros que no estén insertos en la condición de autoridad o de titulares de potestades en términos más clásicos.

³ Mestre Delgado, J.F. (2011): <<Las formas de prestación de los servicios públicos locales>>. <<La contratación local>>. <<El servicio público de distribución de aguas>>. En Muñoz Machado, S. (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal II*. 3ª ed. Madrid Iustel.



Esto nos permite indicar que la delimitación o el listado que hace la LBRL opera como determinante de la existencia de potestades, pero no de su alcance y que su delimitación opera, igualmente, con carácter mínimo sin negar la posibilidad de que se complete o se prevea la existencia de otras en el ámbito de la normativa específica.

2.2. Algunas referencias específicas y consolidadas en la delimitación del concepto de potestad de las Administraciones Públicas.

Conforme a esta última referencia y a lo que se ha indicado en el apartado anterior podemos intentar un inventario de las potestades reconocidas como tales y de algunos de sus problemas específicos en el ámbito de la gestión indirecta. En concreto podemos referirnos a las siguientes⁴:

A) Potestad sancionadora⁵

Sin duda que uno de los elementos tradicionales más característicos del ejercicio de potestades públicas está en la capacidad sancionadora que corresponde a las Administraciones Públicas. Más allá del debate histórico sobre si la potestad sancionadora y la punitiva del Código Penal tienen o no un mismo tronco estructural es lo cierto que la potestad sancionadora es, sin duda, uno de los elementos más notables de ejercicio de potestad pública y supone la capacidad de la Administración de determinar ilícitos administrativos, fijar obligaciones y conductas que pueden ser exigidas a los particulares y, finalmente, ejercitar la posibilidad de su imposición e, incluso, su eventual exacción coactiva.

La STS de 8 de junio de 2015 nos da un concepto y una visión general de la potestad sancionadora en la que se señala que «... El ejercicio, por las autoridades de competencia como por el resto, de las potestades administrativas sancionadoras no puede olvidar que éstas se enmarcan en un contexto jurídico determinado, el constituido por los principios del Derecho sancionador, sin que consideraciones de otro tipo puedan prevalecer sobre las exigencias que constriñen aquel ejercicio. El conocimiento de aquellos principios y de las técnicas generales de aplicación de las normas de carácter punitivo se revela, en este contexto, como particularmente necesario. Y, en este mismo sentido, aunque las multas administrativas tengan sus propias notas conceptuales, no está de más recordar que las sanciones pecuniarias establecidas -también en el caso de las personas jurídicas- para los delitos tipificados en el Código Penal tienen igualmente unos máximos y mínimos que predeterminan la extensión de cada una, de modo que los jueces y tribunales han de imponer motivadamente las multas dentro de los límites fijados para cada delito. La

⁴ En relación con las condiciones de ejercicio, Vicenc Aguado i Cudola: "Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas". Madrid. 1999.

⁵ Gallardo Castillo, M.J.: "Los principios de la potestad sancionadora: teoría y práctica". Madrid. 2008, Domínguez Vila, A.: "La potestad sancionadora de la Administración: evolución histórica y planteamiento actual". Madrid. 1990.



predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas, tanto penales como administrativas (y sean aquéllos fijos o porcentuales respecto de ciertas magnitudes), a los efectos de individualizar su cálculo bien puede considerarse un principio común insoslayable del Derecho sancionador...>>.

Siendo claro que la potestad sancionadora es una de las potestades inherentes a los Poderes Públicos y que forma parte del núcleo esencial del Derecho Público es lo cierto que los fenómenos de colaboración en el ejercicio de la función sancionadora, fundamentalmente, en la fase previa de detección del ilícito (tráfico, inspección de obras, etc...) ha generado notables problemas, especialmente en el ámbito probatorio porque las normas procedimentales reservan para los funcionarios con categoría de autoridad la prueba o la presunción de veracidad en relación con los hechos que aprecian.⁶

Esta capacidad se ha negado a muchos de estos servicios auxiliares y se ha puesto en solfa el conjunto de la potestad sancionadora porque no se cumple el requisito de la presencia de funcionario público dotado de la condición de autoridad. Esta negación se anuda a la negación de su capacidad de expedir actas que tengan la condición de prueba (Art. 77.4 LPACAP) y, por tanto, sitúa los documentos obtenidos en estas condiciones en la de documento privado con un difícil encaje en el ámbito probatorio.⁷

⁶ En relación con el tema, la STSJ de Castilla y León, de 1 de junio de 2007 señala que <<... En vía judicial, las actas (...) incorporadas al expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el Juez del contencioso forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas>> (SSTC 76/1990 y 14/1997).>> En torno al valor incriminatorio de las actas de inspección o boletines de denuncia de los agentes se pronuncia el TS en su sentencia de fecha 14.4.90 (RJ 1990, 9025) , que a su vez recoge la de 5.3.79 según la cual "cuando la denuncia sobre los hechos sancionados es formulada por un Agente de la Autoridad , encargado del Servicio, la presunción de veracidad y legalidad que acompaña a todo obrar de los órganos administrativos , y de sus agentes, es un principio que debe acatarse y defenderse, ya que constituye esencial garantía de una acción administrativa eficaz, sin que ello quiera decir, en coordinación con el principio constitucional de presunción de inocencia, que los hechos denunciados por un Agente se consideran intangibles, ya que la realidad de los mismos puede quedar desvirtuada mediante la adecuada prueba en contrario o aún por la ausencia de toda otra prueba, según la naturaleza, circunstancias, y cualidad de los hechos denunciados". Y sobre el valor probatorio de tales documentos y su presunción de veracidad se refiere el art. 137.3 de la Ley 30/1992 en los siguientes términos: "Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento Público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados". En términos idénticos deponen el art. 17.5 del RD 1398/1993>>.

⁷ Específicamente esta cuestión se analiza en la STS de 24 de noviembre de 2009 en la que se señala que <<... Depende, por tanto, de cómo se desempeñen estas actividades para que se incida o no en el ejercicio de potestades públicas: la protección y defensa del dominio público nunca podrá implicar el ejercicio de potestad sancionadora, ni la imposición de cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, como tampoco, dentro de "las actuaciones necesarias", EGMASA podrá aprobar los expedientes administrativos de



Es éste, sin duda, uno de los sectores en los que se intentó una tímida incorporación de los medios ajenos precisamente por su reiteración, por su amplio número, por la imposibilidad de atenderlo con el esquema común de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en general, porque el marco obligacional de las Administraciones Públicas es de tal intensidad que precisa un esquema de apoyo para conseguir mínimos niveles de eficacia. Estos niveles de eficacia se han centrado en la externalización de determinados servicios –con el riesgo anunciado– y, en la actualidad, con trasladar a los medios tecnológicos la adveración de los hechos que pueden dar lugar a la sanción. La problemática de esta segunda posibilidad no puede, tampoco, considerarse menor, pero es ajena a lo que aquí se analiza.⁸

B) Potestad Tributaria

En línea con lo que se ha apuntado anteriormente no cabe duda de que la capacidad de imponer tributos es, sin duda, un elemento directamente vinculado con el ejercicio del poder público desde las épocas más remotas que podamos recordar.

En la STS de 5 de febrero de 2015 se señala de forma clara que <<...1. En el presente caso la discusión versa sobre el alcance de la potestad comprobadora de la Administración respecto de actos, hechos, negocios u operaciones realizadas en periodos afectados por el instituto de la prescripción cuando se proyectan fiscalmente en ejercicios no prescritos o, dicho de otro modo, se trata de determinar qué ocurre cuando la Administración Tributaria pretende regularizar los efectos, en un ejercicio no prescrito, de aquellos negocios que, celebrados en un ejercicio prescrito, se considera que lo fueron en fraude de ley y por ello sus efectos en los ejercicios susceptibles de comprobación pueden regularizarse.

clasificación y deslinde, aunque pueda llevar a cabo ciertas actividades técnicas de investigación o ejecución material sobre el terreno, pero sin que gocen de presunción alguna las actas levantadas o informes evacuados, en ejercicio de esas funciones, por personal que no sea funcionario con la condición de autoridad o de agente de la misma...>>.

⁸ En otros supuestos lo que se plantea es la actuación del aplicador del derecho sancionador. La STS de 8 de junio de 2015 señala, en este sentido, que <<... El ejercicio, por las autoridades de competencia como por el resto, de las potestades administrativas sancionadoras no puede olvidar que éstas se enmarcan en un contexto jurídico determinado, el constituido por los principios del Derecho sancionador, sin que consideraciones de otro tipo puedan prevalecer sobre las exigencias que constriñen aquel ejercicio. El conocimiento de aquellos principios y de las técnicas generales de aplicación de las normas de carácter punitivo se revela, en este contexto, como particularmente necesario. Y, en este mismo sentido, aunque las multas administrativas tengan sus propias notas conceptuales, no está de más recordar que las sanciones pecuniarias establecidas –también en el caso de las personas jurídicas– para los delitos tipificados en el Código Penal tienen igualmente unos máximos y mínimos que predeterminan la extensión de cada una, de modo que los jueces y tribunales han de imponer motivadamente las multas dentro de los límites fijados para cada delito. La predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas, tanto penales como administrativas (y sean aquéllos fijos o porcentuales respecto de ciertas magnitudes), a los efectos de individualizar su cálculo bien puede considerarse un principio común insoslayable del Derecho sancionador...>>.



2. La Administración tributaria siempre ha entendido que, de acuerdo con el artículo 66 de la LGT 2003 (antiguo 64 de la LGT 1963, prescribe el derecho para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación. La comprobación e investigación de la situación tributaria, aunque necesaria para liquidar la deuda tributaria, no estaba sometida a plazo de prescripción o caducidad alguno y ello porque se trata de un poder de la Administración distinto del de liquidar, que siempre ha estado regulado en un precepto propio (art. 115 de la LGT 2003 y 109 de la LGT 1963) y respecto del cual la legislación nunca ha establecido expresamente que su ejercicio esté sometido a plazo. El artículo 115 de la LGT 2003 califica a dicho poder de potestad. Estamos por tanto ante una potestad administrativa puesta al servicio de la Administración para poder liquidar un tributo pero que, salvo que la Ley diga otra cosa, es imprescriptible como todas las potestades administrativas. El artículo 115 de la LGT 2003 (art. 109 LGT 1963) no somete a plazo el ejercicio de las potestades de comprobación e investigación y el artículo 66 de la misma Ley tampoco las incluye dentro de los derechos de la Administración llamados a prescribir.

Esta tesis de que "lo que prescribe es el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la liquidación y a exigir el pago de las deudas liquidadas, no la actividad de comprobación, y que lo contrario sería como reconocer una especie de ultra actividad de la prescripción a ejercicios no afectados por ella", no es ni mucho menos ajena a la previa jurisprudencia de este Alto Tribunal, pudiendo encontrarla sustentada, por todas, en sentencia de 19 de enero de 2012 (recurso 3726/2009 F. de D. Sexto). No se puede, pues, excluir la posibilidad de que, dentro de las actuaciones de comprobación, puedan verificarse operaciones que integran el hecho imponible aún cuando tengan su origen en ejercicios fiscales ya prescritos. Por las razones expuestas creemos que el derecho a comprobar e investigar no prescribe y que la Administración puede usar dichas facultades para liquidar periodos no prescritos, pudiendo para ello comprobar e investigar operaciones realizadas en periodos que sí lo están, pero que sigan produciendo efectos.

Consecuentemente, con superación del criterio mantenido en la sentencia de 4 de julio de 2014 (casa. 581/2013), puede declararse en fraude de ley una operación realizada en ejercicio prescrito si fruto de dicha operación se producen efectos tributarios en ejercicios no prescritos. Lo que se pretende es evitar que no se pueda actuar frente a la ilegalidad porque en un ejercicio prescrito la Administración no actuó frente a ella, pues ello equivaldría a consagrar en el ordenamiento tributario una suerte de principio de "igualdad fuera de la ley", "igualdad en la ilegalidad" o "igualdad contra la ley", proscrito por el Tribunal Constitucional en, entre otras, la siguientes sentencias 88/2003, de 19 de mayo (RTC 2003, 88) y 181/2006, de 19 junio (RTC 2006, 181)>>.



Es este un terreno en el que se ha planteado, igualmente, la viabilidad de considerar que es posible la externacionalización de determinados servicios, específicamente, los que se refieren a la recaudación de los tributos tanto en vía voluntaria como en vía ejecutiva. En relación con los primeros la capacidad del ámbito privado de determinar o liquidar la deuda tributaria se presentó, desde el principio, compleja en razón a que en dicha liquidación se considera una de las manifestaciones más esenciales del poder público.

C) Funciones y potestades públicas.

La asociación entre funciones públicas y potestades y la organización administrativa de carácter pública y las formas de organización tradicionalmente establecidas en la misma no es perfecta ni, desde luego, completa. Precisamente por esto se han establecido y tenido que resolver algunas de las "lagunas" o terrenos intermedios.

En concreto y a modo de ejemplo, la STS de 1 de febrero de 2011 en la que se señala un criterio en relación con las Comunidades de regantes que se sitúan, precisamente, en esa zona gris de la organización administrativa en la que se señala que «...La única salvedad que esta Sala ha apreciado respecto de esta legitimación general de las Comunidades de Regantes es la relativa a la legitimación para interponer recurso de casación en interés de ley, que hemos negado en las SSTS de 21 de noviembre de 2003 (RC Interés de Ley 3434 / 2000) y de 25 de enero de 2005 (RJ 2005, 1826) (RC Interés de Ley 103 / 2002), si bien con la salvedad de que, ante la naturaleza mixta de estas Comunidades en función de que actúan fines de interés general o particular, la falta de legitimación únicamente opera cuando se defienden intereses privados y no cuando ejercitan potestades públicas. En particular, en ésta última declaramos que, teniendo las Comunidades de Usuarios, el carácter de Corporaciones de Derecho Público, adscritas a los Organismos de Cuenca, según establecía el artículo 74.1 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, "... tal consideración es mera consecuencia de su origen, que está en la ley, a diferencia de lo que acontece con las asociaciones y las sociedades en general, que nacen por un acuerdo de sus miembros. Tal consideración, sin embargo, se presenta como insuficiente para acudir legítimamente a este recurso, que por otro lado no está concebido en defensa de los intereses de los usuarios, que son claramente intereses privados. Por ello la mencionadas Comunidades de Usuarios están legitimadas para interponer el recurso de casación en interés de la Ley cuando lo que intentan rebatir es el correcto ejercicio de aquellas funciones públicas que les han sido atribuidas por el ordenamiento o delegadas expresamente por la Administración, para el buen orden del aprovechamiento del agua, lo cual no ocurre cuando lo que se discute afecta al cobro de las deudas de la Comunidad por gastos de conservación, limpieza y mejora, contempladas en el nº 4 del artículo 75 de la Ley de Aguas , a pesar de que las mismas graven la finca o industria en cuyo favor se realizaron, y, de que la Comunidad de Usuarios pueda exigir su importe por la vía administrativa de apremio. Con independencia de la



naturaleza de tales facultades, lo cierto es que con el ejercicio de las mismas lo que se protege es el patrimonio de la Comunidad de Usuarios, pero no el interés general del aprovechamiento del aguas para lo que fueron constituidas; esto es, la actuación del la Comunidad dirigida al cobro de las deudas de los usuarios, no afectan sino al ámbito estrictamente privado de administración de la Comunidad, sin implicar ejercicio de funciones administrativas conferidas por la Ley o delegadas por la Administración pública...>>.

C) Potestad reglamentaria⁹

Incluimos en este apartado la referencia a la potestad reglamentaria como la capacidad delegada o de segundo orden (por debajo de la ley) que corresponde al gobierno de ordenación de la vida social.

Podemos extraer su definición de la STS de 28 de enero de 2002 en la que se señala que <<...En los pronunciamientos de esta Sala, hasta la reiterada STC 204/1992, de 26 de noviembre (RTC 1992, 204) , se pueden distinguir dos líneas jurisprudenciales: conforme a una de ellas, mayoritaria, el dictamen preceptivo del Consejo de Estado se exige para los reglamentos autonómicos dictados en desarrollo de leyes estatales, no para los reglamentos dictados en ejecución exclusiva de leyes autonómicas, entre otras, Sentencias de 12 de mayo (RJ 1987, 5258) y 23 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7394) , 18 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2481) , 5 de abril de 1989 (RJ 1989, 3153) y 6 de junio de 1988 (RJ 1988, 4533) ; conforme a otra, minoritaria, se hace depender la intervención preceptiva del Consejo de Estado de que lo disponga la concreta Ley a desarrollar por el Reglamento autonómico (SSTS de 17 de febrero [RJ 1988, 1184] y 21 de junio de 1988 [RJ 1988, 4410]). Dualidad de criterios que se mantiene después de las Sentencias de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 19 de octubre (RJ 1992, 3882) y 24 de noviembre de 1989 (RJ 1992, 3953), y de ulteriores Sentencias en las que se apunta, incluso, el carácter sucedáneo de informes de otros órganos técnicos (STS de 15 de diciembre de 1989 [RJ 1990, 2901]).

La citada STC204/1992, de 26 de noviembre (RTC 1992, 204), aborda directamente, no ya la cuestión de si el Consejo de Estado puede actuar como órgano consultivo de las Comunidades Autónomas –incluso emitiendo dictámenes preceptivos– que había sido resuelta en sentido afirmativo, sino si esta intervención podía venir establecida en una Ley de Estado y, más concretamente, en la LOCE y con la amplitud con que se establece en el párrafo segundo de su artículo 23. A estos efectos, el Tribunal Constitucional entiende que este precepto de la Ley Orgánica no hace sino concretar la normativa básica o la procedimental común, de inexcusable observancia para las Comunidades Autónomas, resalta la importante garantía que para el interés general y la legalidad objetiva representa la intervención del Consejo de Estado, y entiende

⁹ Desde una perspectiva amplia, el trabajo de Menéndez, P.: “Las potestades administrativas de dirección y coordinación territorial”. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Civitas. Madrid.1993.



que, aunque la norma orgánica es susceptible de diversas interpretaciones, las «competencias correspondientes» que menciona parecen referirse a todas aquellas que hayan sido asumidas por las Comunidades Autónomas, sin que la ley distinga entre las asumidas por vía estatutaria o a través de las formas previstas en el artículo 150 CE. Ello, no obstante, en el ejercicio de su autonomía organizativa las Comunidades Autónomas pueden establecer, en su propio ámbito, órganos consultivos equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias, en cuyo caso resulta constitucionalmente posible la sustitución del informe preceptivo de este último por el de un órgano superior consultivo autonómico, en relación con el ejercicio de las competencias de la respectiva Comunidad. Eventualidad esta, obviamente ajena a la consideración del presente recurso, por cuanto, como reconoce la Administración recurrente, no se había creado aún el Órgano consultivo de la Comunidad Autónoma Valenciana que se crea por la Ley de la Comunidad 10/1994, de 19 de diciembre.

La doctrina de la Sala posterior a la referida Sentencia del Tribunal Constitucional no modificó de forma radical su interpretación de la referencia del artículo 23, párrafo segundo, de la LOCE a «en los mismos casos previstos en esta Ley (LOCE) para el Estado», sino que ha seguido distinguiendo entre disposiciones reglamentarias que son ejecutivas de Leyes estatales –o de Reglamentos Comunitarios (Unión Europea)– en cuya elaboración es preceptivo el informe del Consejo de Estado, y aquellos Reglamentos de las Comunidades Autónomas que son de carácter organizativo o son ejecutivos de Leyes regionales dictadas por los Parlamentos de esas Comunidades, en las que no resulta preceptivo, con lo que parece seguir una de las dos primeras corrientes jurisprudenciales antes expuestas; así resulta, entre otras, de las Sentencias de 21 de enero (RJ 1992, 742) , 7 de mayo (RJ 1992, 10673) y 13 de junio de 1992 (RJ 1992, 5910) , 11 (RJ 1993, 3610) y 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3421) , 15 (RJ 1993, 6194) y 19 de julio de 1993 (RJ 1993, 5594) , 2 (RJ 1993, 8401) y 25 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9041) , 14 de septiembre (RJ 1994, 6969) y 25 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8207)>> .

Sin embargo, progresivamente se ha ido consolidando una posición, más en sintonía con la mencionada STC 204/1992 (RTC 1992, 204) , que extiende la exigencia del informe preceptivo del Consejo de Estado, de la que son paradigmas la Sentencia de 16 de enero de 1993 (RJ 1993, 342) , dictada en recurso extraordinario de revisión y la Sentencia de 21 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2623) , que vienen a exigir el informe del Consejo de Estado para todas las normas reglamentarias de las Comunidades Autónomas dictadas en desarrollo de una Ley, siempre que no exista un organismo autonómico homologable a dicho Consejo.

E) Delimitación y actuaciones en el ámbito del dominio público y de los bienes propios de la Administración.



La defensa del dominio público y de los bienes patrimoniales frente a las intromisiones ilegítimas que puedan sufrir de terceros se ha convertido, igualmente, en uno de los ámbitos en los que es más posible el ejercicio del poder de policía y el ejercicio de potestades exorbitantes como la delimitación, recuperación de oficio, etc...que son elementos que, en el marco del derecho privado exigen ineludiblemente la autorización de un juez. La titularidad pública y la afección esencial a los intereses públicos hace que, en este caso, la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, establezcan un régimen de determinación esencial de las condiciones de delimitación y defensa del patrimonio inmobiliario.

Se incluye la referencia en la STS de 21 de mayo de 2018 en la que se señala que <<...Como acertadamente resume el Sr. Abogado del Estado en su escrito de interposición del recurso, la sentencia que se recurre entiende que la Confederación Hidrográfica del Ebro no puede considerar que los terrenos en que va a realizarse la plantación, cuya autorización se solicita, pertenecen al dominio público hidráulico, desde el momento en que el solicitante presente documentos aparentemente contrarios a la inclusión de esos terrenos en el DPH; según la Sala sentenciadora, en esos supuestos, la Administración precisa acudir al deslinde administrativo o al ejercicio de la acción reivindicatoria correspondiente.

Según el escrito de interposición, la <<exigencia de determinación, mediante deslinde, del dominio público hidráulico, como requisito previo a ejercicio de potestades administrativas en el mismo por parte de la Administración Pública del Agua puede comprometer la adecuada defensa de los intereses generales en este ámbito, en el cual, como se desprende del artículo 92 bis del Texto Refundido 1/2001, de la Ley de Aguas están implicados intereses medioambientales>>, para sostener que <<Pues bien, de entrada no hay ningún precepto en nuestra legislación de aguas que condicione el ejercicio de las facultades sobre el DPH al hecho de que éste se encuentre previamente deslindado En especial, no exigen el previo deslinde ni los preceptos donde se regulan las facultades de la Administración Hidráulica sobre el DPH en sentido estricto o sobre las zonas de servidumbre o de policía, ni lo exigen las propias normas que regulan la práctica y los efectos del deslinde del DPH. Ya hemos indicado que esas normas se concretan especialmente en los arts. 4 °, 6 ° y título V (de la protección del DPH y de la calidad de las aguas) del TRLA aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio y en los arts. 4 °, 6 ° a 9°, inclusive, y en los capítulos II del título II (de la utilización del dominio público hidráulico) y I del título III (de la protección del dominio público hidráulico y de la calidad de las aguas) del Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por Decreto 849/1986, de 11 de abril, en la redacción vigente en el momento de dictarse el acto administrativo recurrido en la instancia>>.

Se concluye afirmando que <<Por ello, la doctrina que debería sentar el TS es la de que el deslinde no es imprescindible para que la Administración pueda ejercitar sus



facultades sobre el DPH ni siquiera en aquellos casos en que se invocasen títulos privados o comunales contradictorios>>>.

3. El criterio del ejercicio de potestades como delimitador de la existencia o no de determinadas relaciones jurídicas: la perspectiva del Derecho comunitario.

Las delimitaciones vienen en este ámbito por la interpretación de las normas de función o empleo público porque una de las características esenciales del Derecho de la Unión Europea ha sido, precisamente, la no interferencia en las formas organizativas de los diferentes estados que están en función de su propia tipología y de la sistemática de los respectivos Estados.

La STJCEE de 31 de mayo de 2001 señala que <<... A este respecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha excepción debe limitarse a las actividades que, consideradas en sí mismas, estén relacionadas directa y específicamente con el ejercicio del poder público (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Comisión/España [TJCE 1998, 263], apartado 35, y Comisión/Bélgica [TJCE 2000, 37], apartado 25). El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que, por lo general, la actividad de las empresas de vigilancia o de seguridad no está relacionada directa y específicamente con el ejercicio del poder público (sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 26; véase asimismo sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 39).

El Gobierno italiano no ha invocado ninguna circunstancia de la que resulte una apreciación de la situación en Italia distinta de la realizada en los casos que dieron lugar a la jurisprudencia citada. En particular, por lo que atañe a la alegación referente a la facultad de detención en caso de flagrante delito de que disponen los guardias jurados de seguridad privada que son contratados por las empresas de seguridad, basta señalar que, según se desprende del punto 45 de las conclusiones del Abogado General, los guardias no disponen de más autoridad que cualquier otro particular.¹⁰

¹⁰ La STJUE de 29 de octubre de 1998 ya se había pronunciado en un sentido similar cuando señaló que <<... En cuanto al apartado 4 del artículo 48 del Tratado, procede señalar que las empresas de seguridad privada no forman parte de la administración pública y que, por consiguiente, esta disposición no se aplica al presente asunto.

³⁴ Por lo que se refiere a la excepción prevista en el párrafo primero del artículo 55 en relación, en su caso, con el artículo 66 del Tratado (LCEur 1986, 8) , debe recordarse que, por tratarse de una excepción a la regla fundamental de la libertad de establecimiento, debe ser interpretada de tal modo que su alcance quede limitado a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección les está permitida a los Estados miembros por esta disposición (sentencia del 15 de marzo de 1988 (TJCE 1988, 127) , Comisión/Grecia, 147/86, Rec. p. 1637, apartado 7).

³⁵ Según jurisprudencia reiterada la excepción contenida en dicho artículo debe limitarse a las actividades que, consideradas en sí mismas, estén relacionadas directa y específicamente con el ejercicio del poder público (sentencias de 21 de junio de 1974, Reyners, 2/74, Rec. p. 631, apartado 45, y de 13 de julio de 1993 (TJCE 1993, 120), Thijssen, C-42/92, Rec. p. I-4047, apartado 8).



Esto significa que reservamos al funcionario de carrera el ejercicio de las funciones que implican participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas, en primer término, y que supongan o puedan contribuir a la salvaguardia de los intereses generales del Estado.

Desde una perspectiva general, el artículo 1º de la Ley 13/1993, de 23 de diciembre sobre acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás estados miembros de la Comunidad Europea contenía, desde una perspectiva menos general, una mención según la cual y de conformidad con el artículo 1º <<... 1. Los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea podrán acceder en idénticas condiciones que los españoles a la función pública investigadora, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial y a los demás sectores de la función pública a los que, según el derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.2. El Gobierno o, en su caso, los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las demás Administraciones Públicas determinarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, los Cuerpos, Escalas, plazas o empleos, a los que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, podrán acceder los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea.3. En todo caso, los puestos de trabajo de los sectores a que hace referencia el apartado 1 de este artículo, que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas, quedan reservados a los funcionarios con nacionalidad española, correspondiendo a cada Administración Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, la determinación concreta de dichos puestos...>>.

Esto nos permite indicar que el legislador ha mantenido una referencia interpretativa que conecta directamente con el ejercicio directo o indirecto del ejercicio de potestades y con la salvaguarda de los intereses del Estado. Es cierto que, desde una perspectiva administrativa, la referencia a potestades es más simple que la conexión con los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas. Pero es, igualmente, cierto que la inclusión de ambos conceptos viene de lejos y se ha ido consolidando.

Llegados a este punto podemos indicar de una forma natural que no existe un concepto propio ni único de poder público, sino que, realmente, son las normas estatales las que van delimitando el mismo en función de la propia organización del Estado, de su concepción, de su transformación y de su propia conceptualización del papel del Estado.

36 En el presente asunto, se deduce de los autos que la actividad de las empresas y del personal de seguridad tiene por objeto llevar a cabo misiones de vigilancia y de protección sobre la base de relaciones jurídico-privadas>>.



4. Una nueva forma de actuación: la supervisión de sectores y de actividades.

El déficit de presencia pública y, sobre todo, en las formas clásicas se compensa – por eso aludimos en todo momento a la transformación y el cambio del rol de las Administraciones Públicas- con formas de intervención nítidamente diferentes. En este apartado nos referimos a la función de supervisión que, aunque pueda considerarse como una función ínsita en la función de policía o, desde otra perspectiva, en la función de ordenación económica o de prestación de los servicios públicos, en la tiene una relevancia y un ámbito de actuación que trasciende de este concepto. Analicemos algunas de las características esenciales de esta función.

4.1. Una mínima aproximación a la formulación conceptual de la supervisión.

Las formas de intervención de los Estados en la economía a través de la historia han sido muy variadas porque también lo son los mecanismos y los propios intereses a los que responde la misma.

En este sentido se ha indicado, muy a menudo, que la primera y más genuina de las formas de intervención ha sido precisamente la de asunción por el propio Estado de la actividad económica bien con carácter general o bien porque la misma tenía un resultado ruinoso en términos de gestión económica y, sin embargo, la posición de la misma o el interés en su mantenimiento ha justificado que no operaran los mecanismos de mercado y, específicamente, la quiebra y la suspensión de pagos y que la Administración asumiera su gestión.

Es cierto, visto con perspectiva histórica, que el mecanismo, en sí mismo, tenía un alcance limitado y que el Estado puede cubrir algunos fallos del mercado, pero tiene difícil convertirse en la red del problema general.

Sobre el tema, señala Muñoz Machado que << las regulaciones, en este último sentido, el concepto que ha tomado carta de naturaleza en Europa, en poco más de veinte años repartidos casi por igual al uno y otro lado del alba del siglo XXI. Y es también, un concepto nuevo, aunque no lo sean las técnicas e instrumentos de intervención del Estado en la actividad de los ciudadanos en que se descomponen...>>. ¹¹

A partir de esta idea podemos señalar que la característica esencial es que la regulación y la supervisión del mercado como medida inherente a la primera no se centra, únicamente, en el establecimiento de una regulación de carácter jurídico, sino que se identifica con otras referencias – más allá de la regulación jurídica- que caracterizan la supervisión del sector y con la adveración de que se cumplen los requisitos establecidos por la legislación en cuestión. Este factor de comprobación

¹¹ Muñoz Machado, S.: “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación jurídica”. En “Derecho de la regulación económica”. Dir. Muñoz Machado S y Esteve Pardo. J. Madrid. 2009 pág., 26.



posterior de los agentes que intervienen en el ejercicio de la actividad se ha convertido en el elemento central de la regulación y sobre el vamos a asentar la regulación que se analiza seguidamente.

4.2. Consideraciones generales sobre la operatividad de la supervisión de mercados.

En el marco al que nos acabamos de referir podemos indicar, sin embargo, que la supervisión de los mercados económicos se ha convertido en los últimos años en un elemento central de la vida social y económica convencidos todos, probablemente, de que las otras formas de intervención en la economía ya no tienen una virtualidad suficiente para convertirse en paradigmas de aplicación general y relegadas, por tanto, a supuestos y situaciones de carácter puntual.¹²

Las causas de este interés son diversas y, probablemente, muy vinculadas al propio momento y las necesidades sociales y, por tanto, también muy tributarias de nuestro propio esquema de supervisión de mercados y de las influencias que puede plantear el mismo para la garantía frente a los ciudadanos en un marco global y de riesgos generales. Como consecuencia este (el de los riesgos globales) se convierte el elemento central del eventual desconcierto en el aseguramiento del control de las actividades sociales muy centradas, hasta ese aquí, en el control de fenómenos territorialmente limitados.¹³

En un breve intento de aproximación – referido al modelo español- podemos señalar, dentro de las circunstancias propias, que, de un lado, la publicación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la competencia ha supuesto una inflexión evidente sobre el sistema previo al reunificar en una misma entidad las responsabilidades comunes sobre el conjunto de operadores del sistema económico (que correspondía a la Comisión Nacional de la Competencia) ha transformado el panorama de la responsabilidades diferenciadas de entes, igualmente, diferentes y con dinámicas propias a un ente con una cierta visión de conjunto más allá de su especialización y ordenación interna diferenciada.¹⁴

¹² Sobre el tema, Betancor Rodríguez, A.: “Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho”. Ciencias Jurídicas. 1994; Sánchez Hernández, H A. y Serna Bilbao, M. NI.: “La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia”. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid. 2015

¹³ Magide Herrero, M.: “Límites constitucionales de las Administraciones Independientes”. Estudios de Administración General. 2000; Rallo Lombarte, A.: “La constitucionalidad de las Administraciones independientes”. Teoría y realidad constitución. Revista 10-11. 2002

¹⁴ Pomed Sánchez, L.A.: “Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes”. Revista de Administración Pública. Núm. 132. Madrid. 1993; Merusi, F.: “Las Administraciones independientes”. Documentación Administrativa Núm. 250-251. Madrid. 1998.; Rodríguez Pontón, F.J.: “Gobierno, política y Administración: elemento de debate para las “Administraciones Independientes”. Revista Catalana de Derecho Público. Núm. 24. Barcelona. 1999; García Llovet E.: “Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho”. Revista de Administración Pública. Núm. 131. Madrid. 1993.



Es probable que sea muy pronto aún para hacer una evaluación con fundamento de la decisión de unificación de los reguladores de mercados y de la competencia en un mismo órgano. Las noticias de prensa y la lectura de resoluciones, con votos particulares ciertamente significativos y curiosos, hacen predecir que el funcionamiento de la Comisión no es tan operativo ni fluido como cabía esperar de la finalidad perseguida con la unificación que, al menos, debía abundar en la fijación de criterios más armónicos en su conjunto en relación con las necesidades sociales. Igualmente, el conflicto en relación con el funcionamiento de la Autoridad Independiente de Responsabilidad fiscal está replanteando el problema de la independencia funcional real y la forma de ejercerla o asfixiarla en función de la utilización instrumental del procedimiento o de la existencia o no de a de medios económicos.¹⁵

De otro lado, la crisis bancaria, la existencia de productos tóxicos como las preferentes o las cláusulas suelo, la anulación de la salida a bolsa de Bankia han tenido como esencia que los ciudadanos españoles tengan o empiecen a tener dudas sobre la función de supervisión y la seguridad que esta función y quienes la ejercen deben desarrollar en la vida pública española. Esta sensación ha ido más lejos y la propia STS de 16 de mayo de 2008 aborda directamente la omisión, en este caso, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores del deber de inspección y en la que se señala que «...Los recurrentes entienden que la CNMV hizo dejación de su función inspectora. Pero, a la vista de los hechos probados, ello no fue así. Tan pronto como la CNMV, como consecuencia de una visita de inspección ordinaria, tuvo conocimiento de las irregularidades en la actuación de AVA, requirió a ésta a que hiciese las necesarias subsanaciones. La CNMV fue particularmente exigente a fin de que los valores adquiridos por AVA para sus clientes que figuraban depositados a su propio nombre en llamadas "cuentas ómnibus" fueran objeto de anotaciones individualizadas a favor de los correspondientes clientes. Además, en ningún momento a lo largo del año 1997 cejó la CNMV en su presión sobre AVA: recibió un informe de auditoría ordinaria, hizo varios requerimientos, e inició una inspección

¹⁵ En relación con las mismas y de modo prácticamente telegráfico pueden recordarse las noticias de las que se hicieron eco los medios de comunicación allá por noviembre de 2015. Por ejemplo, el Diario ABC señalaba que «...Las diferencias entre el Ministerio de Hacienda y la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (Airef) se pueden percibir nada más entrar por la puerta de la sede del organismo que vela por la sostenibilidad de las cuentas públicas. Las obras en las que lleva meses inmersa la oficina de la Airef en la Calle José Abascal no sentaron bien en su día al Ministerio de Hacienda, por el gasto que suponían, aunque desde la Autoridad subrayan que la inversión se realizaba para ahorrar en alquileres al ampliar el espacio de la oficina.

Estas diferencias con el Ministerio dirigido por Cristóbal Montoro se han repetido desde el comienzo de la andadura del organismo que preside José Luis Escrivá el año pasado. Un conflicto interno que ha acabado por estallar al anunciar la Autoridad Fiscal que piensa recurrir ante la Audiencia Nacional una orden ministerial que regula el acceso a la información presupuestaria de la Airef...» http://www.abc.es/economia/abci-claves-conflicto-entre-hacienda-y-autoridad-fiscal-201511162223_noticia.html. Accesible el día 1 de mayo de 2016.



extraordinaria. Fue precisamente como consecuencia de esta nueva inspección como la CNMV consiguió que AVA reconociese que, sobre determinados valores, que habían sido adquiridos mediante financiación de SIBIL, pesaba una doble prenda a favor de esta entidad y de los bancos proveedores; y la existencia de esa doble prenda fue, como se vio más arriba, determinante de la pérdida patrimonial sufrida por los recurrentes. En resumen, no puede decirse que la CNMV se desentendiera del seguimiento de este asunto y, por consiguiente, no hubo dejación de su función inspectora. También el motivo quinto debe ser desestimado...>>. Y como consecuencia de esto se precisa el alcance de la función de inspección que, según la STS, alcanza a <<...por lo que tiene toda la razón la sentencia impugnada cuando afirma que la potestad inspectora de la CNMV "no incluye facultades coercitivas de investigación, de suerte que su actividad de inspección se encuentra circunscrita a los documentos que los operadores bursátiles pongan a su disposición, pudiendo ejercer potestades sancionadoras en caso de ocultación u obstrucción, pero no ostentando facultades compulsivas en la recabación de datos". No cabe reprochar a la CNMV, en suma, que no obtuviera antes la información relativa a la pignoración de determinados valores...>>.

En este mismo terreno, la STS de 6 de julio de 2015 se plantea los requisitos y las posibilidades de la exigencia jurisdiccional de tutela en orden a la inspección de conductas. En concreto, señala que <<...como hemos visto, la sentencia recurrida cita la sentencia de esta Sala, Sección 7ª, de 24 de julio de 2000 (recurso contencioso-administrativo 408/2009 SIC (RJ 2001, 289)) -cuya doctrina reitera luego la sentencia de la misma Sección 7ª de 8 de enero de 2013 (RJ 2013, 1200) (casación 7097/2010) - en la que quedan señalados los requisitos exigidos para que pueda ser acogida la pretensión fundada en la inactividad administrativa que regula el artículo 29.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Allí se explica que en los casos en que - como aquí sucede - no se pretende el cumplimiento de una obligación nacida de un acto o contrato sino derivada directamente de una disposición general, << (...) para que pueda prosperar la pretensión se necesita que la disposición general invocada sea constitutiva de una obligación con un contenido prestacional concreto y determinado, no necesitado de ulterior especificación y que, además, el titular de la pretensión sea a su vez acreedor de aquella prestación a la que viene obligada la Administración, de modo que no basta con invocar el posible beneficio que para el recurrente implique una actividad concreta de la Administración, lo cual constituye soporte procesal suficiente para pretender frente a cualquier otra actividad o inactividad de la Administración, sino que en el supuesto del artículo 29 lo lesionado por esta inactividad ha de ser necesariamente un derecho del recurrente, definido en la norma, correlativo a la imposición a la Administración de la obligación de realizar una actividad que satisfaga la prestación concreta que aquél tiene derecho a percibir, conforme a la propia disposición general».



Trasladando esas consideraciones al caso que nos ocupa, es claro que el recurrente no era titular de un derecho -correlativo a la obligación de la Administración- que le permita impugnar la inactividad que reprocha a la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la vía del artículo 29.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Por lo demás, en el caso que examinamos ni siquiera puede afirmarse que la Comisión Nacional del Mercado de Valores permaneciese inactiva tras el escrito del recurrente de 12 de noviembre de 2012, pues, como la propia sentencia recurrida deja señalado, la decisión de no incoar el expediente que se solicitaba estuvo precedida de "...una intensa actividad interna, solicitando informes y practicando requerimientos de información, que con más detalle se relacionan en los antecedentes de esta resolución" (fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida...>>).

Desde esta consideración podemos indicar que se ha introducido en la sociedad española una cierta duda (o un cierto miedo, según se mire) sobre la forma de ejercicio de la función de supervisión de los mercados y de la actividad económica que va más allá del cuestionamiento de la figura y de la propia necesidad y se centra, esencialmente, en el modelo y en su funcionalidad que son, sin duda, las cuestiones centrales que están planteadas y que están, a su vez, directamente relacionadas con la función social que se atribuye a las entidades de supervisión como fundamento esencial de su propia existencia.

Es cierto, sin embargo, que los problemas de supervisión de mercados no pueden, como indicábamos anteriormente, centrarse únicamente en el modelo orgánico y en su operatividad, sino que, finalmente, tienen también una problemática más amplia derivada de un mercado abierto y global en el que los órganos de supervisión de carácter supranacional comienzan a tener (por ejemplo, en materia bancaria) una influencia decisiva hasta el punto de haber eliminado a los órganos nacionales. La conexión y la operatividad entre ambas instancias territoriales está comenzando a ser formalizada y constituye, sin duda, una referencia de funcionamiento correcto o patológico.

Adicionalmente podríamos señalar que el problema no es únicamente de órganos de supervisión y de instancias territoriales competentes, sino que va más allá como consecuencia de la propia dinámica económica y de los efectos que determinadas situaciones o crisis de entidades (bien o mal supervisada) producen en el conjunto de la actividad económica del mundo en general. No parece necesario recordar ni profundizar en qué supuso para la economía mundial los problemas de Lehman Brothers, etc....Sin duda, la interconexión de las actividades económicas hace que la forma y el alcance de la supervisión y el control de los mercados tenga, realmente, una forma y una concepción diferente a la clásica.

El panorama es, así, más incierto de lo que era previsible y, probablemente también, menos dogmático porque las formas de realización, el alcance de las medidas y, en general, la operatividad del sistema está en un debate permanente e imbuido de una



problemática nacional o internacional que, realmente, desfigura los límites de las actuaciones de otros momentos.

4.3.- *El modelo español de supervisión de mercados.*

Un repaso histórico de las formas de intervención del Estado en la economía en España a lo largo de los últimos siglos nos permite indicar que el legislador optó, en muchas ocasiones, porque la intervención se concentrará en la asunción de la propia actividad económica en manos públicas (recordemos, por ejemplo, la posición que, en este sentido, ocupa el Instituto Nacional de Industria).

Sin embargo, de esta tendencia histórica quedaba, fundamentalmente, al margen la actividad bancaria en la que, prácticamente, desde el principio, se piensa en un sistema de supervisión y control que es el antecedente más claro y conocido de las formas de supervisión de sectores que hemos acabado instaurando en muchas otras actividades económicas en función de la relevancia que para el interés general tienen las mismas.¹⁶

Es cierto, sin embargo, que el ingreso de España en la Unión Europea condiciona, finalmente, el modelo y la asunción de actividades económicas en el ámbito público cuando responden a un interés comercial y económico que no se identifica con necesidades esenciales de la población o con la satisfacción de actividades de interés general, resulta muy mermado en función a la ordenación del mercado, la interdicción de la existencia de ayudas públicas y la libre competencia. Esta circunstancia se reconoce, expresamente, en el Dictamen de 13 de septiembre de 2012 cuando señala que «... 2.- En esta línea, un aspecto de gran relevancia y lleno de consecuencias prácticas es el hecho de que los organismos reguladores, con cada vez mayor frecuencia, se convierten en agentes de ejecución (en ocasiones, incluso directa) del Derecho de la Unión Europea. De esta forma, se va más allá del principio de ejecución indirecta por los Estados miembros del Derecho comunitario y se establecen formas de actuación conjunta entre la Comisión Europea, los reguladores sectoriales en el nivel europeo y las autoridades nacionales de regulación.

Como luego se verá con detalle, tales formas de ejecución compartida son de especial relevancia en el mercado energético -tanto de la electricidad como del gas- y en el de las comunicaciones electrónicas, adoptando distintos niveles de intensidad: en el primer caso, se impone a los reguladores nacionales una auténtica coordinación de sus decisiones con las de la Comisión Europea y la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACRE); mientras que, en el campo de las comunicaciones, se trata más bien de una especie de cooperación y de tener en cuenta los dictámenes

¹⁶ Berenguer Fuster, L y Sánchez, P.: "Regulación, agencias reguladoras y defensa de la competencia". Revista Vasca de Economía. Núm. 37. 1997: Vidal, P y Folguera, K.: "La liberalización de las industrias de red desde una perspectiva jurídica: agencia reguladoras y órganos de defensa de la competencia". Revista Vasca de Economía. Núm. 46. 2001.



y posiciones del Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE)...>>.

En gran medida, junto con la existencia de unos requisitos comunes en el marco de los indicadores más esenciales del funcionamiento económico que impiden determinados niveles de inflación, deuda o déficit han condicionado de forma evidente la participación de los Estados en la economía y reconducido el problema de la presencia pública en la economía al aseguramiento y el control de determinados mercados con el objetivo de conseguir la libre competencia y, eventualmente, la preservación de determinadas actividades en la sociedad.

Desde nuestra perspectiva podemos señalar la existencia de dos momentos históricos claramente perceptibles y diferenciables. El primero, se corresponde con un periodo – no identificable en términos concretos ni de calendario- en el que la apertura de la economía española, la privatización de determinados servicios otrora gestionados con posiciones monopolísticas, la presencia de operadores económicos no nacionales, entre otras causas, han ido propiciando una serie de normas que inciden en dichos sectores y que, han tenido como elemento central (en la mayoría de los casos) la de instaurar sistemas posteriores al propio cambio normativo para asegurar el funcionamiento de los mercados. Desde la perspectiva de lo que aquí analizamos en este momento, podemos indicar que esta fase previa se caracteriza por la heterogeneidad orgánica de forma que, prácticamente, en cada sector importante va apareciendo un órgano específico de supervisión.

Este esquema de funcionamiento es el que introduce en nuestro Ordenamiento la diferenciación entre órganos de supervisión de sectores (que habían dado en denominarse como verticales) y que se caracterizan por la vinculación íntegra del sector al órgano supervisión frente al concepto de competencia general en el que lo que se analiza es el comportamiento y los actos de los operadores jurídicos con independencia de la actividad económica en la que realicen su labor. En este último campo se preserva al mercado económico – en general- de las conductas de los operadores (sean los que sean) que puedan perjudicar el mercado (esto es lo que se ha denominado presencia o aseguramiento horizontal de los mercados).¹⁷

¹⁷ En punto a esta distinción, señala el Dictamen del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 2012 que <<... Respecto de todos ellos, y especialmente por lo que hace a los citados en primer lugar, es muy relevante establecer la diferencia entre organismos reguladores sectoriales ex ante (típicamente CMT y CNE) y la CNC como organismo encargado de la defensa de competencia ex post (no sólo en sentido temporal, ya que previamente vigila también las concentraciones económicas, sino en el sentido cualitativo de órgano encargado de aplicar el Derecho anti-trust, con sentido siempre sancionador o represivo). Esta distinción, que puede parecer meramente teórica, ha sido sin embargo subrayada a lo largo del expediente y se basa en algunos datos incuestionables de Derecho positivo que no deben olvidarse. De una parte, la diferente base en el Derecho originario de la Unión Europea que tienen unos y otros órganos y la consiguiente estructura normativa diversa en su aplicación: la defensa de las libertades en sentido clásico, promoviendo ampliamente la competencia en sectores con fallos de mercado (energía, telecomunicaciones, postal: artículos 126 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [TFUE] aprobado por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007); frente a la defensa de la



El segundo momento, se produce con la publicación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión nacional de los Mercados y de la competencia que produce una reunificación de los supervisores del mercado y de los sectores y que constituye el modelo actual.

Analicemos, brevemente, estos dos momentos si bien podemos recordar, con carácter previo, que se trata de un modelo de regulación y supervisión de corte europeo y muy diferenciado del modelo americano. El Dictamen del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 2012 recuerda, específicamente, esta circunstancia cuando señala que <<... Se encuentra, de un lado, la influencia de la experiencia norteamericana de las llamadas comisiones reguladoras independientes. Su peso, no obstante, en el Derecho español -como en general en los ordenamientos administrativos surgidos del modelo napoleónico- no puede considerarse excesivo, como después se observará a propósito de la parte expositiva del anteproyecto.

Y ello porque, de un lado, se integran en la forma típica de actuación administrativa en los Estados Unidos, que es la de administración por agencias; y, de otro lado, porque el reforzamiento de su independencia obedece a razones constitucionales tendentes a la solución de problemas que no se plantean en los Derechos europeos, como el límite al control presidencial de los nombramientos, el establecimiento de sistemas de designación de cargos administrativos en modelos no funcionariales o la necesaria determinación de procedimientos normativos y de decisión en ciertos sectores económicos....>>.

Sobre esta base y con fundamento en el propio Dictamen del Consejo de Estado puede señalarse la justificación última de la creación de estas instituciones en el ámbito europeo. En concreto, el Dictamen señala que <<... De otra parte, la aparición de este tipo de estructuras administrativas obedece en Europa, si se hace abstracción de las razones de independencia de los bancos centrales, a motivaciones bien diferentes>>.

En efecto, se aducen razones de neutralidad y criterios de especialización técnica para alejar de la pura decisión política sectores con intereses sociales en presencia muy relevantes (en este amplio sentido, la noción se remonta al menos a los años setenta y a la creación de entidades de este tipo en Francia e Italia en sectores como el bursátil, la protección de datos informáticos o el audiovisual).

En cualquier caso, sí puede afirmarse con certeza que, en un segundo momento -en el que la denominación de organismos reguladores comienza a cobrar un significado

competencia en sentido funcional, esto es operando más bien como prohibición de conductas en ciertos supuestos, en mercados competitivos (artículos 101 y siguientes del TFUE). De otra parte, a diferencia de algunos sectores donde el reparto de competencias entre reguladores a que antes se aludía se produce como un ejercicio compartido de competencias, el reparto entre órganos defensores de la competencia y supervisores sectoriales se caracteriza por la superposición de funciones de contenido diverso (dictamen y decisión, informe y resolución, etc.)....>>.



técnico más exacto, dentro del género de las llamadas administraciones independientes- es decisiva la influencia de los procesos liberalizadores en el seno del Derecho de la Unión Europea. De aquí arranca la consideración de tales organismos dedicados a la supervisión como autoridades nacionales de regulación en los sectores energético, de telecomunicaciones, postal, etcétera...>>.

El panorama completo de los órganos reguladores se completa con dos ámbitos específicos que mantienen los reguladores propios. De un lado, el régimen de supervisión de las entidades de crédito que se mantiene en el control del Banco de España y –actualmente- en el Banco Europeo y, de otro, en la Comisión Nacional del Mercado de Valores que mantiene el control de los activos bursátiles.

Adicionalmente y en esquemas de otra raíz organizativa cabe señalar que algunas legislaciones sectoriales en las que puede reconocerse una auténtica actividad de supervisión, pero realizada desde órganos de la propia Administración. En este ámbito podemos referirnos, esencialmente, a la función que corresponde al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (Ley 22/2015, de 20 de julio) o al que se contiene en la Ley 13/2007, de 2 de julio, en relación con la ordenación y la supervisión de seguros. En un sentido similar, la función que corresponde a la Dirección General de ordenación del Juego, según la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, sobre los operadores de dicha actividad – en la modalidad on line- que corresponde a la Administración una vez que el legislador decidió no crear el órgano de supervisión independiente al que se refería la citada Ley.

Este esquema podría completarse – aunque ya con otra perspectiva- al control que se establece en la Ley General de Seguridad Social en relación con las mutuas patronales o aquellos supuestos en que lo determinante es la actividad y su repercusión social como ocurre con la energía nuclear atribuida en su gestión y control al Consejo de Seguridad Nuclear.¹⁸

Esto nos permite señalar que existen tres niveles de supervisión. El primero, la regulación que se concentra en la Ley 3/2013- al que nos referimos detenidamente en el apartado siguiente. El segundo, el que se mantiene en órganos supervisores conforme al esquema clásico de órganos independientes, aunque no incluidos en el ámbito funcional de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y, finalmente, un tercer grupo, representado por la propia Administración o por órganos vinculados o dependientes de esta. El esquema, las facultades y la propia función de la Administración en todos los supuestos guarda una cierta identidad y se ajusta, en la mayoría de los casos, a esquemas muy similares, aunque, formalmente, el vehículo, el instrumento orgánico tenga características diferenciales y un régimen de organización y funcionamiento diferente.

¹⁸ López Ramón, F.: “El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente”. Revista de Administración Pública. Núm. 126. Madrid. 1991.



Si intentamos profundizar en las verdaderas razones del legislador para optar por unos u otros esquemas no siempre han sido claras ni suficiente explicitadas. Es claro que la regulación internacional tiene una influencia decisiva en los mercados de las entidades de crédito, las operaciones bursátiles o la competencia pero – más allá de estos elementos comunes- la concreción en los diferentes sectores como el transporte o el juego (por citar las últimas referencias) no es tan clara cuando la presión no es directamente comunitaria y ahí el legislador, manteniendo un esquema de supervisión muy convencional y parecido, opta por modelos organizativos diferentes.

Esto nos permite indicar que, realmente, no existen a priori ni con validez más o menos generalizada una formulación organizativa única y que es la conformación del propio sector, su relevancia frente a terceros, su importancia social y, en general, un conjunto variable de circunstancias las que determinan uno u otro modelo.

En el contexto expuesto¹⁹ se produce la publicación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Su modelo tiene escasos precedentes en el ámbito de la supervisión de mercados – aunque el preámbulo de la norma indique se trata de una tendencia reconocible en el ámbito de los Países Bajos- pero, como se verá seguidamente, trata de centralizar y coordinar las decisiones de ordenación y supervisión de los mercados en un esquema uniforme que pusiera fin al esquema de dispersión al que nos hemos referido.²⁰

En este sentido es, especialmente, útil el resumen sobre los modelos comparados que realiza el Dictamen del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 2012 cuando señala que <<... Respecto a los modelos comparados, se han tomado en consideración, además del modelo que puede llamarse "unisectorial", de un organismo regulador para cada uno de los sectores regulados (como sucede predominantemente en Francia, Italia y en nuestro propio Derecho), los siguientes:

El modelo de "regulador convergente", que asigna a un solo regulador la supervisión de sectores íntimamente relacionados, como ocurre paradigmáticamente en el Reino Unido, donde se han creado las entidades denominadas OFCOM (Office of Communications), para regular los sectores de las comunicaciones electrónicas, postal y audiovisual, y OFGEM (Office of the Gas and Electricity Markets), que aglutina la supervisión de los sectores de gas y electricidad. Es igualmente el caso de Francia para los dos primeros mercados mencionados, donde desde el año 2005 el ARCEP (Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes) ejerce funciones reguladoras sobre el sector postal y el de las comunicaciones

¹⁹ Massaguer Fuentes, J.; Arribas, A.: "Comentario a la ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia". Madrid. 2015.

²⁰ Ortiz, S.: "Algunos apuntes sobre la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en España". Revista Digital de Derecho Administrativo. Núm. 14. 12/2015



electrónicas.

- Un segundo modelo que puede llamarse de "regulador multisectorial", que fusiona en un solo regulador todos los sectores regulados de las industrias en red. En el caso de Alemania, la Bundesnetzagentur (BNetzA) integra, desde 2005, a las autoridades regulatorias de correos y telecomunicaciones, y a las encargadas de supervisar los sectores de gas, energético y ferroviario.

En fin, el modelo de integración en un "único organismo regulador", tanto de los reguladores sectoriales como de la autoridad de la competencia, hasta el momento sólo ha sido previsto por los Países Bajos (estando prevista su entrada en vigor el 1 de enero de 2013), según el cual se crea la Autoridad Holandesa para los Consumidores y Mercados (ACM), integrándose el ya regulador convergente Autoridad Independiente Postal y de Telecomunicaciones (Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, OPTA), junto con la Autoridad de Consumidores y la Autoridad de Competencia (Nederlandse Mededingingsautoriteit, NMA), que también actúa como regulador de los sectores de energía y transporte.

La memoria se centra en un breve análisis comparativo de los dos últimos modelos mencionados -holandés o de único organismo, alemán o de "organismo multisectorial con mantenimiento de la CNC"-, a los que añade el que llama "modelo mixto" u "organismo multisectorial que aplicaría la Ley de Defensa de la Competencia" ...>>.²¹

Es claro, después, de lo dicho que el modelo elegido tiene escasos precedentes y que los que se comentan tienen como función esencial la agrupación de supervisores verticales en función de determinadas afinidades relativas al mercado en el que, respectivamente, operan. La opción por un órgano único que refunda los "verticales" y los horizontales tiene, como queda dicho, escasísimos precedentes en el contexto europeo e, incluso, en el americano.

Las causas explícitas en el Preámbulo de la norma pueden identificarse con las siguientes:

<<...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 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

²¹ Sobre el tema, con carácter general, puede verse el trabajo de Salvador Martínez, M.: "Autoridades independiente: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España". Ariel. 2002.



en la misma materia.

En segundo lugar, de modo especialmente importante en el entorno de austeridad en el que se encuentra la Administración Pública, se deben aprovechar las economías de escala derivadas de la existencia de funciones de supervisión idénticas o semejantes, metodologías y procedimientos de actuación similares y, sobre todo, conocimientos y experiencia cuya utilización en común resulta obligada.

En tercer lugar, las instituciones han de adaptarse a la transformación que tiene lugar en los sectores administrados. Debe darse una respuesta institucional al progreso tecnológico, de modo que se evite el mantenimiento de autoridades estancas que regulan ciertos aspectos de sectores que, por haber sido objeto de profundos cambios tecnológicos o económicos, deberían regularse o supervisarse adoptando una visión integrada.

En los últimos años, se detecta una clara tendencia a nivel internacional a fusionar autoridades relacionadas con un único sector o con sectores que presentan una estrecha relación, pasando del modelo uni-sectorial a un modelo de convergencia orgánica, material o funcional en actividades similares o a un modelo multisectorial para sectores con industrias de red. Las ventajas que han motivado la adopción de estos modelos son las de optimizar las economías de escala y garantizar el enfoque consistente de la regulación en todas las industrias de red. Además, se ha argumentado que el riesgo de captura del regulador, tanto por el sector privado como por el gobierno, es menor en el caso de las autoridades multisectoriales, al reducirse la importancia relativa de un determinado sector o de un determinado ministerio para la autoridad.

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>>.

Como consecuencia de lo anterior, se señala que <<...La situación actual en España, en la que se ha aprobado la creación de ocho organismos supervisores vinculados a los mercados de productos y de servicios y se ha previsto la creación de otro más, debe evolucionar hacia los modelos que se están implantando en los países de nuestro entorno. La filosofía que subyace en la existencia de todos estos organismos es fundamentalmente velar por unos mercados competitivos y unos servicios de calidad, en beneficio de los ciudadanos. La presencia de todas estas entidades de forma separada, con sus respectivos órganos de gobierno y medios materiales, exige una reforma de calado teniendo en cuenta la existencia de funciones, procedimientos, metodologías y conocimientos que, por su identidad o semejanza, bien podrían ejercerse o aplicarse por una sola institución...>>.



El Consejo de Estado en el Dictamen previo a la norma, en sesión de 13 de septiembre de 2012 señaló que, a su juicio, se trataba de un proyecto prematuro en la conformación del modelo. En concreto indicó que <<... En fin, como se ha puesto de relieve por muchos de los organismos intervinientes -en especial, por la Comisión Nacional de la Competencia y por el citado Consejo de Consumidores y Usuarios-, así como en audiencia ante este Consejo de Estado, la reforma en profundidad de diversos sectores de gran relevancia en la economía nacional, el diseño de un nuevo modelo de supervisión plasmado en los niveles europeo y nacional, así como sus implicaciones jurídico-administrativas y presupuestarias, hubiesen requerido una tramitación mucho más detenida, con mayor participación y sobre la base de un estudio sosegado de las ventajas que se esperan del nuevo modelo.

La urgencia del dictamen que se solicita de este Consejo es otra manifestación de la premura con que se ha procedido en la tramitación de una norma que se estima de capital importancia, por las razones antes apuntadas...>>. Esta referencia es aún más explícita en otro apartado del mismo Dictamen en el que se señala, expresamente, que <<... El Consejo de Estado valora el esfuerzo por lograr los objetivos propuestos por el informe del Consejo de Ministros, que en alta medida debería satisfacer la regulación proyectada. No obstante, comparte con alguna de las entidades intervinientes -siendo de destacar la opinión de la CNC- que la relevancia del asunto y la hondura de la modificación propuesta hubieran aconsejado una tramitación más detenida que permitiese perfilar importantes aspectos de la norma. Entre ellos, son de particular importancia los relativos a la distribución de funciones entre la CNMC y los departamentos ministeriales (en especial, en lo que afecta a ciertas competencias encomendadas a los reguladores independientes por el Derecho de la Unión Europea) y a la estructura organizativa, financiera y de personal de la nueva institución; cuestiones que deberían ser objeto de una elaboración mucho más acabada para evitar el riesgo real de pérdida de eficacia en la supervisión hasta el momento encomendada a órganos que cuentan ya con una experiencia decantada en las respectivas materias, así como para evitar una merma en la independencia en la actuación del regulador. Los aspectos mencionados serán objeto después de observaciones de carácter general y algunas otras específicas a ciertos preceptos...>>.²²

Desde una perspectiva funcional, el artículo 1º de la Ley de 2013 establece que <<...2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios...>>.

²² Rallo Lombarte, A.: "La Comisión Nacional de los mercados y la competencia: los reparos de las instituciones europeas sobre la independencia". Teoría y Realidad constitucional. Núm. 34. 7/2014.



Desde una perspectiva de la posición ordinal, es el artículo 4º el que establece que <<...1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia velará por la aplicación uniforme de la normativa sectorial y general de competencia en todo el territorio mediante la coordinación con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y la cooperación con la Administración General del Estado y con los órganos jurisdiccionales.

2. Asimismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia mantendrá una colaboración regular y periódica con las instituciones y organismos de la Unión Europea, en especial, con la Comisión Europea y con las autoridades competentes y organismos de otros Estados miembros, fomentando la coordinación de las actuaciones respectivas en los términos previstos en la legislación aplicable. En particular, fomentará la colaboración y cooperación con la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y con el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas...>>.²³

Sobre esta base y sin que entremos, en este momento, en el análisis detenido de las respectivas competencias podemos señalar, con vocación de síntesis, que se le atribuye a dicho Organismo:

- Función de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos (art. 5)
- Supervisión y control del mercado de las comunicaciones electrónicas (art. 6)
- Supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural (art. 7)
- Supervisión y control del mercado postal (art. 8)
- Supervisión y control de mercado de comunicación audiovisual (art.9)
- Supervisión y control en materia de tarifas aeroportuarias (art. 10)
- Supervisión y control del sector ferroviario (art. 11).

Desde una perspectiva orgánica, el Consejo funciona en pleno o en salas. En relación con las salas, el artículo 18 establece que <<... 2. Cada una de las salas estará compuesta por cinco miembros del Consejo. La Sala de Competencia estará presidida por el presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la de Supervisión regulatoria por el vicepresidente. El Consejo en pleno determinará la asignación de los miembros del Consejo a cada sala y, en los términos establecidos reglamentariamente, aprobará y publicará el régimen de rotación entre salas de los consejeros, incluyendo los criterios de selección y periodicidad de las rotaciones. Cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen, podrá adoptar otras medidas tendentes a garantizar el adecuado funcionamiento de las salas...>>.

²³ Martín Aresti, P.: "Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia". Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología. Núm., 1. Vol.2. 2014.



Finalmente es el artículo 25 de la Ley de 2013 el que completa la regulación sobre la base de definir los órganos de dirección que cifra en los siguientes:

- 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 la 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 la 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 la 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 la Ley.

Desde esta perspectiva podemos decir que se ha buscado una cierta organización funcional en el esquema preexistente por medio de las Direcciones y de las propias Salas que intentan asegurar la diferente óptica de lo que hemos denominado visiones verticales y horizontales, aunque sometidas, finalmente, a los órganos de toma de decisión en el ámbito de la Comisión Nacional. Este esquema fue, expresamente, recomendado en el Dictamen del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 2012 en el que se señala que <<... Habiéndose optado por un sistema distinto debe en todo caso cuidarse que el régimen único que deriva del anteproyecto no se traduzca en una uniformidad aplicativa, de dedicación de medios y de ejercicio de funciones, en mercados cuya consistencia, volumen y experiencia reguladora son muy diferentes...>>.

De alguna forma podríamos decir que se trata del reconocimiento de heterogeneidad dentro de la uniformidad del órgano de decisión lo que, sin duda, es, a priori, un modelo complejo y que, como indicaremos en diversas ocasiones, no estaba muy testado y cuyos resultados están, igualmente, por analizar desde la perspectiva de la funcionalidad y la posición ordinal de los órganos de supervisión.

No debe olvidarse, sin embargo, que la creación de la CNMC conllevó una redefinición funcional de los denominados reguladores y los Ministerios sectoriales.²⁴

²⁴ Se refiere, explícitamente a ello, el Dictamen del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 2012 en la que se señala que <<... Dos decisiones normativas han supuesto un avance importante en este sentido: de un lado, la de deslindar la función general de defensa y promoción de la competencia -que corresponde por entero a la CNMC- de aquellas otras que se ejercen en los mercados objeto de supervisión. Como consecuencia, el artículo 5 tiene un carácter, en este sentido, universal o exclusivo en lo que hace a la función de "preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos"; en tanto que los artículos 6 a 11 encuentran su correlato en las disposiciones adicionales décima a duodécima del anteproyecto, que establecen las competencias a ejercer por los ministerios correspondientes. De otro lado, la cláusula residual de competencia se establece hoy en favor de la CNMC y no de los departamentos ministeriales, como sucedía en las primeras versiones, precisión que se estima elemental e imprescindible para salvaguardar la independencia del regulador en el ejercicio de estas funciones; así, reza la disposición adicional quinta: "Las competencias que las normas vigentes atribuyen a los organismos que se extingan cuando se constituya la Comisión Nacional de los Mercados



5. Los grandes debates en relación con el funcionamiento de los “órganos de supervisión”: más allá de la unificación o la heterogeneidad.

5.1. Consideraciones de alcance general

En el intento de trascender del modelo de los problemas concretos y situarnos en la problemática operativa de los órganos de supervisión y control podemos analizar ahora lo que denominamos como “grandes debates” operativos de la introducción en España de órganos de supervisión de mercados económicos o del comportamiento de los operadores en los mercados generales.

Del conjunto de los debates que podrían plantearse podemos referirnos, en este momento, a dos.

A) La extracción y el nombramiento de los órganos de dirección.

Sin lugar a duda uno de los problemas no resueltos desde la aparición de las Administraciones Independientes es el relativo a la forma de nombramiento, a las cualificaciones profesionales de quienes acceden a estos cargos y a las reglas de cese y actuación de estos. El problema no es único de este tipo de Administraciones, sino

y de la Competencia y que esta ley no haya atribuido expresamente a los departamentos competentes de la Administración General del Estado serán ejercidas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia". Pero con ello no quedan solventados los problemas en lo que atañe al nuevo reparto de competencias, pues subsiste principalmente un problema de inseguridad jurídica en la definición de ciertas funciones, junto a algunas competencias concretas que se estima deberían atribuirse de forma específica a la CNMC. Por lo que hace a la primera cuestión, si ya de por sí el sistema del anteproyecto es abierto e inseguro (en el sentido de que conviven las funciones actualmente atribuidas a los reguladores, junto con las expresamente concedidas a la CNMC y las previstas en favor de los ministerios), la dificultad es mayor porque las cláusulas residuales que otorgan competencias a la CNMC en cada uno de los preceptos que se dedican a la cuestión [así, artículos 5.1.h), 6.f), 7.ai), 8.g), 9.k), 10.c) y 11.g)] lo hacen solamente con carácter prospectivo o para el futuro, encargándole "realizar cualesquiera otras funciones que a partir de la entrada en vigor de esta ley le sean atribuidas por ley o por real decreto". Además de la deficiente redacción, debiendo el inciso temporal ir entre comas, y de que la norma así enunciada es superflua -la CNMC tendrá esas funciones, en efecto, porque se las concedan las leyes o reglamentos que se dicten-, parece claro que el sentido debe ser el de atribuírselas en presente. Esto es, se debe otorgar al regulador de la competencia y de estos sectores la competencia de "realizar cualesquiera otras funciones que le atribuyan las leyes u otras disposiciones normativas del ordenamiento jurídico vigente", tal y como figuraba en las primeras versiones. En segundo lugar, deben ser objeto de atribución expresa a la CNMC ciertas funciones que se estiman de relevancia. Así, además de otras funciones que las leyes vigentes atribuyen a los reguladores y que deberían figurar de forma expresa atribuidas a la CNMC por su importancia, hacer referencia al menos en la exposición de motivos (vg. lo relativo a la protección de los ciudadanos, a los catálogos de sus derechos y obligaciones), deberían añadirse las siguientes competencias: En el artículo 6 ("supervisión y control del mercado de comunicaciones electrónicas"), no se han incluido las competencias recogidas hoy en el artículo 48.3.e) LGTEL -precepto cuya derogación prevé la disposición derogatoria única [apartado b)] del anteproyecto- y que tampoco se establecen en favor del MINETUR. El citado artículo, por lo que ahora interesa y prescindiendo de la función de informe al órgano de defensa de la competencia (obviamente hoy sin sentido), confiere al regulador estas competencias: Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. A estos efectos, sin perjuicio de las funciones encomendadas en el capítulo III del título II de esta Ley y en su normativa de desarrollo, la Comisión ejercerá las siguientes funciones: 1...>>.



que, realmente, se ha proyectado sobre el conjunto de instituciones y órganos constitucionales pensado para tener una independencia de criterio y de actuación más allá o al margen de la extracción de los proponentes para dicho órgano.

La necesidad de la independencia es consustancial a la función y la consecución de esta conforma uno de los aspectos centrales del funcionamiento y de la operatividad del conjunto de estas instituciones. Cualquier simplificación sobre el balance histórico tiene como elemento central muchas informaciones y situaciones conocidas desde fuera de las mismas, pero sí podemos indicar, sin miedo a equivocaciones, que la sociedad en su conjunto no considera que el modelo esté logrado y que la independencia y la profesionalidad hayan ganado la partida al procedimiento de extracción o de propuesta.

No es fácil encontrar las causas últimas de no haber sido capaces de dotarnos de una solución final plenamente satisfactoria. Desde luego, que, desde una perspectiva no jurídica, la falta de “altura de miras” de los respectivos gobiernos y la imposibilidad de detener la tentación de la ocupación de las instituciones con criterios políticos es algo que forma parte de nuestra vida política de los últimos años y lo que es peor, una constante en momentos como los actuales en el comportamiento de muchos de los “nuevos” agentes políticos. Desde otra perspectiva, también metajurídica, podríamos decir que los técnicos, la meritocracia y la propia burocracia tienen una “mala prensa” en España fundada en la insensibilidad y el rigor excesivo que sus soluciones – en general- suponen y que exige las matizaciones y las adaptaciones que provienen de la sensibilidad política.

Finalmente, no hay que descartar, tampoco, que la independencia funcional de cualquier órgano es, realmente, una pérdida de poder político que ningún gobierno sacrifica con naturalidad ni aceptación generalizada.

Más allá de estas consideraciones si nos centramos en los modelos posibles podríamos resumir las opciones en la de nombramiento directo y sin requisitos de los respectivos gobiernos, en el nombramiento directo pero sometido a criterios técnicos de designación, en el nombramiento directo por el Parlamento (con o sin mayorías específicas). En el otro lado de la balanza se discute si nombramiento de único tramo temporal, su duración y, eventualmente, la posibilidad o no de renovación. Son estas variables las que han ido combinándose – con mayor o menor éxito- en las diferentes regulaciones sin que, realmente, hoy, tengamos un criterio definitivo de la que resulta más idónea para asegurar el funcionamiento y la organización de las instituciones y organizaciones independientes.

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los mercados y de la competencia, el propio Real Decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de valores, la Ley 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad independiente de responsabilidad fiscal y, en general, las normas que regulan el nombramiento del personal que dirige



los entes en cuestión es designada por el gobierno entre personas que cumplan la característica de ser personas de reconocido prestigio y experiencia en el sector con una experiencia que se determina en cada una de las respectivas normas.

Este esquema se completa con la posibilidad de veto de alguna de las dos cámaras parlamentarias. La opción por la participación del parlamento no puede considerarse que haya desvirtuado el sistema de cuotas extractivas ni asegurado un funcionamiento independiente y profesionalizado del conjunto de las instituciones y órganos constitucionales. Por decirlo en términos coloquiales “pesa” demasiado el esquema de cuotas y de reparto como para vislumbrarse un cambio notable de paradigma por la presencia del Parlamento en la designación o la elección.

El sistema, en su conjunto, ha planteado serias dudas a todos los supervisores, probablemente, porque, como se ha dicho, los respectivos gobiernos no han hecho o puesto el suficiente énfasis en el nombramiento de personas que actúen con independencia funcional que es lo que dicen las respectivas normas de organización y funcionamiento de los supervisores. No supone ninguna ayuda, en este sentido, el sistema de propuesta ni que, finalmente, se consiga que el voto y la actuación en la respectiva institución coincidan con los intereses del partido político proponente en la designación inicial como miembro del órgano.

Un análisis más profundo de esta disfuncionalidad nos lleva a reconocer que, ciertamente, es muy difícil encontrar un sistema de reconocimiento de la profesionalidad y la experiencia que no pase por el elemento subjetivo de la propuesta y valoración de alguna institución y la aprobación de otras. Es cierto, sin embargo, que en lo que es funcionamiento, el comportamiento y la actividad existe una sensación generalizada de que no se ha conseguido <<despegar>> a los designados de los intereses de los designantes o proponentes y eso ha condicionado la percepción social de muchas de sus conductas y, por ende, de las propias instituciones.

En este punto y reconociendo las dificultades de separar ambos intereses (los de proponentes y los designados) cabe indicar que éste es, sin duda, uno de los grandes déficits del funcionamiento de estas instituciones y, por ende, la que más ha minado su credibilidad funcional.

En consideración a lo anterior es preciso postular la necesidad de conseguir que el funcionamiento y los aciertos y las equivocaciones de estos órganos consigan someterse a un sistema en el que sus intereses sean únicamente los de la institución que representa y que se refuerce su independencia, su transparencia, orden y una visión centrada, únicamente, en su función.

Con una mínima perspectiva histórica podríamos decir que ni con los sistemas puros de designación gubernamental ni con la interposición adicional del control parlamentario de la elección y su sometimiento a la criba parlamentaria no han



conseguido, sin embargo, el efecto final de visualización real de la independencia de órgano respecto de su extracción o propuesta política.

La percepción institucional de los supervisores no forma parte de nuestra cultura y de la forma esencial de entender la presencia de estos en la sociedad y en, este caso, en la actividad económica. La vida y la continuidad de la función, por encima o al margen de las dinámicas políticas y parlamentarias, no puede considerarse definitivamente asentada en el espectro administrativo español. Sin este factor de institucionalización es evidente que la propia dinámica del órgano independiente y de la elección fundada en criterios no partidistas queda, cuando menos, en entredicho.

Llegados a este punto y, sobre la base de lo que acaba de analizarse, cabría preguntarse sobre las posibilidades de encontrar un sistema alternativo que supere algunas de las dificultades de las aquí apuntadas. Desde nuestra consideración el elemento central es el incremento del profesionalismo en la elección o, sobre todo, en la propuesta de los partidos políticos. Pero este incremento debe necesariamente compensarse o apoyarse con un margen adicional y una mayor altura de miras en la designación. Los partidos políticos deben entender que la apropiación de estas instituciones no produce a la larga ningún beneficio para la sociedad y que, por tanto, la dinámica general del botín (o del reparto) de los puestos públicos debería dejar paso al gobierno de los mejores con el debido control, pero rompiendo y liberando a los elegidos del vínculo o de la fidelidad política a favor de la fidelidad institucional.

Esto debería visualizarse en un panorama en el que los clásicos bloques políticos no se traducen en una forma de funcionamiento mimético en el ámbito de la respectiva institución y en la que en esta los criterios de mayorías-minorías dejan de ser un elemento de confrontación para dejar paso a un esquema diferente en el que el conjunto de los elegidos piensa en clave de la institución y no de la ideología o del agradecimiento por la designación.

Es probable que en la sociedad actual sea complicado encontrar este perfil de profesionales competentes y no alineados estrictamente al funcionamiento o al agradecimiento por la designación. El problema ni es nuevo ni es únicamente español. Todos recordamos como el funcionamiento de los jueces del Tribunal Supremo (al que, eventualmente, se le reconocía un problema como el que ahora planteamos) se resolvió sobre la base de declarar perpetuo el nombramiento de los mismos de forma que nadie conoce y dispone, a priori, de una determinada cuota por la sencilla razón de que se desconoce el ritmo de las vacantes.

Es probable que la opción por considerar perpetuos los puestos en determinados órganos públicos no sea, finalmente, una solución de carácter general pero es cierto que evidencia un problema que se plantea con mayor agudeza en momentos en los que la vida política es menos plural y está más concentrada en opciones políticas



limitadas en las que finalmente hay una cierta esperanza de conseguir el poder en todas sus manifestaciones de una forma cíclica y, por tanto, la ocupación de los niveles de decisión política.

Sea como fuere es lo cierto que sistemas de mejora existen muchos, pero será difícil conseguir su operatividad si realmente no existe un consenso entre los agentes políticos y representativos de conseguir un marco de actuación más profesional, menos imbuido por criterios o fidelidades políticas y sin entender, finalmente, que el interés público es, en muchas ocasiones, una renuncia a determinadas cosas o facultades en aras de la mejora del interés general.

Este factor de renuncia al control de las instituciones y el fomento de la independencia en su funcionamiento son elementos centrales de la conformación de un modelo diferente que debería servir de una forma, igualmente, diferente al cumplimiento de los objetivos que las instituciones de supervisión deben cumplir en la sociedad actual.

B) La dotación de fines y medios

En el mismo plano de la renuncia al control de las instituciones cabe indicar y reclamar la necesidad de que las instituciones en concreto tengan los medios suficientes para el ejercicio de su función. El debate sobre los medios es, claro está, un debate sobre el control de la institución, de su funcionamiento y de su operatividad social.²⁵

A partir de esta simple referencia podemos señalar que es cierto que el esquema de financiación de estas entidades se presenta a priori como ciertamente complejo. Tradicionalmente nos hemos movido entre su asignación presupuestaria convencional y en la financiación mediante la generación de créditos como

²⁵ El problema de los costes de los órganos reguladores está presente en el debate previo y en la elaboración de la Ley 3/2013. En concreto, se señala en el Informe del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 2012 que «... E) Versión de 20 de julio de 2012, que fue informada por la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos (25 de julio siguiente), poniendo de relieve -entre otros aspectos- que "se precisaría un estudio en el que se recogieran los costes que supone en la actualidad el desarrollo de las funciones en materia de regulación de los mercados y de competencia, tanto para los distintos organismos competentes como para los departamentos ministeriales, de forma que mediante su comparación con los costes que dichas funciones supondrían una vez puesto en funcionamiento el nuevo marco de distribución de competencias regulado en el anteproyecto de ley (también tanto para el nuevo organismo como para los departamentos ministeriales afectados) pudieran cuantificarse los ahorros derivados de la mayor eficiencia organizativa que se plantea".

Sugerencia que dio lugar a la incorporación al expediente de la siguiente documentación: cuadros de costes de CNSP, CREA y CRF -acompañados de las correlativas memorias económicas de los costes elaboradas por el Ministerio de Fomento, la Dirección General de Aviación Civil y el CRF, respectivamente-; cuadro con las previsiones de retribuciones de la relación de puestos de trabajo de la CNMC para 2012; resolución de 10 de octubre de 2011, de la Comisión Nacional de Energía, por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2010 y nota de la SETSI (10 de julio de 2012) dedicada al "cálculo de los costes del organismo de nueva creación y forma de financiación" y al "cálculo de los costes derivados de la redistribución de funciones y competencias que se regulan para cada uno de los departamentos ministeriales afectados"....>>.



consecuencia de su potestad sancionadora y del ingreso de las multas correspondientes a la misma o la exacción de tasas o precios públicos como consecuencia de los servicios que se presten.

En el primero caso, la vinculación al presupuesto tiene un predominio evidente de las autoridades presupuestarias y sus decisiones, en el marco de un planteamiento general y de objetivos muy generales, es más que claro. Los límites del equilibrio entre lo que solicitan los órganos independientes y lo que se pueda conceder en el marco de un planteamiento presupuestario genérico es, ciertamente, un equilibrio más que difícil de establecer y, depende, de nuevo, de la altura de miras y de la comprensión institucional.

Adicionalmente y como fórmula alternativa la vinculación a su propia recaudación fundada en el ejercicio de la potestad sancionadora puede llegar a desfigurar la propia naturaleza de ésta y su ubicación en el marco del interés general para convertirla en un sistema con dinámica propia en la que el factor recaudación puede desfigurar el más genérico del interés general.

Más allá del debate sobre los objetivos y la función propia de las entidades de supervisión cabe indicar que la función de supervisión es una función de cada vez mayor complejidad. El mercado global, las relaciones económicas en todo el mundo, con elementos y operaciones que, ciertamente, se han vuelto más complicadas y difíciles hace que la función de supervisión sea una labor, esencialmente, difícil.

En este punto resulta muy relevante el debate sobre los medios y los fines. La financiación presupuestaria estricta y el sometimiento de los entes supervisores a políticas comunes como las de empleo público han supuesto un deterioro evidente de la propia capacidad de actuación.

La congelación de plantillas y de presupuestos ha supuesto qué duda cabe una merma de la capacidad real de funcionamiento y algunas de las instituciones no han tardado en expresarlo así de forma, incluso, pública.

De alguna forma podríamos decir que la independencia real queda condicionada por la propia capacidad material de actuación y, en tiempos de crisis como los que estamos viviendo la mayor complejidad e intensidad de los mercados supervisados no se ha visto reforzada con una política decidida de apoyo material. Las limitaciones materiales condicionan, de facto, la función real y su efectividad.

En este sentido y reconociendo que el principio de equilibrio presupuestario admite pocas soluciones individuales que escapen de la disciplina general del ciclo presupuestario son, sin duda, una aventura difícil de admitir sí cabe indicar la necesidad de dotar al supervisor de los medios suficientes para el cumplimiento de los fines que tiene asignados.

Es cierto que la problemática de los medios es, ciertamente, diferente según el supervisor que analicemos y, especialmente, menos intensa en aquellas instituciones que, por su propio funcionamiento, tienen posibilidades de obtener ingresos propios



que puedan ser afectados a la financiación del mismo. Más allá de la idoneidad de las respectivas fórmulas lo que no es menor es el concepto: la necesidad de que la independencia operativa no pueda ser condicionada por una política de asfixia en los medios necesarios para el ejercicio de la actividad. La independencia exige medios y su provisión o su elusión son elementos esenciales para comprender la esencia del modelo.

C) Un modelo por madurar

Las consideraciones que acaban de indicarse nos ponen de relieve que, en el plano operativo, el modelo de supervisión (con carácter general y al margen de si plasmado en su forma dispersa y heterogénea o, como el actual, centralizado) es un sistema por <<madurar>>.

El régimen actual no ha conseguido la funcionalidad suficiente para considerar que se ha “despegado” de los condicionantes de su elección y, sobre todo, de la fidelidad o de las consignas propias de los partidos o instituciones proponentes. Este es, probablemente, el mayor reto: a la institucionalización de los mecanismos de supervisión y la conformación de órganos que no responda, directa o indirectamente, a los intereses o los debates que mantienen sus designantes sino únicamente a favor de los intereses de la institución que representan.

Al margen de estas dos consideraciones la funcionalidad y la operatividad de algunas de las entidades de supervisión han sido cuestionadas por sus propios resultados en los últimos tiempos en orden al cumplimiento real de su función en el ámbito de los casos más relevantes en los que se ha visto envuelta la sociedad española de los últimos tiempos. De hecho, comienzan a conocerse algunos procesos en los que se reclama la responsabilidad patrimonial de la Administración por el mal funcionamiento y por las omisiones en la actuación de los principales órganos de supervisión. Probablemente la propia existencia de los procedimientos demuestra que el modelo no ha llegado a clarificarse tanto como era necesario.

De esta forma podríamos decir que el debate ha mezclado, por un lado, las cuestiones referidas al modelo de organización con las referidas el modelo de funcionamiento. Ambas circunstancias nos permiten señalar que queda mucho camino por recorrer y que el modelo tiene que consolidarse y, por ende, consolidar el papel de los supervisores en la vida económica española.

5.2. *El tratamiento de la cuestión en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público*

La publicación y entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen del Sector Público incluye en el artículo 84 dentro del sector público institucional las Administraciones independientes. Su regulación se contiene en los artículos 109 y 110 de la Ley de Régimen del Sector Público.

El primero de los artículos señala establece la definición señalando que son Administraciones 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...>>.

Más allá de esta definición, el artículo 109 establece dos requisitos señalando que:

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.

- Con independencia de cuál sea su denominación, cuando una entidad tenga la naturaleza jurídica de autoridad administrativa independiente deberá figurar en su denominación la indicación «autoridad administrativa independiente» o su abreviatura «A.A.I.».

Desde una consideración de régimen jurídico, es el artículo 100 de la Ley el que establece que <<... 1. Las autoridades administrativas independientes se regirán por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en esta Ley, en particular lo dispuesto para organismos autónomos, la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, así como el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el derecho común...>>.

Régimen que se completa con la indicación de que <<... Las autoridades administrativas independientes estarán sujetas al principio de sostenibilidad financiera de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril...>>.

De alguna forma podríamos indicar que la regulación se presenta con perfiles bastantes continuistas, en lo conceptual, y que su regulación, en sí misma, no soluciona los problemas generales y, sobre todo, los operativos a los que nos venimos refiriendo reforzando que la cuestión no es tanto de régimen jurídico como de operatividad y funcionalidad real de las instituciones en cuestión.

*6. La responsabilidad y el control parlamentario como elemento de cierre del conjunto del sistema*²⁶.

²⁶ Pauner Chulvi, C.: "La articulación del control parlamentario sobre los espacios libres de control gubernamental: Parlamento y Administraciones independiente". Teoría y realidad constitucional. Núm., 19. 2007; Chistensen, T.: "Control político y autonomía en las Administraciones pública noruegas". Foro Internacional. Núm. 182. 2005



Más allá de las consideraciones operativas que acaban de hacerse podemos señalar, para concluir, que el entero sistema de supervisión exige, sin duda, una reformulación del control parlamentario de sus miembros y del establecimiento de formas de determinación de la responsabilidad por la gestión de los miembros de la supervisión.

En muchas de las normas reguladoras de los mercados se contiene formas de reprobación por incumplimiento de la función esencial. La característica central es situar –de alguna forma y en algún estadio- la responsabilidad de la remoción en el propio ente o en el gobierno.

Desde nuestra consideración estos instrumentos deben completarse con alguna forma de control parlamentario más intenso en comisiones específicas o en las comisiones generales, pero con una intensidad muy superior a la actual y, finalmente, en la posibilidad de reprobación que para evitar su uso partidista puede rodearse de la necesidad de una mayoría reforzada que evite aquel uso pero que refuerce el papel del parlamento en el control de esta actividad.

La intensificación del papel de control por el Parlamento puede matizar mucho la discusión sobre la independencia de órganos administrativos en el contexto constitucional que establece al Gobierno como el directo órgano de la legitimación democrática y respecto del cual se articula el conjunto de instrumentos de control que la Constitución establece. Esta referencia a la legitimación democrática directa es, precisamente, la que ha llevado a cuestionarse el alcance de la independencia de estos órganos a los que sus propias normas de creación otorgan independencia funcional del Gobierno.

En razón a estas circunstancias que, por otro lado, es realmente necesaria para el cumplimiento de la función podemos indicar el punto de equilibrio de la desafección funcional puede encontrarse, precisamente, en el establecimiento de mecanismos específicos de control parlamentario del funcionamiento y de la actividad de los órganos de supervisión.

Es cierto, eso sí, que el Parlamento debería articular una forma de control – en comisión o en comisión mixta Congreso-Senado- que realmente pueda tener una intensidad y un alcance que, realmente, es difícil de reconocer en la formulación actual de los sistemas de control parlamentario muy pensados – se diga o no- en la figura del Gobierno y en el establecimiento de mecanismos cuya última referencia es la moción de censura como sistema de control.

Desde nuestra consideración es preciso superar esta tendencia a hacer al gobierno el eje único del control parlamentario y establecer un sistema específico para este tipo de entes a los que, funcionalmente, se separa de la responsabilidad del gobierno para atribuirles la entera responsabilidad sobre un sector económico y sobre la posición de los agentes en el mismo.



7. *Algunas referencias generales a modo de conclusión.*

Las reflexiones que se contienen en los apartados precedentes nos sirven para indicar, con carácter general, que la presencia y la actuación de las Administraciones Públicas en la actualidad se ha transformado. Durante algunos años se tuvo la tentación de considerar que bastaba con la modificación del régimen jurídico aplicable y, en concreto, con la abdicación de la aplicación del Derecho Público para conseguir que la Administración Pública se volviera proactiva y eficaz y que los problemas que venían diagnosticando el conjunto de operadores jurídicos en relación con su propia esencia y funcionamiento encontraran una salida rápida.

El tiempo ha demostrado que el problema no era únicamente del régimen jurídico de la actuación administrativa, sino que las cuestiones son más estructurales y que, por tanto, son las propias funciones y, sobre todo, las formas de actuación administrativa los elementos nucleares de una transformación de contenido amplio y que afecta al conjunto del sistema y de la actuación de la Administración. El tipo de actuación que se espera de la Administración va más allá del concepto clásico de policía, de servicio público y de fomento para situarse en una Administración de la que se demandan servicios prestaciones e infraestructurales y de la que se demanda el aseguramiento de la actividad privada sin necesidad de una presencia directa.

Esta transformación y, sobre todo, la función de supervisión y aseguramiento permite que la presencia pública en el conjunto de sectores sea diferente, probablemente menor, y, en todo caso, con un conjunto de técnicas que no son reconducibles a los esquemas clásicos de los que partimos. Este es el elemento central del cambio y de una Administración que tiene funciones diferentes y pautas de actuación, igualmente, diferentes. En esencia, el problema es cómo pueden asumirse las funciones indicadas con los viejos esquemas clásicos y cómo tiene que producirse la evolución de estos. Este es, sin lugar a duda, el gran reto.