

SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LAS AGENCIAS FEDERALES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

VÍCTOR TORRE DE SILVA
Profesor del Área Jurídica
Instituto de Empresa

I. INTRODUCCIÓN.—II. ORIGEN Y DESARROLLO DE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES.—III. LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: 1. *Aproximación estructural: el principio de separación de poderes: a) La concepción estática de la separación de poderes. b) La concepción dinámica de la separación de poderes.* 2. *La legitimidad democrática: el principio de responsabilidad política: a) Responsabilidad política del Presidente de los Estados Unidos. b) Responsabilidad política de las autoridades de las agencias administrativas independientes.*—IV. LA PERSPECTIVA ADMINISTRATIVA: 1. *La actividad procedimental de la agencia: rule making y adjudication.* 2. *Efectos de la independencia sobre otros aspectos de la agencia.*—V. REFERENCIAS.

I. INTRODUCCIÓN

El Estado [...] puede ser un recurso o una amenaza para cualquier industria. Con su poder para prohibir u obligar, para tomar o dar dinero, el Estado puede ayudar o dañar selectivamente a gran número de industrias [...]. Las tareas centrales de la teoría de la regulación económica son explicar quién recibirá los beneficios o cargas de la regulación, qué forma tomará la regulación y cuáles serán sus efectos sobre la asignación de recursos.

George STIGLER

En las últimas décadas están proliferando en España y en el resto de Europa agencias administrativas independientes¹. Estas agencias se insertan en un complejo tejido político y social y plantean significativas cuestiones en la regulación de la economía y en amplios campos del Derecho público. Los Estados Unidos de América fue la nación pionera en esta fórmula, pues durante más de cien años ha venido dando respuesta a los interrogantes jurídicos y políticos que la figura suscita, con una visión pragmática. Una reflexión sobre la experiencia estadounidense puede arrojar luz sobre perspectivas muy diversas, ya que, desde su propia concepción, afronta una realidad con notables afinidades.

En las siguientes páginas me propongo analizar un aspecto singular de

¹ Como más adelante se verá, en España cabe citar al Consejo de Seguridad Nuclear, al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a la Agencia de Protección de Datos, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y al Tribunal de Defensa de la Competencia. En el ámbito europeo baste citar aquí al Banco Central Europeo.

las agencias administrativas independientes, como es el poder de destitución que sobre sus más altos responsables tiene el Presidente de los Estados Unidos. Trataré de introducir primero la figura de la regulación económica, con particular referencia a España, pues no es otra la finalidad que la casi totalidad de las agencias administrativas independientes persigue. A continuación, relataré brevemente cómo surgieron y se desarrollaron estas agencias, lo que ayuda a calibrar la independencia buscada con su creación. A esta independencia consagraré el resto de estas páginas, incidiendo fundamentalmente en la potestad presidencial de los Estados Unidos, frecuentemente limitada, de cesar a los máximos responsables de las agencias. La limitación de esta potestad constituye un requisito fundamental en la configuración de una agencia como independiente, y resulta similar a la que posee el electorado respecto de sus representantes políticos. El análisis abordará primero una perspectiva constitucional, pues el principio de separación de poderes consagrado en la Constitución federal ha sido con reiteración invocado por el Tribunal Supremo al enjuiciar el alcance de los poderes del Presidente. También se estudiarán los efectos de la independencia en la legitimación democrática de los distintos actores implicados. Me detendré después en la perspectiva administrativa, pues importa conocer los efectos de la independencia de las agencias en la actividad y organización de las agencias.

Con las palabras que se han transcrito al comienzo de esta introducción iniciaba STIGLER su artículo «Teoría de la Regulación Económica»². Ciertamente, la regulación económica es un fenómeno constante en la evolución de los sistemas jurídicos. En rigor, no puede concebirse una asignación de recursos previa o antecedente al ordenamiento jurídico. Desde las raíces de nuestro mundo jurídico ha existido regulación económica, que ha condicionado y, en ocasiones, ha dado consistencia a los recursos económicos³.

Para introducir el objeto principal de este trabajo conviene hacer una referencia a España, tomándolo como punto de partida muy convencional la década de los setenta del siglo XX. El artículo de STIGLER que se ha citado en el encabezamiento de este capítulo, que supuso un importante hito en el análisis de los efectos económicos de la regulación jurídica, es de 1971, y la realidad española experimentó una evolución notable a partir de 1978, desde la promulgación de la Constitución vigente. Un año antes, Manuel GARCÍA-PELAYO había publicado un libro que tuvo mucha influencia en los juristas de la época, titulado *Las transformaciones del Estado contemporá-*

² George STIGLER, «The Theory of Economic Regulation», 2 *Bell Journal of Economics and Management Science*, 3 (1971).

³ Cuenta Theodor MOMMSEN, en su *Historia de Roma*, que la Ley de las XII Tablas, quizás el monumento jurídico más antiguo de nuestra civilización (450 a.C.), no sólo dio forma a un nuevo equilibrio entre patricios y plebeyos en la primitiva Roma republicana, sino que extendió sus preceptos a materias que hoy en día consideraríamos pura regulación económica. Así, limitó el tipo de interés para los préstamos de dinero en el 10%, amenazando con penas severas la usura que suponía cualquier tipo superior (v. II, reimpr. de la ed. de 1876, Madrid, 1983, pág. 60). Desde la Roma republicana, el papel de los poderes públicos en la regulación de la economía ha tenido una interesante evolución.

neo⁴. Este autor defendía que la fórmula que mejor definía los cambios del momento era la de «Estado social»: un Estado propio del neocapitalismo o capitalismo tardío que garantizaba con carácter universal la «procura existencial» a todos los ciudadanos. El concepto de procura existencial se tomaba del término alemán desarrollado por FORSTHOFF (*Daseinvorsorge*), que no era desconocido en España⁵. El Estado social, sin embargo, no se limitaba a distribuir bienes y servicios, sino que se constituía en un verdadero «Estado *manager*», que debía «asumir una actitud activa patentizada en constantes medidas destinadas a la regulación del crecimiento y a la orientación del proceso económico nacional hacia ciertos objetivos»⁶.

El estudio de GARCÍA-PELAYO tuvo repercusión en los debates constituyentes⁷, de manera que nuestra Norma Fundamental incorporó el Estado social a su mismo frontispicio (art. 1.1) y a lo largo de su texto⁸.

Sin embargo, los postulados de una fuerte intervención pública en la actividad económica no hicieron fortuna. Desde mediados de los años ochenta se verifica una nueva visión del papel del Estado español como agente de regulación económica, eco tal vez lejano de la crítica a que se estaba sometiendo en los Estados Unidos⁹.

Muchas cosas estaban cambiando en España y en el mundo en la década de los ochenta del siglo pasado. Más allá de la incorporación de España a la entonces Comunidad Económica Europea (y a las otras dos Comunidades hermanas), la economía mundial comenzaba a atisbar la globalización, las tecnologías de información y comunicaciones tenían un desarrollo espectacular y en la sociedad nacían sensibilidades nuevas.

En este contexto de cambio, las autoridades públicas españolas dieron un giro a las políticas de regulación de la economía respecto de los postulados de los años setenta.

Si se hubiese de sintetizar en una sola expresión la nueva visión imperante en España, con el riesgo que siempre conlleva una simplificación, podría decirse que, *por vez primera en nuestra historia, los poderes públicos tomaron conciencia de la complejidad del sistema económico*. La regulación de la actividad económica, por supuesto, continuó. Ya se ha mencionado que es consustancial con cualquier ordenamiento jurídico. El punto de in-

⁴ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977.

⁵ Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de “Daseinvorsorge”», núm. 38 de esta REVISTA (1962), pág. 35.

⁶ GARCÍA-PELAYO, *ob. cit.*, pág. 36.

⁷ El capítulo «El Estado social y sus implicaciones» vio la luz antes del libro del que forma parte, en 1975, de modo que pudo proyectar antes su influencia.

⁸ Ciertamente, existe alguna mención en el régimen de Franco al Estado social, pues la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947 declaraba en su artículo 1 que «España, como unidad política, es un Estado católico, social y representativo (...)». Esta mención no se correspondía con la noción de GARCÍA-PELAYO expuesta: téngase en cuenta que en 1974 el porcentaje del PIB dedicado a gasto corriente en protección social (excluida la enseñanza) era el 10,3%, frente al 24,7% de Alemania Federal, el 24% de Dinamarca y Países Bajos, el 20,5% de Francia o el 18,8% de Gran Bretaña (Alfonso BARRADA, *Gasto público de bienestar social en España de 1964 a 1995*, Bilbao, 1999, pág. 548).

⁹ Por todos, Stephen BREYER, *Regulation and its Reform*, Cambridge (Mass.), 1982.

flexión quizás estuvo en el reconocimiento de que esta regulación tenía efectos no sencillos de prever para el conjunto de la sociedad y, en ocasiones, contradictorios con la razón de ser de la propia regulación o con otras políticas públicas.

Esta conciencia de la complejidad trajo consigo diversas consecuencias, desde mediados de los años ochenta hasta la actualidad, de las que se pueden destacar dos: la renuncia a la planificación como medio de desarrollo económico, y la apuesta por la competencia en los diversos sectores económicos mediante la eliminación de monopolios.

La renuncia a la planificación resulta de particular importancia, pues la Constitución la había señalado como una delimitación de la libertad de empresa (art. 38). Resulta significativo que la Norma Fundamental consagra un artículo completo a la planificación económica (el 131), que es seguramente el menos empleado de todo el texto¹⁰. No ocurre lo mismo con el artículo 149.1.13, que tiene un uso intenso para justificar normas estatales, aun cuando el sentido que se le da a la «planificación general de la actividad económica» dista mucho de ser el evidente.

Los monopolios en mano pública constituyen, sin duda, elementos importantes en la regulación de sectores económicos. La *publicatio* de un sector hace converger el título normativo propio de los poderes públicos con la condición de empresario, de manera que el sometimiento a las directrices de las autoridades no puede ser más intenso. Ahora bien, si la actividad económica tiene gran complejidad, la figura del monopolio público debe ser replanteada, por las repercusiones que puede tener en el conjunto del sistema la exclusión de la competencia¹¹. Ello ha conducido, desde mediados de los años ochenta, a la privatización de numerosos monopolios públicos en áreas tan dispares como los hidrocarburos, la telefonía, la televisión, el transporte aéreo, la Universidad, las comunicaciones postales o el ferrocarril, por poner tan solo algunos ejemplos.

En el contexto español, que se ha esbozado con toda brevedad, se pone de manifiesto cómo la regulación económica ha sufrido una importante transformación desde la aprobación del texto constitucional. Ello no significa de modo necesario que la regulación haya disminuido en términos cuantitativos (número de normas vigentes), sino que se ha adaptado a la complejidad percibida del sistema económico¹². Es de notar que con frecuencia la privatización de monopolios da lugar a un aumento en la regulación. Un monopolio en mano pública no necesita ser gobernado por normas jurídicas, pues bastan las instrucciones directas de los responsables

¹⁰ El Consejo previsto en el artículo 131.2 es de los escasísimos órganos mencionados en la Constitución que no ha visto la luz —ni es previsible que la vea—. Sobre la crisis de la planificación económica en el constitucionalismo comparado puede consultarse el resumen de Martín BASSOLS COMA, en los *Comentarios a la Constitución Española de 1978* dirigidos por Óscar ALZAGA VILLAAMIL, T. X, págs. 145-153.

¹¹ Véase una interesante defensa de las privatizaciones como elemento favorecedor del Estado social en Antonio TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid, 1997, págs. 97-104.

¹² José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*, Zaragoza, 1993, pág. 9.

políticos correspondientes. Por ello coexistían con frecuencia monopolios públicos con escasísima regulación normativa. Además, la apertura de un monopolio a inversores, indisociable de la privatización, exige para la valoración de las empresas la definición clara de las reglas del sector en las que operará el antiguo monopolio al ser privatizado¹³.

En este panorama de la regulación económica, los poderes públicos han tomado conciencia de la enorme influencia de la tecnología sobre los sectores económicos y la constante variación que los mercados experimentan. Por ello, la regulación no puede ser ya un esquema rígido para toda la economía nacional —como era la planificación—, ni tampoco basta con frecuencia un pequeño conjunto de normas que sustituya la acción de los antiguos monopolios. Los delicados equilibrios en los que se encuentran diversos sectores económicos exigen una gran agilidad para dar respuesta a los conflictos que puedan surgir entre las distintas empresas, o entre éstas y el conjunto de los consumidores o usuarios. No es fácil, así, por poner algún ejemplo, determinar el alcance del servicio universal en determinados ámbitos, ni el acceso a infraestructuras compartidas, ni la financiación de redes públicas o abiertas a distintos competidores. En cualquier caso, parece obvio que la respuesta a estas y a otras cuestiones similares requiere una gran especialización técnica, una considerable objetividad y una acción sumamente flexible y de escasa permanencia en el tiempo.

Con la finalidad de articular este tipo de regulaciones se crearon en España, desde principios de los años ochenta, algunas entidades administrativas especializadas que convencionalmente podemos denominar agencias o autoridades administrativas independientes, inspiradas en la práctica estadounidense.

II. ORIGEN Y DESARROLLO DE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES

De lo expuesto hasta el momento se infiere ya una premisa: no toda regulación económica exige una agencia reguladora independiente. También es cierto lo opuesto: no toda agencia administrativa independiente tiene que desarrollar facultades reguladoras. Existen, en efecto, algunas entidades de este tipo que se limitan a prestar un servicio, como puede ser la British Broadcasting Corporation.

Sin embargo, las características de las agencias administrativas independientes son particularmente apropiadas para asumir la regulación económica de un sector determinado¹⁴. De hecho, la casi totalidad de las agen-

¹³ Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid, 1993, pág. 247.

¹⁴ Aunque la dependencia o independencia sea más una gradación compleja que una característica que se posee o no. En Derecho español puede verse a este respecto el artículo de José ORTIZ MALLOL, «La relación de independencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas», núm. 163 de esta REVISTA (2004), pág. 245. Luis Alberto POMED SÁNCHEZ acuñó el término «escala de la independencia» —«Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes», núm. 132 de esta REVISTA (1993), pág. 118—.

cias independientes tienen un componente regulatorio importante¹⁵. Su pretendida «neutralidad» política¹⁶, su teórica invulnerabilidad frente a las alabanzas o críticas de las empresas sujetas a regulación, su carácter especializado, la posibilidad de tener un personal con sólida formación en el sector, la continuidad en el tiempo de su acción pese a los cambios políticos que puedan verificarse y la facultad de adoptar decisiones sin refrendo externo hacen de las agencias administrativas independientes entidades u órganos de innegable utilidad para desarrollar funciones reguladoras. Por supuesto, como se verá en las páginas que siguen, la experiencia estadounidense demuestra algunos aspectos no tan brillantes de estas entidades.

Las agencias administrativas independientes nacieron en Estados Unidos a finales del siglo XIX. Un breve relato de su origen puede ayudar a comprender su alcance y a situar la cuestión de su independencia¹⁷.

El contexto en el que hay que situar la creación de las primeras agencias de este tipo viene caracterizado por una sociedad en la que la industrialización estaba aportando nuevas tecnologías, con una Administración federal pequeña¹⁸ fuertemente influida por los cambios políticos¹⁹.

En el caso del ferrocarril, la vieja aplicación del Common Law por los Tribunales no había podido resolver satisfactoriamente los nuevos problemas (como el del sistema tarifario). Las resoluciones judiciales hacen siempre referencia a hechos pasados y las reglas que pueden proyectar sobre el futuro están condicionadas por las circunstancias concretas que las propiciaron, no siempre de fácil interpretación. Los intentos legislativos tampoco tuvieron éxito por su excesiva generalidad y rigidez, en tanto que la Administración carecía de medios y de personal experto para afrontar la cuestión.

Ante la necesidad de proporcionar una regulación razonable se fueron creando por diversos Parlamentos estatales ciertas Comisiones ferroviarias. A partir de la de Illinois (1871), los poderes de estas Comisiones en asuntos como la seguridad del tráfico y las tarifas se reforzaron, al tiempo que se les confería una notable independencia respecto del Gobernador del Estado.

¹⁵ «El núcleo duro del fenómeno de las autoridades independientes lo forman las llamadas autoridades reguladoras, cuya función consiste en regular sectores de especial trascendencia económica o social y asegurar su correcto funcionamiento». María SALVADOR MARTÍNEZ, *Autoridades independientes*, Barcelona, 2002, pág. 30.

¹⁶ Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, Madrid, 1994, pág. 29.

¹⁷ En castellano puede consultarse la obra de Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La Administración por agencias en los Estados Unidos de América*, Madrid, 1995, págs. 98-117. En inglés, Robert CUSHMAN, *The Independent Regulatory Commissions*, New York, 1972, págs. 37-65; Stephen G. BREYER y Richard B. STEWART, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Boston, 1992, págs. 16-20; Marver H. BERNSTEIN, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton, 1955, págs. 16-19; Cass R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge (Mass.), 1990, pág. 19.

¹⁸ En 1884 trabajaban para la Administración federal 131.000 personas, según datos de la página web del Departamento de Estado de los Estados Unidos (www.usinfo.state.gov).

¹⁹ En 1883 se aprobó la Pendleton Act, que creó la Civil Service Commission, con lo que comenzó a abandonarse el régimen denominado *spoils system*, por el que se atribuían los oficios públicos a personas afines al partido ganador de las elecciones.

Sin embargo, los problemas más serios se generaron por los ferrocarriles que excedían de los límites de un Estado determinado. Los intentos de los Estados de regular también estos fenómenos fueron frenados por el Tribunal Supremo federal, que determinó que eran incompetentes en un caso de 1886 que afectaba precisamente al Estado de Illinois²⁰. Al año siguiente se aprobó por el Congreso federal la Interstate Commerce Act, que reguló extensamente los ferrocarriles interestatales y creó la Interstate Commerce Commission (ICC en acrónimo), primera agencia reguladora federal independiente. En efecto, la ICC estaba compuesta por cinco comisarios, nombrados por el Presidente de los Estados Unidos con el acuerdo del Senado, de los que no más de tres podían pertenecer a un mismo partido político. Para garantizar su independencia se tasaban expresamente las causas por las que el Presidente de los Estados Unidos podía cesar a un comisario.

Sería muy prolijo, y probablemente inconveniente para el propósito introductorio de estas páginas, realizar un análisis de la historia de las agencias administrativas independientes en los Estados Unidos. Baste decir que, tras algunas creaciones a principios del siglo xx (en 1913, el Board of Governors of the Federal Reserve System y, en 1914, la Federal Trade Commission), experimentaron un desarrollo extraordinario con el New Deal, de la mano del Presidente Franklin D. Roosevelt. El *crack* de 1929 tuvo una lectura en clave de teoría económica, pero también la tuvo en clave de política regulatoria. Se apreció que de haber existido una estructura administrativa verdaderamente especializada y profesional, tal vez, la crisis hubiera podido atenuarse. Por este motivo se creó en 1934 la Securities & Exchange Commission (1934), a la que siguieron la Federal Communications Commission (1934) y el National Labor Relations Board (1935). El último impulso creador tuvo lugar en los años setenta, en los que se puede mencionar a la Nuclear Regulatory Commission (1974) y a la Federal Energy Regulatory Commission (1977)²¹. La aproximación en los años noventa fue relativamente revisionista de las agencias administrativas independientes. Varias de ellas fueron suprimidas, como la Civil Aviation Board e incluso la decana, la Interstate Commerce Commission²². Los poderes presidenciales se reforzaron en algunos casos²³.

El desarrollo de las agencias administrativas independientes no alcanzó sólo a los Estados Unidos²⁴. En el Reino Unido, por ejemplo, donde

²⁰ *Wabash, St. L. & P. Ry. Co. v. People of Illinois*, 118 US 557 (1886).

²¹ Se utilizarán los siguientes acrónimos para las seis últimas agencias citadas, respectivamente: FTC, SEC, FCC, NLRB, NRC y FERC.

²² La ICC Termination Act, de 1995, sustituyó a esta agencia por el Surface Transportation Board, no independiente y ligado a la Secretaría de Transportes.

²³ Executive Order 12.886 (1993), del Presidente W. Clinton.

²⁴ Desde una perspectiva crítica con estas agencias, Artemi RALLO LOMBARTE habla de una «eclosión de administraciones independientes en Europa» (*La constitucionalidad de las administraciones independientes*, Madrid, 2002, pág. 54). En este trabajo, el autor advierte con gran sensatez sobre la inoportunidad de trasladar de manera más o menos automática instituciones estadounidenses a Europa, por las grandes diferencias que existen en cuanto al ordenamiento administrativo (págs. 58-63).

existía una larga tradición de entidades más o menos independientes, se sistematizó la figura y se acuñó, en 1978, el término *quasi autonomous non governmental organization* (QUANGO en acrónimo), proliferando considerablemente. En particular, en 1979 se constituyó la llamada *efficiency unit*, que durante nueve años trabajó para dar a la luz pública el llamado *Ibbs report* (o también *Next steps report*), que postuló un incremento notable de los QUANGOS y la privatización de diversos servicios²⁵.

En Francia nacen en los años setenta²⁶ del siglo xx las llamadas *Autorités Administratifs Indépendants*, aunque el primer gran precedente hay que buscarlo unos años atrás, en 1967, con la creación de la Commission des Opérations de Bourse (COB), con notable influencia de la SEC estadounidense. En 1978 se utilizó en una ley el término *Autorités Administratifs Indépendants*, a propósito del nacimiento de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), y el crecimiento de estas entidades ha seguido desde entonces.

También en España se establecieron agencias administrativas independientes a partir de 1980, con el Consejo de Seguridad Nuclear²⁷ como primera de ellas. Pertenecen a esta categoría el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores²⁸, la Agencia de Protección de Datos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones²⁹ y el Tribunal de Defensa de la Competencia³⁰. Otras varias son discutidas, sea por faltar un rasgo clave de la independencia³¹, sea porque se limitan a prestar un servicio y no a regular³².

La propia Unión Europea ha hecho uso de la técnica de las agencias administrativas independientes para regular la política monetaria (Banco Central Europeo). Sin embargo, en la Unión ha existido una tradicional resistencia a la creación de agencias reguladoras independientes, en parte por una lectura estrecha del artículo 7.1 del Tratado de la Comunidad Eu-

²⁵ En el período 1988-1994 se crearon, de acuerdo con los postulados del informe citado, más de cien agencias tipo QUANGO.

²⁶ En opinión del Consejo de Estado francés, el fenómeno se remonta a los años cincuenta del siglo xx (María SALVADOR MARTÍNEZ, *ob. cit.*, págs. 191-195).

²⁷ El propio artículo 1.1 de la Ley 15/1980, de 22 de abril, que lo creó, proclama su independencia de la Administración central del Estado. Cfr. Fernando LÓPEZ RAMÓN, «El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente», núm. 126 de esta REVISTA (1991), pág. 189.

²⁸ Véase Elisenda MALARET, «La Comisión Nacional del Mercado de Valores (una aproximación a su configuración institucional)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 76 (1992), pág. 557.

²⁹ Ricardo ALONSO SOTO, «Los Organismos Reguladores y la Defensa de la Competencia: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones v. Autoridades de Defensa de la Competencia», en José María BENEYTO PÉREZ (dir.), *Regulación y Competencia en Telecomunicaciones*, Madrid, 2003, pág. 337.

³⁰ Su consideración como tal es clara después de que la Ley 24/2001 le concediera personalidad jurídica propia.

³¹ La Comisión Nacional de la Energía, y precisamente porque no queda claro si los consejeros pueden ser cesados libremente por el Gobierno, sin aducir causa especial: véase disposición adicional 11, primero, 5, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, reguladora del sector de hidrocarburos.

³² Como las Universidades y el Ente Público Radiotelevisión Española. Cfr. María SALVADOR MARTÍNEZ, *supra*, págs. 259, 267-270.

ropea³³, en parte por una jurisprudencia limitativa del Tribunal de Justicia de la Unión³⁴, en parte por la resistencia de la Comisión a perder poderes, y en parte por la aproximación predominantemente legislativa de las instituciones europeas, que con frecuencia confiere la ejecución a los Estados miembros³⁵. El resultado ha sido que la única agencia europea con garantía jurídica de su independencia es el Banco Central Europeo³⁶, pues las restantes dependen de los Estados miembros o de la Comisión, aunque tengan ciertos poderes regulatorios³⁷. La tendencia, sin embargo, puede ser más favorable a la existencia de agencias administrativas con mayores grados de independencia, tal vez coexistiendo con las estatales³⁸. Es de notar que varias de las agencias estatales han sido promovidas en su independencia, más o menos directamente, por el Derecho comunitario³⁹.

Dentro del vasto panorama de las agencias administrativas independientes existe una importante discusión en Derecho público estadounidense sobre el significado exacto de la independencia y sus consecuencias jurídicas y políticas. Ante la imposibilidad de abordar la entera discusión, se propone examinar un estudio *global* en cuanto al objeto, de manera que no se limite a una sola agencia administrativa independiente, sino que comprenda todas, aun a riesgo de generalizar. Como ya se ha avanzado, serán especialmente analizados los *responsables máximos de las agencias y del Poder Ejecutivo*. Aunque cabe hablar de independencia respecto de los Poderes Legislativo⁴⁰ y Judicial, los principales problemas teóricos y prácticos se plantean en relación al Ejecutivo. Dentro de éste interesa acotar la materia de estudio en el Presidente de los Estados Unidos —y no en autoridades inferiores—, por su peculiar posición constitucional. A su vez, la independencia de las agencias se manifiesta de muchos modos, pero parecía conveniente limitarse a la independencia de los responsables máximos (que, a

³³ «La realización de las funciones asignadas a la Comunidad corresponderá a: un Parlamento Europeo, un Consejo, una Comisión, un Tribunal de Justicia, un Tribunal de Cuentas. Cada institución actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado». Este precepto no afecta al Banco Central Europeo, que tiene su legitimidad en otro precepto del propio Tratado (art. 8).

³⁴ Asunto 9/56, *Meroni v. High Authority* (1957-1958), R. 133. Según Giandomenico MAJONE, en la actualidad se ha de entender *de facto* revocada la doctrina de esta sentencia («Functional Interests: European Agencies», en John PETERSON y Michael SHACKLETON, *The Institutions of the European Union*, 2002, pág. 306).

³⁵ Puede verse Giandomenico MAJONE, *supra*, págs. 302-304.

³⁶ MAJONE, *supra*, pág. 300.

³⁷ Como la Agencia Europea para la Evaluación de los Medicamentos. Los poderes regulatorios son más escasos en las recientes Agencia Europea de Seguridad Aérea (creada por Reglamento CE 1592/2002, de 7 de septiembre de 2002) y Agencia Europea de Seguridad Marítima (creada por Reglamento CE 1406/2002, de 27 de junio de 2002).

³⁸ Cfr. MAJONE, *supra*, págs. 321-324. Una muestra puede ser la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, creada por Reglamento CE 178/2002, de 28 de enero de 2002, con considerable independencia aunque con casi inexistentes poderes regulatorios.

³⁹ Así, muy claramente, con los Bancos Centrales nacionales (art. 108 del Tratado de la Comunidad Europea), pero también con las agencias de protección de datos (Directiva 95/46/CEE).

⁴⁰ La posibilidad de destitución parlamentaria de responsables nombrados por el Presidente está severamente limitada por el Tribunal Supremo en el caso *Bowsher, Comptroller General of the United States, v. Synar, Member of Congress, et al.*, 478 US 714 (1986).

efectos convencionales, se identifican con los nombrados por el propio Presidente). La independencia de los responsables de nivel inferior de las agencias tiene mucho menos interés, porque en definitiva siempre están subordinados a sus superiores jerárquicos en la propia agencia. Son los responsables máximos quienes ostentan el mayor nivel de discrecionalidad en el ejercicio de sus atribuciones (con la dificultad de evaluación que ello conlleva) y quienes tienen mayor relevancia en la toma de decisiones públicas en los Estados Unidos. A lo largo de este texto los denominaremos en ocasiones «comisarios», pues normalmente integran el órgano colegiado que rige la agencia —y que suele denominarse *commission* o *board*.—

Por último, nos ocuparemos principalmente de un rasgo clave en la independencia, como es el *poder de destitución del Presidente de los Estados Unidos sobre los máximos responsables de las agencias*. Este rasgo es percibido como el fundamental para determinar si una agencia es o no independiente, a juicio de una buena parte de la doctrina estadounidense⁴¹. El nombramiento de los comisarios no tiene tanto interés ni ha dado lugar a discusiones de gran intensidad. Aunque se mencionará más adelante, como afectado por el poder de destitución, baste señalar que suele estar atribuido al Presidente con el acuerdo del Senado.

Por lo demás, no interesa tanto un examen de la cuestión en sí misma (el poder presidencial de destitución) cuanto su utilización como vía para explicar: 1) el complejo fenómeno de equilibrios de poder presente en la variada realidad política y administrativa de los Estados Unidos, y 2) los efectos de la independencia sobre la actividad y organización de la agencia. La primera perspectiva puede denominarse convencionalmente constitucional y tiene una gran importancia, pues se ha cuestionado con argumentos no desdeñables la propia inserción de las agencias administrativas en el esquema trazado por la Norma Fundamental. La segunda perspectiva puede denominarse administrativa, y comprende el estudio del funcionamiento interno y la estructura de las agencias, que, como se verá, pueden ser profundamente afectados por la independencia respecto del Presidente.

⁴¹ Robert CUSHMAN, *supra*, pág. 454; Bernard SCHWARTZ, *The professor and the Commissions*, New York, 1949, pág. 48; Kenneth C. DAVIS y Richard J. PIERCE, *Administrative Law Treatise*, 3.^a ed., 1994, vol. I, pág. 46; Reginald PARKER, «The Removal Power of the President and the Independent Administrative Agencies», 36 *Indiana Law Review*, 63, 65 (1960). Por lo demás, la posibilidad de nombrar (y, por tanto, cesar) a la mayoría de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa por parte de los poderes públicos es uno de los tres criterios empleados por las Directivas europeas para definir la empresa pública (Directivas 80/723/CEE y 93/38/CEE). En España, desde los primeros estudios sobre agencias administrativas independientes se puso de manifiesto que la inamovilidad era un requisito indispensable: José Manuel SALA AROQUER, «El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 42 (1984), pág. 411, y Enrique GARCÍA LLOVET, «Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho», núm. 131 de esta REVISTA (1993), pág. 106. Véanse también María SALVADOR MARTÍNEZ, *supra*, pág. 306, y Artemi RALLO LOMBARTE, *supra*, pág. 275.

III. LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

El poder de destitución que puede ostentar el Presidente sobre las agencias administrativas no se comprende sin una referencia al esquema del poder político derivado de la Constitución de los Estados Unidos. Como es sabido, esta norma contiene dos aspectos clave: da lugar al nacimiento de un poder compartido y lo dota de legitimidad democrática. Ambos aspectos fueron absolutamente pioneros en el constitucionalismo comparado.

La teoría de separación de poderes es muy visible en el breve articulado de la Norma Fundamental, y trataba de evitar (según la formulación clásica) una acumulación de poder que pudiera llevar a un poder absoluto sobre los ciudadanos o los Estados. Hace referencia a la *organización* política.

La legitimidad democrática se predica no sólo del Legislativo, sino también del Ejecutivo, a través de un sistema de elección indirecto. Hace referencia a la *representación* política.

Desde ambos aspectos, las agencias administrativas independientes han sido controvertidas.

1. *Aproximación estructural: el principio de separación de poderes*

El Tribunal Supremo federal tiene una larga trayectoria de interpretación de las leyes de creación de las agencias administrativas independientes. La jurisprudencia puede ser comprendida como la evolución desde una concepción estática del principio de separación de poderes a una concepción dinámica. Ambas tienen su fundamento y merecen un análisis. El punto de partida es la «heterodoxia» de las agencias administrativas independientes en el esquema de los tres poderes establecido por la Constitución. Realmente, su inserción en cualquiera de ellos es compleja, y ello ha ocasionado —y sigue ocasionando— fricciones no pequeñas, principalmente con el Poder Ejecutivo.

a) *La concepción estática de la separación de poderes.*

En los litigios de finales de siglo XIX y principios del XX, la línea jurisprudencial respecto del relevo de los comisarios era relativamente fortalecedora de la posición del Presidente de los Estados Unidos. Sin llevar a cabo grandes explicaciones, mantenía que los poderes de remoción provenían directamente de la Constitución federal. Las agencias independientes eran una creación relativamente novedosa, las normas de creación de las agencias aún imperfectas⁴² y la tendencia, tal vez implícita en las decisiones, era englobarlas en el Ejecutivo.

⁴² En ocasiones, ni siquiera señalaban plazo de duración para el nombramiento. Véase *Shurtleff v. United States*, 189 US 311 (1903).

A partir de 1926, el Tribunal Supremo federal comienza a realizar una elaborada interpretación del principio de separación de poderes, tendente a situar explícitamente a las agencias dentro del esquema tripartito de la Constitución federal. Tras un examen detenido de la agencia en cuestión, el Tribunal Supremo decidía si podía considerarse o no Poder Ejecutivo en función de los cometidos desarrollados. De esta conclusión se extraía la posibilidad o imposibilidad constitucional de limitar por ley los poderes del Presidente⁴³. El Congreso podía operar esta limitación exclusivamente en agencias situadas *fuera del Ejecutivo*, pues en el seno de éste la Constitución otorgaba al Presidente —según la interpretación del Tribunal— el poder irrestricto de sustituir a los máximos responsables. Así, por ejemplo, la Federal Trade Commission era considerada como externa al poder ejecutivo, pues acumulaba importantes competencias normativas y judiciales, con lo que el Congreso podía limitar válidamente las facultades presidenciales de remoción y el Presidente debía atenerse a ellas⁴⁴.

Esta línea jurisprudencial implicaba una legitimación de las agencias como depositarias de unas potestades excepcionales, no sólo ejecutivas, pero obedecía a una concepción discutible de la separación de poderes. Sin embargo, puede considerarse la línea imperante hasta 1986⁴⁵.

La concepción de la separación de poderes empleada por el Tribunal Supremo en esta serie de casos se puede catalogar de «sustantiva», pues parte de que ciertos cometidos públicos son sustancialmente ejecutivos, o legislativos, o judiciales. Ahora bien, este sustantivismo no se corresponde con el entendimiento que tuvieron del principio los autores de la Constitución federal⁴⁶, ni con la primitiva práctica política estadounidense⁴⁷, ni tampoco con la teoría política y constitucional de la Gran Bretaña del siglo XVIII⁴⁸. Su origen probable es una lectura superficial de John LOCKE, que acudía al «estado de naturaleza» para delimitar cada uno de los «poderes» que define (legislativo, ejecutivo y federativo)⁴⁹.

Por lo demás, la búsqueda por parte del Tribunal Supremo de la sustancia del Poder Legislativo o Ejecutivo o Judicial es difícil de mantener desde un punto de vista teórico, pues no es posible definir con exactitud la tarea propia de cada uno de los tres poderes.

Por último, la separación de poderes nunca se concibió como un valor

⁴³ Véanse *Myers, Administratrix, v. United States*, 272 US 52 (1926), y *Wiener v. United States*, 357 US 349 (1958).

⁴⁴ *Humphrey's Executor v. United States*, 295 US 602 (1935).

⁴⁵ *Bowsher v. Synar*, *supra*.

⁴⁶ James MADISON, *The Federalist*, 47, págs. 314-316, de la edición de Sherman F. MITTELL, Washington, DC, s.d.; William B. GWYN, «The Indeterminacy of the Separation of Powers in the Age of the Framers», 30 *William & Mary Law Review*, 263 (1989).

⁴⁷ Gordon WOOD, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, New York, 1972, pág. 157; Gerhard CASPER, «An Essay on Separation of Powers: Some Early Versions and Practices», 30 *William & Mary Law Review*, 211 (1989), págs. 216-217; Philip B. KURLAND, «The Rise and Fall of the "Doctrine" of Separation of Powers», 85 *Michigan Law Review*, 592 (1986), pág. 594.

⁴⁸ J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 3.^a ed., Worcester, 1990, pág. 238.

⁴⁹ John LOCKE, *Two Treatises of Government*, II, cap. IX, núm. 128, págs. 370-383, de la ed. de Peter LASLETT, 1980.

absoluto, sino como una técnica de construcción política para evitar la tiranía. El énfasis no puede establecerse, por tanto, en los límites entre los poderes, sino en los contrapesos y controles recíprocos.

b) *La concepción dinámica de la separación de poderes.*

A lo largo del siglo xx, diversos votos particulares en sentencias del Tribunal Supremo federal fueron abriendo paso a una interpretación diferente de la separación de poderes, que se impuso finalmente en 1988⁵⁰.

La enorme complejidad de la sociedad y la economía estadounidenses de finales del siglo xx no permitía una rígida compartimentación de los poderes de la Federación ni, por tanto, posibilitaba la excepcionalidad de las agencias administrativas independientes que estaba en la base de la concepción estática. Lo relevante para el sistema político no era tanto el que una agencia administrativa saliese o no del ámbito del Poder Ejecutivo por la naturaleza de las funciones desempeñadas, excluyéndose así de los poderes presidenciales. Lo relevante era si con la creación de esa agencia independiente se estaba afectando al equilibrio entre los tres poderes querido por la Constitución federal.

Sin embargo, la concepción dinámica posee también elementos de innegable debilidad.

En primer lugar, la incertidumbre. Si difícil resultaba definir la sustancia del Poder Ejecutivo, no lo es menos determinar el significado preciso del equilibrio entre los tres poderes. ¿Cuándo —si alguna vez— puede entenderse que la creación de una agencia independiente rompe el equilibrio constitucional entre los tres?

En segundo lugar, la dinámica política se funda en un constante equilibrio y reequilibrio entre los poderes. Con frecuencia, a una decisión que supone un fortalecimiento de uno de ellos —por ejemplo, del Ejecutivo— responde el Legislativo con un nuevo mecanismo⁵¹. Esta dinámica, tan compleja y tan cambiante, hace que la intervención judicial pueda sustraer al proceso político lo que de otra manera se hubiese resuelto de forma sencilla.

Por último, algunos autores afirman, en contraposición con la dinámica política de reequilibrio que se acaba de mencionar, que a lo largo de toda la historia política estadounidense siempre ha primado un poder sobre los demás: el Congreso en la última parte del siglo xix, los Tribunales en el primer tercio del xx y la Presidencia desde Roosevelt hasta nuestros días. Si esto tiene su verosimilitud, jamás la acción del Tribunal Supremo podrá lograr una vuelta a un equilibrio inexistente, por más que fortalezca o limite los poderes presidenciales sobre las agencias independientes.

En conclusión, del examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

⁵⁰ *Morrison, Independent Counsel, v. Olson et al.*, 487 US 654 (1988); *Mistretta v. United States*, 488 US 361 (1989).

⁵¹ James Q. WILSON, *Bureaucracy*, New York, 1989, pág. 259.

federal sobre la materia cabe concluir que el Congreso goza de amplia discrecionalidad a la hora de limitar los poderes del Presidente en relación al cese de los máximos responsables de las agencias. Resulta complejo que el Tribunal Supremo federal los considere causantes de un desequilibrio entre el Legislativo y el Ejecutivo contrario a la Norma Fundamental. La jurisprudencia es sensible hacia la oportunidad de independencia de las agencias administrativas, cuando ha sido así determinado por el legislador.

2. *La legitimidad democrática: el principio de responsabilidad política*

En la sociedad actual cobran cada día más importancia la transparencia y la rendición de cuentas. Esta tendencia, que tiene sus manifestaciones en diversos ámbitos, como el gobierno de las sociedades, corresponde en teoría política con la legitimidad democrática. Como se verá, viene afectada de una doble manera por las agencias administrativas independientes. En primer lugar, en relación a la responsabilidad política del Presidente de los Estados Unidos. En segundo lugar, respecto de las propias autoridades de las agencias.

a) *Responsabilidad política del Presidente de los Estados Unidos.*

El electorado de los Estados Unidos, ante el que responde el Presidente, tiene un desconocimiento generalizado sobre sus poderes en relación a las agencias administrativas independientes. Diversas encuestas ponen de manifiesto el escaso dominio de la Constitución por parte de la ciudadanía⁵². Puede afirmarse que la gran mayoría de los titulares del derecho activo de sufragio tiene una idea muy básica de las responsabilidades presidenciales.

Así las cosas, la responsabilidad política *real* del Presidente se extiende probablemente al conjunto de la acción de las agencias administrativas, independientes o no. La limitación jurídica de sus poderes no le exime, en la acción política, de rendir cuentas sobre ellas al electorado.

De este modo, las agencias administrativas pueden ser independientes en términos jurídicos respecto del Presidente, pero, paradójicamente, el Presidente es dependiente de las agencias en términos de responsabilidad política.

Cabe, por tanto, concluir que la limitación de los poderes presidenciales en relación con las agencias puede tener ventajas en diversos órdenes, pero supone un deterioro del proceso de responsabilidad democrática del Presidente y, por tanto, del sistema político en su conjunto.

⁵² Robert BAKER, «The Times Poll; Nation Divided on What Law Should Allow», *Los Angeles Times*, 14 de diciembre de 1991, pág. A-28; The Hearst Corporation, *The American Public's Knowledge of the US Constitution*, 1987.

b) *Responsabilidad política de las autoridades de las agencias administrativas independientes.*

Las autoridades de las agencias administrativas independientes no son elegidas por los ciudadanos. Ello no quiere decir que carezcan de toda responsabilidad política, sino que ésta es mediata y se ventila siempre ante los representantes elegidos por la ciudadanía (Presidente o miembros del Congreso)⁵³. Se ha de recordar que el único poder independiente con legitimidad propia no democrática es el Judicial, al estar basado en una decisión explícita del Constituyente.

Desde luego, el Congreso tiene numerosas vías para exigir responsabilidades a las autoridades máximas de las agencias administrativas, por mucha que sea su independencia. Además del ejercicio del poder legislativo para derogar o modificar la ley de creación, el Congreso decide la financiación de las agencias y puede controlarlas mediante sus Comisiones, permanentes o de investigación.

Indudablemente, la responsabilidad política de las autoridades de las agencias administrativas disminuye con la independencia. Esta disminución puede dar lugar, en alguna ocasión, a que la agencia sufra lo que se denomina «captura» por parte de la industria que regula.

La «captura» de la agencia administrativa supone que el sector empresarial objeto de regulación ejerce una influencia desproporcionada sobre ella, que de este modo se olvida en parte su responsabilidad ante toda la ciudadanía y pasa a responder, en el caso extremo, ante el sector empresarial⁵⁴. No es el momento de tratar este fenómeno, que desbordaría los límites de estas páginas. Baste dejar constancia de que no es exclusivo de las agencias administrativas independientes⁵⁵. La peculiaridad de éstas radica en que, verificada la «captura», resulta mucho más difícil de eliminar por parte del Presidente o del Poder Legislativo.

Por estos motivos, algunos autores abogan por reducir la independencia respecto del Presidente de los Estados Unidos, de manera que el principio democrático de responsabilidad política se favorezca⁵⁶.

⁵³ Pueden consultarse, desde una perspectiva comparada, las reflexiones de Nino LONGOBARDI, «Autorités Administratifs Indépendants et Position Institutionnelle de l'Administration Publique», *Revue Française de Droit Administratif*, 11, 1995, pág. 387.

⁵⁴ Marver H. BERNSTEIN, *supra*, págs. 74-102; Bernard SCHWARTZ, *supra*, págs. 48-50; Pendleton E. HERRING, *Public Administration and the Public Interest*, New York, 1936, págs. 296-308.

⁵⁵ Louis L. JAFFE, «The Independent Agency-A New Scapegoat», 65 *Yale Law Journal*, 1068 (1956), pág. 1074.

⁵⁶ Cass SUNSTEIN, *supra*, pág. 107.

IV. LA PERSPECTIVA ADMINISTRATIVA

En este capítulo se abordará cómo afecta la independencia a la vida de la agencia. En una primera parte se tratará de sus efectos sobre la actividad que desarrolla mediante procedimientos administrativos, en tanto que una segunda parte se centrará en los efectos sobre su desenvolvimiento en campos diversos (estructura, presupuesto y personal, entre otros).

1. *La actividad procedimental de la agencia: rule making y adjudication*

Desde el punto de vista procedimental, toda la actividad de las agencias administrativas puede dividirse en *rule making* y *adjudication* de acuerdo con la Administrative Procedure Act (APA en acrónimo), aprobada en 1946, aunque modificada en distintas ocasiones. Los términos carecen de una correspondencia exacta en Derecho español. El primero puede traducirse por «poder normativo», con algunas reservas, y el segundo por el «poder de aplicación de las normas», con más reservas aún⁵⁷.

En la actualidad resulta incontrovertido que los tres poderes producen normas —no sólo el Legislativo— y que los tres poderes las aplican —no sólo el Judicial—. Sin embargo, en las agencias administrativas se dan con frecuencia ambos fenómenos con una intensidad única. En rigor, la diferencia entre el poder normativo y el aplicativo de las normas no es tan sencilla para las agencias, pues el Derecho estadounidense pivota en torno a los conceptos legales de *rule* (regla) y *order* (orden), no siempre claros por más que estén definidos⁵⁸.

Con carácter general, la necesidad de independencia de las autoridades de las agencias crece en importancia cuanto mayor sea el componente de *adjudication*, sobre todo si se trata de decidir controversias⁵⁹. Aunque no viene exigido por la cláusula constitucional del *due process* (enmiendas V y XIV), parece imprescindible que quienes sean llamados a juzgar no puedan ser removidos por el Presidente salvo en casos tasados.

⁵⁷ Según la Administrative Procedure Act, *rule making* significa «agency process for formulating, amending or repealing a rule», en tanto que *adjudication* significa «agency process for the formulation of an order».

⁵⁸ Bernard SCHWARTZ, *Administrative Law*, 3.^a ed., Boston, 1991, págs. 163-167. Según la APA, *rule* significa «the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or describing the organization, procedure, or practice requirements of an agency and includes the approval or prescription for the future of rates, wages, corporate or financial structures or reorganizations thereof, prices, facilities, appliances, services or allowances therefor or of valuations, costs, or accounting, or practices bearing on any of the foregoing». *Order*, según el mismo texto legal, se define como «the whole or a part of a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form, of an agency in matter other than rule making but including licensing».

⁵⁹ La Administrative Procedure Act no contempla la controversia como categoría procedimental, pero sí los procedimientos de aplicación de las normas *on the record*, que por lo común coinciden con los sujetos a controversia. Sí contempla la independencia del juez de Derecho administrativo que pertenece a una agencia.

Por el contrario, el mayor componente normativo hace menos necesaria la independencia. En efecto, el que las normas sean públicas, con un cierto grado de abstracción y de participación de los afectados en su aprobación⁶⁰, hace que la eventual parcialidad sea más visible.

El problema que con frecuencia afrontan las agencias administrativas es la acumulación de todos los poderes en el órgano colegiado máximo. En estos casos, si los poderes presidenciales de destitución no están limitados, se impone una división interna que otorgue un estatuto especial a los comisarios llamados a decidir controversias. Este modelo se ha aplicado en algunas ocasiones, pero dista mucho de estar extendido en Derecho federal⁶¹. La norma sigue siendo que el órgano colegiado es el único depositario de todos los poderes delegados por el Congreso. Su partición exige una profunda modificación de la ley de creación en cada caso.

La principal objeción que surge al tratar de dividir los responsables máximos de las agencias en dos órganos consiste en la descoordinación interna que puede darse. Para evitarla caben diversas fórmulas, como que las facultades de *prosecution* ante la división de *adjudication* se confíen a la división encargada del *rule making* y de la *adjudication* en materias no controvertidas. También puede establecerse una opinión consultiva de aquélla ante proyectos de normas de ésta.

La división interna de las agencias administrativas que se postula supone un viejo eco del principio de separación de poderes, pues implica establecer una serie de contrapesos internos que eviten una excesiva acumulación de poder en manos de las mismas autoridades.

2. Efectos de la independencia sobre otros aspectos de la agencia

La independencia, configurada como la limitación de los poderes presidenciales de destitución, afecta a las agencias en una rica diversidad de campos, mucho más allá del procedimental. A continuación se hará una somera reflexión sobre cuatro efectos de la independencia, dos más favorables y dos más desfavorables. Finalmente, se abordarán los *restantes* poderes del Presidente, más allá del de destitución de los comisarios, que se ven afectados por las limitaciones de éste.

Un efecto consustancial con la independencia es la menor *influencia de la política en la acción de la agencia*. Es, precisamente, el principal efecto buscado. Se ha de notar que la regulación legal del poder de remoción «no

⁶⁰ Juan José LAVILLA RUBIRA, *La participación pública en el proceso de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Madrid, 1991.

⁶¹ Richard H. FALLON, «Enforcing Aviation Safety Regulations: The Case for a Split-Enforcement Model of Agency Adjudication», 4 *Administrative Law Journal*, 389 (1991), ha detectado tres casos: la Occupational Safety and Health Administration en relación a la Occupational Safety and Health Review Commission, la Mine Safety and Health Administration en relación a la Federal Mine Safety and Health Review Commission, y la Office of Personnel Management en relación al Merit System Protection Board.

pretende impedirle sino tan sólo neutralizarla políticamente»⁶². En la base de este planteamiento se encuentra en ocasiones una concepción formalista o tecnicista de la Administración. Según la primera, se trata de una máquina que se limita a cumplir las instrucciones recibidas con toda neutralidad (en el caso de las agencias, ejecutando de manera aséptica el encargo recibido en la ley de creación). En la concepción tecnicista, aunque se reconoce que la Administración (o la agencia en cuestión) emplea la discrecionalidad, se justifica por el superior conocimiento técnico que posee, fuera del alcance de los políticos o de la ciudadanía. Ambas concepciones han sido duramente criticadas⁶³. No obstante, parece claro que el proceso político no favorece las decisiones impopulares que traen dificultades a corto plazo, aunque sean las convenientes en el medio y largo plazo. La (relativa) sustracción de una materia al juego político (piénsese, por ejemplo, en la política monetaria confiada a la Federal Reserve) puede beneficiar sensiblemente su correcta administración.

Por lo que se refiere a la *continuidad de la acción de las agencias*, no ofrece duda de que la relativa inamovilidad de sus autoridades la favorece, con lo que se garantiza una mayor estabilidad en las políticas emprendidas y en las líneas de acción en marcha. La duración media de un Ministro (Cabinet Secretary) en los Estados Unidos es de 2,1 años, para el período 1945-1977⁶⁴, probablemente insuficiente para un responsable de agencia con poderes de regulación de un sector económico. Piénsese que los sectores regulados sobre los que actúan las agencias requieren unas inversiones muy cuantiosas, que se amortizan en el largo plazo. Un marco muy estable en la regulación favorece —y abarata— las inversiones.

Sin embargo, se han señalado algunos efectos desfavorables de la independencia para la propia *eficacia de la agencia* y para su coordinación con otras.

Incluso en agencias con una sólida independencia por parte de sus autoridades máximas, entre las causas que siempre justifican un cese por parte del Presidente de los Estados Unidos están la ineficacia o la negligencia en el desempeño⁶⁵. Ahora bien, la experiencia demuestra que estos conceptos jurídicos indeterminados son muy difíciles de acreditar y, con frecuencia, impiden de hecho el cese de personas poco eficaces en sus labores directivas de las agencias. Por ello, la mayor extensión de las facultades presidenciales de cese suele defenderse como valedora de una mayor eficacia.

⁶² Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, *supra*, pág. 191.

⁶³ Gerald E. FRUG, «Does the Constitution Prevent the Discharge of Civil Service Employees?», 124 *University of Pennsylvania Law Review*, 942 (1976), págs. 1312-17 y 1331-34. En España puede consultarse Francisco José RODRÍGUEZ PONTÓN, «Gobierno, Política y Administración: elementos de debate para las “Administraciones Independientes”», *Autonomías, Revista Catalana de Derecho Público*, 24 (1999), pág. 189, sobre todo págs. 213-219. Desde una perspectiva menos crítica, véase Horst DREIER, «En torno a la “Independencia” de la Administración», *Documentación Administrativa*, 234 (1993), pág. 257.

⁶⁴ G. Calvin MACKENZIE, *The Politics of Presidential Appointments*, New York, 1981, pág. 7.

⁶⁵ Por ejemplo, según la Interstate Commerce Commission Act de 1887, antes citada, el Presidente sólo podía destituir a un comisario por «inefficiency, neglect of duty or malfeasance in office».

Algo parecido ocurre con la *coordinación entre agencias*. El Gobierno estadounidense es extraordinariamente vasto⁶⁶, con lo que surgen con frecuencia problemas de coordinación. En la medida que el poder de destitución incrementa la influencia del Presidente sobre las agencias, se facilita la coordinación entre ellas, pues con mayor facilidad puede arbitrar distintas medidas para fomentarla o evitar los conflictos —positivos o negativos.

Por último, cabe referirse a otros poderes del Presidente de los Estados Unidos sobre las agencias, que actúan de sustitutos o contrapesos, con frecuencia, del poder de destitución de los comisarios, y cuya dinámica puede ser inversamente proporcional a éste.

Las limitaciones al poder presidencial de cese afectan a otro aspecto de la vida de las agencias, cual es la *selección de las personas nombradas*. En efecto, cuanto más difícil es cesar a una autoridad, más importante se revela la lealtad para con el Presidente que la nombra. Por este motivo, la independencia de las agencias favorece la tendencia a nombrar autoridades poco independientes en su máximo nivel, al tiempo que en las agencias más dependientes el Presidente puede asumir el «riesgo» de una persona totalmente independiente de cualquier influencia presidencial. Esta afirmación ha de contrapesarse con la participación del Senado en muchos de los nombramientos de responsables máximos de agencias. No obstante, el consentimiento del Senado no parece que haya servido como un verdadero control de los méritos de los nombrados⁶⁷, ni que haya supuesto verdaderas dificultades para los Presidentes⁶⁸, y por lo demás varía enormemente en función de la mayoría de la Cámara en cada momento.

En cuanto al *acceso a la Jurisdicción*, las principales agencias independientes tienen reconocido su propio poder de postulación judicial⁶⁹. En caso contrario, es el Departamento de Justicia quien la asume (*centralized litigation*). En este supuesto, se trata de una vía más de posible influencia presidencial sobre la agencia en cuestión, que bien puede plantearse como complementaria al poder de destitución presidencial.

El poder presidencial de destitución afecta también a la *organización de las agencias*. En ellas suele existir un presidente, con frecuencia nombrado por el de los Estados Unidos de entre los comisarios⁷⁰. La mayor importancia de la presidencia de la agencia limita, sin duda, la relevancia del poder de destitución, pues la influencia de la Casa Blanca puede canalizarse a través de la preeminencia de la presidencia en cuestión.

Existen, además, otras vías por las cuales el Presidente de los Estados Unidos puede condicionar estructuralmente las agencias, que son tanto

⁶⁶ Grant MCCONNELL estima en más de 1.800 los organismos del Poder Ejecutivo (*The Modern Presidency*, 2.^a ed., New York, 1976, pág. 65).

⁶⁷ G. Calvin MACKENZIE, *supra*, pág. 117.

⁶⁸ Dorothy B. JAMES, *The Contemporary Presidency*, 2.^a ed., Indianapolis, 1976, pág. 217.

⁶⁹ Así, la Federal Reserve Board, la Federal Trade Commission (FTC), la Federal Communications Commission (FCC), la Federal Maritime Commission (FMC) y la Nuclear Regulatory Commission (NRC).

⁷⁰ Así, en la FCC, FMC, FTC, SEC, Board of Governors of the Federal Reserve System, NLRB, entre otras.

más importantes cuanto el control que el poder de destitución conlleva le esté muy restringido. En particular, el Presidente puede proponer reorganizaciones de la agencia de diversa índole, normalmente a través de la modificación de la ley de creación. Puede, por ejemplo, proponer el aumento en el número de responsables máximos de la agencia, o su propia extinción⁷¹.

Otra vía muy conocida de influencia presidencial sobre las agencias se refiere al *presupuesto*. No es necesario extenderse en su explicación. Aunque el Congreso es el responsable de dotar los créditos presupuestarios, y determinadas agencias someten directamente a él sus borradores de presupuestos, el Presidente tiene una innegable autoridad sobre la propuesta del conjunto del presupuesto y sobre su ejecución, normalmente a través de la Office for Management and Budget (OMB).

Finalmente, el Presidente de los Estados Unidos es una figura clave a la hora de concitar apoyos en el Congreso para *aprobar cualquier legislación*. Se trata de una vía importante de influencia sobre la vida de las agencias, que puede complementar o sustituir el poder de remoción de sus responsables máximos.

V. REFERENCIAS

- ALONSO SOTO, Ricardo: «Los Organismos Reguladores y la Defensa de la Competencia: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones v. Autoridades de Defensa de la Competencia», en José María BENEYTO PÉREZ (dir.), *Regulación y Competencia en Telecomunicaciones*, Madrid, 2003, pág. 337.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid, 1993.
- BAKER, J. H.: *An Introduction to English Legal History*, 3.^a ed., Worcester, 1990.
- BARRADA, Alfonso: *Gasto público de bienestar social en España de 1964 a 1995*, Bilbao, 1999.
- BASSOLS COMA, Martín, en Óscar ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, T. X, pág. 141.
- BERNSTEIN, Marver H.: *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton, 1955.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés: *Las Administraciones independientes*, Madrid, 1994.
- BREYER, Stephen: *Regulation and its Reform*, Cambridge (Mass.), 1982.
- BREYER, Stephen G., y STEWART, Richard B.: *Administrative Law and Regulatory Policy*, Boston, 1992.
- CASPER, Gerhard: «An Essay on Separation of Powers: Some Early Versions and Practices», 30 *William & Mary Law Review*, 211 (1989).
- CUSHMAN, Robert: *The Independent Regulatory Commissions*, New York, 1972.
- DAVIS, Kenneth C., y PIERCE, Richard J.: *Administrative Law Treatise*, 3.^a ed., 1994.
- DREIER, Horst: «En torno a la "Independencia" de la Administración», *Documentación Administrativa*, 234 (1993), pág. 257.

⁷¹ No es un supuesto teórico. Franklin D. Roosevelt logró del Congreso la extinción de la Federal Radio Commission siete años después de su creación, al verificarse el nacimiento de la FCC en 1934, cuyos primeros comisarios fueron nombrados por él mismo. En España, véase la reflexión de Artemi RALLO LOMBARTE, *supra*, págs. 277-278.

- FALLON, Richard H.: «Enforcing Aviation Safety Regulations: The Case for a Split-Enforcement Model of Agency Adjudication», 4 *Administrative Law Journal*, 389 (1991).
- FRUG, Gerald E.: «Does the Constitution Prevent the Discharge of Civil Service Employees?», 124 *University of Pennsylvania Law Review*, 942 (1976).
- GARCÍA LLOVET, Enrique: «Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho», núm. 131 de esta REVISTA (1993), pág. 61.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977.
- GWYN, William B.: «The Indeterminacy of the Separation of Powers in the Age of the Framers», 30 *William & Mary Law Review*, 263 (1989).
- HERRING, Pendleton E.: *Public Administration and the Public Interest*, New York, 1936.
- JAFFE, Louis L.: «The Independent Agency-A New Scapegoat», 65 *Yale Law Journal*, 1068 (1956).
- JAMES, Dorothy B.: *The Contemporary Presidency*, 2.ª ed., Indianapolis, 1976.
- KURLAND, Philip B.: «The Rise and Fall of the “Doctrine” of Separation of Powers», 85 *Michigan Law Review*, 592 (1986).
- LAVILLA RUBIRA, Juan José: *La participación pública en el proceso de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Madrid, 1991.
- LOCKE, John: *Two Treatises of Government*, ed. de Peter LASLETT, 1980.
- LONGOBARDI, Nino: «Autorités Administratifs Indépendants et Position Institutionnelle de l'Administration Publique», *Revue Française de Droit Administratif*, 11 (1995), pág. 387.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente», núm. 126 de esta REVISTA (1991), pág. 189.
- MACKENZIE, G. Calvin: *The Politics of Presidential Appointments*, New York, 1981.
- MADISON, James, *The Federalist*, 47, ed. de Sherman F. MITELL, Washington, DC, s.d., pág. 314.
- MAJONE, Giandomenico: «Functional Interests: European Agencies», en John PETERSON y Michael SHACKLETON (dirs.), *The Institutions of the European Union*, 2002, pág. 302.
- MALARET, Elisenda: «La Comisión Nacional del Mercado de Valores (una aproximación a su configuración institucional)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 76 (1992), pág. 557.
- MCCONNELL, Grant: *The Modern Presidency*, 2.ª ed., New York, 1976.
- MORENO MOLINA, Ángel Manuel: *La Administración por agencias en los Estados Unidos de América*, Madrid, 1995.
- ORTIZ MALLOL, José: «La relación de independencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas», núm. 163 de esta REVISTA (2004), pág. 245.
- PARKER, Reginald: «The Removal Power of the President and the Independent Administrative Agencies», 36 *Indiana Law Review*, 63 (1960).
- POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto: «Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes», núm. 132 de esta REVISTA (1993), pág. 117.
- RALLO LOMBARTE, Artemi: *La constitucionalidad de las administraciones independientes*, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José: «Gobierno, Política y Administración: elementos de debate para las “Administraciones Independientes”», *Autonomies, Revista Catalana de Derecho Público*, 24 (1999), pág. 189.
- SALA ARQUER, José Manuel: «El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 42 (1984), pág. 401.
- SALVADOR MARTÍNEZ, María: *Autoridades independientes*, Barcelona, 2002.

- SCHWARTZ, Bernard: *The professor and the Commissions*, New York, 1949.
— *Administrative Law*, 3.^a ed., Boston, 1991.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio: *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*, Zaragoza, 1993.
- SUNSTEIN, Cass R.: *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge (Mass.), 1990
- TRONCOSO REIGADA, Antonio: *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid, 1997.
- WILSON, James Q.: *Bureaucracy*, New York, 1989.
- WOOD, Gordon: *The Creation of the American Republic 1776-1787*, New York, 1972.