

# **Régimen jurídico del Consejo de Estado, Banco de España, Agencia Estatal de Administración Tributaria, Consejo Económico y Social, Instituto Cervantes y determinados Organismos públicos**

Sumario: I. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONSEJO DE ESTADO.—1.1. Contenido del precepto.—1.2. Excursus sobre el régimen jurídico del Consejo de Estado.—II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL BANCO DE ESPAÑA Y DE LOS FONDOS DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS EN ENTIDADES DE CRÉDITO.—2.1. Aspectos formales.—2.2. El Banco de España y las Administraciones independientes.—2.3. Régimen jurídico del Banco de España y los Fondos de Garantía de depósitos de las entidades de crédito.—III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL Y DEL INSTITUTO CERVANTES.—3.1. Aspectos generales.—3.2. La agencia estatal de la Administración Tributaria.—3.3. El Consejo Económico y Social.—3.4. El Instituto Cervantes.—IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE DETERMINADOS ORGANISMOS PÚBLICOS.—4.1. Comentario.

## **I. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONSEJO DE ESTADO**

### **1.1. Contenido del precepto**

Siguiendo fielmente las recomendaciones de los teóricos de técnica legislativa (por otro lado dotadas a estos efectos de una cierta positividad al incluirse en la número 23 de las Directrices sobre la forma y estructura de los Anteproyectos de ley, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991), la LOFAGE incluye diversas disposiciones adicionales con el objeto de determinar el régimen jurídico aplicable a ciertos organismos que por razones especiales no caben en el articulado de la ley. Es el caso de la organización militar (disposición adicional primera), las Enti-

---

\* Letrado de las Cortes Generales.

dades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social (disposición adicional sexta), del Banco de España (disposición adicional octava), de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, del Consejo Económico y Social y del Instituto Cervantes (disposición adicional novena), de los Organismos Públicos dotados de independencia funcional (disposición adicional décima), de la Sociedad Correos y Telégrafos (disposición adicional undécima) y de las sociedades mercantiles estatales (disposición adicional duodécima). En todos los casos se produce una excepción, más o menos amplia, en la aplicación a estos organismos del régimen general de la LOFAGE, que obedece a razones diversas, entre las que se incluyen el mandato constitucional que reclama una norma específica (por ejemplo, respecto de la organización militar —art. 8.2 CE— y el Consejo Económico y Social —art. 131.2 CE—); la necesidad de dotar de especial autonomía al órgano concreto (es el caso del Banco de España y del resto de Administraciones independientes); su sometimiento, salvo excepciones, al derecho privado (sociedades mercantiles estatales) o, en fin, razones mixtas de inercia histórica y conveniencia constitucional (como son las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, cuya organización, tradicionalmente separada del resto de la Administración General del Estado, trata actualmente de dar cauce a la obligada participación de los interesados en la Seguridad Social establecida en el art. 129.1 CE).

Junto a ellas se sitúa la disposición objeto de este comentario, la séptima, relativa al régimen jurídico del Consejo de Estado, que por su lacónica brevedad podemos transcribir: «El Consejo de Estado se regirá por su legislación específica.» Es una previsión de mera determinación del ámbito de aplicación de la LOFAGE, por exclusión de su régimen a favor del establecido por la Ley Orgánica del Consejo de Estado (LOCE) 3/1980, de 22 de abril, que ya se contenía tanto en el Proyecto de 1995 (BOCG de 21 de noviembre de 1995) —disposición adicional tercera— como en el que dio origen a la Ley actual (BOCG de 21 de junio de 1996) —disposición adicional segunda— y que viene a respetar el mandato del art. 107 CE que remite a una ley orgánica la regulación de la composición y competencia del Consejo de Estado.

## 1.2. Excursus sobre el régimen jurídico del Consejo de Estado

Aquí se agota el contenido de esta disposición, puesto que, a diferencia de otros supuestos no se establece la aplicación, directa o supletoria, de la LOFAGE en ningún aspecto del funcionamiento del Consejo. No está de más, no obstante, trazar unos breves apuntes que sirvan para suministrar una idea somera de la naturaleza, composición y competencia de este órgano<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Entre los estudios acerca del Consejo de Estado pueden mencionarse *Documentación administrativa* núms. 226 (1991) y 244-245 (1996), dedicados respectivamente a la función consultiva y al Consejo de Estado; R. Alonso García, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Civitas,

El Consejo de Estado es uno de los órganos de más rancia tradición en nuestro derecho. Al margen de su órgano homónimo, creado por el Canciller Gattinara, que constituyó uno de los escasos elementos comunes a todos los territorios de la monarquía hispánica<sup>2</sup>, su origen se remonta al establecimiento en España del Estado liberal, puesto que lo encontramos tanto en los artículos 52 y ss. del Estatuto de Bayona de 1808 como en los artículos 231 a 241 de la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812. Ambos textos representan respectivamente las dos concepciones sobre las que ha basculado históricamente nuestro Consejo de Estado: una, de inspiración napoleónica, que atribuye a este órgano no sólo facultades de asesoramiento, sino también de enjuiciamiento administrativo e incluso fugazmente funciones legislativas; otra, que limita su papel al de supremo órgano consultivo del poder ejecutivo, de intervención preceptiva en los más graves asuntos gubernativos. La primera inspira la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1845 o la primera etapa de la Restauración de Cánovas desde 1876. La segunda formó parte del ideario liberal progresista y tomó forma en la *non nata* Constitución de 1856, la de 1869, el Proyecto de 1873, imponiéndose desde la llamada Ley Santamaría de Paredes, de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888. Así la encontramos en el Alto Cuerpo Consultivo de la Constitución republicana de 1931 y en el actual art. 107 de la Constitución de 1978.

En efecto, conforme a dicho precepto y a la normativa específica que lo desarrolla (junto a la LOCE, el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio), el Consejo de Estado es el «supremo órgano consultivo del Gobierno», sin que se le atribuya potestad activa o de control alguna. Es, además, un órgano de relevancia constitucional (STC 56/1990), dotado de autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad o independencia en el ejercicio de la función consultiva (art. 1.2 LOCE). Su naturaleza precisa ha sido definida por el propio Consejo en un Dictamen de 11 de diciembre de 1980, que afirma que es un órgano integrado en la Administración del Estado, aunque separado de la Administración activa, que se caracteriza por su función consultiva, con el fin de ilustrar al órgano de decisión y potenciar la legalidad y acierto de su decisión, velando por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento y valorando los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija la naturaleza del asunto o lo solicite expresamente la autoridad administrativa.

Su composición se regula en los artículos 3 y ss. de la LOCE, conforme a los cuales el Consejo en Pleno está integrado por su Presidente, nombrado por Real Decreto entre juristas de reconocido prestigio y experiencia en

Madrid, 1992; D. Blanquer Criado, *Consejo de Estado y autonomía*, Tecnos, Madrid, 1994; G. García Álvarez, *Función consultiva y procedimiento: Régimen de los dictámenes del Consejo de Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; T. Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, *El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988; J. Rodríguez-Zapata Pérez, *La Ley orgánica del Consejo de Estado*, Centro de Estudio Constitucionales, Madrid, 1980; C. Ruiz Miguel, *Consejo de Estado y Consejos consultivos autonómicos*, Dykinson, Madrid, 1995.

<sup>2</sup> J. A. Escudero, *Curso de historia del derecho*, Madrid, 1988, p. 760.

asuntos de Estado; los Consejeros, que se clasifican en permanentes (en número igual al de Secciones, tienen carácter inamovible —art. 11.1—), natos (por ejercer alguno de los cargos previstos en el art. 8 y por el tiempo que permanezcan en ellos) y electivos, nombrados por un período de cuatro años (art. 9); y el Secretario General, nombrado por Real Decreto entre los Letrados Mayores, a propuesta de la Comisión Permanente aprobada por el Pleno (art. 10.1), que asiste a las sesiones plenarias con voz pero sin voto.

Son órganos del Consejo, además del Pleno, la Comisión Permanente y las Secciones. La Comisión Permanente está formada exclusivamente por el Presidente, los Consejeros permanentes y el Secretario General (art. 5), mientras que las Secciones, órganos de trabajo del Consejo, están formadas cada una por un Consejero permanente, que la preside, un Letrado Mayor y los Letrados que sean necesarios para despachar las consultas. Destaca dentro de esta estructura orgánica la posición del Cuerpo de letrados, regulado en los arts. 14 y 15 LOCE, que forma parte integrante del propio Consejo, según ha establecido la STC 99/1987, de 11 de junio, de modo que su regulación está sometida a la misma reserva de ley orgánica que el art. 107 CE establece para el conjunto del órgano<sup>3</sup>.

Sus funciones han sufrido una cierta alteración a raíz del asentamiento del Estado autonómico. Así, los arts. 20 y 23 LOCE extienden la competencia del Consejo al dictamen de aquellos asuntos que se le sometan por las Comunidades Autónomas a través de sus Presidentes, dictamen que tiene carácter preceptivo en los mismos casos en que así esté previsto para el Estado. Sin embargo, con el tiempo se han ido desarrollando Cuerpos Consultivos de las propias Comunidades Autónomas que han asumido las competencias que sobre éstas ostentaba el Consejo de Estado, solución cuya constitucionalidad ha sido refrendada por la STC 204/1992, de 26 de noviembre, en materia de revisión de oficio de actos nulos<sup>4</sup>. Por otro lado, se ha extendido la competencia del Consejo al ámbito local, de acuerdo con el art. 48 de la Ley Básica del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril (de manera general), y el art. 75 ter.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), 2/1979, de 3 de octubre, introducido por LO 7/1999, de 21 de abril (dictamen preceptivo previo a la interposición de un conflicto en defensa de la autonomía local); se trata de una competencia que en buena medida ha de ir siendo asumida por los Cuerpos Consultivos autonómicos, con la excepción, para el caso de los conflictos en defensa de la autonomía local, de que sean partes de los mismos Corporaciones locales pertenecientes a más de una Comunidad Autónoma.

<sup>3</sup> Como es sabido, a resultas de este razonamiento el Tribunal Constitucional declaró la nulidad de los preceptos de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, 30/1984, de 2 de agosto, que disponían la fusión de los Letrados del Consejo con los Abogados del Estado y el resto de los Cuerpos de Letrados del Ministerio de Justicia en un único Cuerpo de Letrados del Estado.

<sup>4</sup> La generalización de la previsión de estos Cuerpos Consultivos autonómicos es una de las principales novedades organizativas del último proceso de reforma estatutaria, iniciado por sendas LLOO, 4 y 5/1996, de 30 de diciembre, para Canarias y Aragón y concluido con la LO 12/1999, de 6 de mayo, de reforma del Estatuto de autonomía de Extremadura.

Al margen de estas consideraciones, lo más importante que debe apuntarse respecto de las funciones del Consejo de Estado es que son asumidas en su mayor parte por la Comisión Permanente, a la que el art. 22 LOCE atribuye hasta diecinueve materias, unas relativas al ejercicio de la potestad normativa del Gobierno (dictamen sobre Proyectos de disposiciones reglamentarias de ejecución o sobre Tratados internacionales antes, en este caso, de su remisión a las Cortes Generales para la autorización de su ratificación); otras, respecto de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas (dictamen de Anteproyectos de leyes orgánicas de transferencia o delegación o sobre la impugnación de disposiciones autonómicas ante el Tribunal Constitucional); asimismo, dictámenes sobre ciertos procedimientos como garantía de los administrados (revisión de oficio de actos administrativos, reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración o interpretación y resolución de contratos administrativos); sobre materias diversas, como concesión y rehabilitación de honores y privilegios o Proyectos de ley de créditos extraordinarios y suplementos de crédito, sin olvidar la importante cláusula residual por la que corresponde a la Comisión Permanente «Todo asunto en que por precepto de una Ley haya de consultarse al Consejo de Estado y no se diga expresamente que debe ser al Consejo en Pleno» (art. 22.19).

En fin, las funciones del Pleno, bastante más reducidas, se establecen en el art. 21 LOCE, que le atribuye el dictamen de los Proyectos de Decretos legislativos, varias cuestiones de derecho internacional (dictamen sobre Anteproyectos de ley de desarrollo o ejecución de Tratados internacionales, interpretación o cumplimiento de actos o resoluciones emanados de una Organización Internacional, etc.), separación de Consejeros permanentes, transacciones o arbitrajes sobre derechos y obligaciones de la Hacienda Pública, y, en general, sobre aquellos asuntos de Estado a los que el Gobierno reconoce especial transcendencia.

## II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL BANCO DE ESPAÑA Y DE LOS FONDOS DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS EN ENTIDADES DE CRÉDITO

### 2.1. Aspectos formales

En el comentario a la disposición adicional séptima, se señalaba que la LOFAGE había situado en las disposiciones adicionales la regulación de los regímenes jurídicos de ciertos organismos que por distintas razones quedaban excluidos, total o parcialmente, de la regulación general de la ley. Entre ellos se encuentra el Banco de España, así como los Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de crédito, de los que se ocupa la disposición adicional octava cuyo comentario estamos iniciando. Se trata de un precepto que no responde a la redacción originaria de la LOFAGE. Ésta, al igual que el Proyecto de ley del que trae su origen (BOCG de 21 de junio de

1996) —no así, como luego veremos, el Proyecto de 1995 (BOCG de 21 de octubre de 1995)— se refería exclusivamente al Banco de España para remitir, como se sigue haciendo en la actualidad, su régimen a lo dispuesto en su legislación específica. La redacción actual de la disposición se debe a la Ley 20/1998, de 1 de julio, de Reforma del Régimen Jurídico de las Instituciones de Inversión Colectiva de naturaleza inmobiliaria y sobre cesión de determinados derechos de crédito de la Administración General del Estado, cuya disposición adicional tercera fija el conciso contenido del precepto en los siguientes términos: «El Banco de España, así como los Fondos de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, en Cajas de Ahorro y en Cooperativas de Crédito se regirán por su legislación específica.»

Al margen de una profusión de mayúsculas que casi hacen lamentar la no realización del deseo del siempre provocador Tristán Tsara en orden a suprimir todas las letras de este tipo por respeto democrático a las minúsculas<sup>5</sup>, la modificación de la LOFAGE adolece de un vicio criticado por la doctrina de manera tan repetida como, al parecer inútil. Me refiero, claro es, a la práctica de las modificaciones legislativas realizadas, «aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid» (el lector me excusará una referencia a mi ciudad tan grata como de escasa originalidad), con ocasión de cualquier ley objeto de tramitación en las Cámaras en el momento oportuno de la que constituyen ejemplo extremo las llamadas «leyes de acompañamiento» a la Ley de Presupuestos. Es sabido que nuestro Tribunal Constitucional (STC 37/1981, de 16 de noviembre) ha señalado que los defectos de técnica legislativa no constituyen por sí solos causa de inconstitucionalidad de una ley (faltaría más), y que incluso no es necesario que el contenido de un precepto de una norma (por ejemplo, introducido por vía de enmienda) se ajuste plenamente a la materia regulada por ésta (SSTC 99/1984, de 11 de junio y 194/2000). Sin embargo, razones materiales de seguridad jurídica (principio, no se olvide, constitucionalizado en el art. 9.3 de nuestra *lex superior*) exigen un mayor rigor en el respeto al ámbito material previsible de una ley, rigor que probablemente no sea disociable de un auténtico cambio de la mentalidad legislativa de nuestra época, de una intensidad que impide el adecuado asentamiento de unas normas cuya fecha de caducidad puede presumirse cercana y la obligada reflexión y sosiego en el trámite parlamentario del derecho nuevo.

Por lo que respecta al escueto contenido de esta disposición adicional, ésta tiene como único objeto delimitar el ámbito de aplicación de la LOFAGE, excluyendo su aplicación al Banco de España y a los Fondos de Garantía de Depósitos de las Entidades de crédito, que se han de regir por su legislación específica, en este caso, la Ley de Autonomía del Banco de España, 13/1994, de 1 de junio, modificada por Ley 12/1998, de 28 de abril, y su

---

<sup>5</sup> Razones de pudor lingüístico me impiden transcribir en su literalidad, aun a costa de la obligada fidelidad a la versión auténtica del texto, el título de la Ley 20/1998, en el que con un mimetismo rechazable (no todos lo son) de los usos de la lengua inglesa, todos los sustantivos aparecen redactados con inicial mayúscula.



Reglamento interno, aprobado por Resolución del Consejo de Gobierno de 28 de marzo de 2000, para el primero y el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, para los segundos.

## 2.2. El Banco de España y las Administraciones independientes

La brevedad de la norma no excusa de explicar el porqué de una decisión legislativa que no sólo excluye a ambos grupos de organismos de la aplicación del régimen general de la LOFAGE, sino también del previsto en la disposición adicional décima para el resto de las denominadas Administraciones independientes.

Es, en efecto, la condición de Administración independiente que se atribuye al Banco de España, la que determina que no se le aplique el régimen general de la LOFAGE. El fenómeno del desarrollo de organizaciones administrativas dotadas de cierta autonomía o independencia orgánica y/o funcional respecto de la Administración General del Estado ha sido objeto de un creciente interés doctrinal debido a los interesantes desafíos que plantea para ser encajado en los moldes tradicionales de nuestro derecho administrativo e incluso, por qué no decirlo, por las discrepancias que surgen en torno a la definición de una categoría general de las mismas. No corresponde a este ámbito desarrollar un estudio pormenorizado de ellas, de manera que nos limitaremos a esbozar algunas ideas generales<sup>6</sup>.

Como es sabido, el origen de estas organizaciones sigue dos tradiciones fundamentales, la anglosajona y la continental europea. La primera descansa sobre la tradición de las Agencias o comisiones independientes norteamericanas, órganos colegiados creados por el Congreso para regular un sector económico determinado, cuyos miembros no pueden ser libremente destituidos por el Presidente y que ostentan competencias ejecutivas, reglamentarias y parajurisdiccionales (la primera de ellas, la *Interstate Commerce Commission*, surgió en 1887, significativamente en medio de ese *Congressional Government* al que se refirió Wilson para calificar el sistema político estadounidense a fines del siglo XIX, de manera que parece ser inicialmente una vía para reforzar el poder del legislativo); en el Reino Unido, la aparición de este tipo de órganos se facilita por la falta de unificación jurídica que, a juicio de Maitland, implicó el fracaso en Inglaterra del Absolutismo, y toma la forma de los *quasi-autonomous non governmental organizations* (quangos)

<sup>6</sup> Entre la literatura científica, que comienza a resultar abundante, sobre la materia, destacan J. M. Sala Arquer, «El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 42, abril-junio de 1984, pp. 401 y ss., obra que abre el debate de esta materia en España; M. Magide Herrero, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000; J. R. Parada Vázquez, «Las Administraciones independientes», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, t. I, Civitas, Madrid, 1994, pp. 653 y ss.; T. R. Fernández, «Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, t. I, Civitas, Madrid, 1994, pp. 427 y ss., y García Llovet, *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Madrid, 1991, sobre todo el Prólogo de García de Enterría.

administraciones de formas heterogéneas, cuya autonomía se confía más al prestigio profesional o científico de sus miembros que a previsiones orgánicas concretas.

En el continente son la doctrina y práctica alemanas las que han aportado los principales argumentos justificativos y modelos de organización de las Administraciones independientes. Las primeras reflexiones proceden, como es sabido, de Carl Schmitt, el cual, dentro de su teoría del Presidente del Reich como defensor natural de la Constitución frente a la fragmentación parlamentaria, brillantemente refutada por Kelsen<sup>7</sup>, recupera la idea del *pouvoir neutre* del Jefe del Estado acuñada por Constant, aplicándola ahora a la totalidad del Estado. Se trataba de contraponer al «débil Estado de las coaliciones de partidos» la autoridad neutral y unitaria del Presidente, que había de ejercerse desde órganos como el Banco del Reich o los ferrocarriles. Más tarde, durante los años cincuenta, se recupera esta idea, bien que despojada de sus elementos antiparlamentarios, por autores como Fichtmüller, Fichte o Samm para explicar la posición jurídica del Banco Federal y de la Televisión Pública. Los argumentos con los que se defendía la independencia de ambos órganos (al margen de una invocación al art. 88 de la Ley fundamental de Bonn de 1949, que aludía al Banco Federal en términos algo vagos), fueron, respectivamente, el despliegue de especiales conocimientos que posibilitaban estas formas organizativas (la neutralidad del experto, a la que también se refirió C. Schmitt) y la concurrencia de grupos políticos opuestos en una situación de paridad, argumentos que se han convertido en pilar de la defensa de estas Administraciones a lo largo del continente. Así, en Francia, la fórmula de las Administraciones independientes adquiere carta de naturaleza con la Ley de 6 de enero de 1978, que crea, la Comisión nacional de la informática y las libertades a la que más tarde se añadieron organismos como la Comisión nacional de las comunicaciones y las libertades, la Comisión de operaciones en Bolsa o el Consejo de la competencia. En Italia, podemos encontrar el Instituto para la vigilancia de los seguros privados y la Comisión nacional para la sociedad y la Bolsa.

Pasando al caso español, los ejemplos estudiados por la doctrina como encarnación del fenómeno de las Administraciones independientes son muy numerosos, aunque todos apuntan al Consejo de Seguridad Nuclear previsto por la Ley 15/1980, de 22 de abril, e incluso al Ente Público de Radio Televisión Española creado por Ley 4/1980, de 10 de enero, como los primeros casos en nuestra legislación más adelante seguidos de un número creciente de organismos surgidos, no infrecuentemente, del proceso de desregulación y liberalización de antiguos monopolios u oligopolios abordado con notable intensidad en los últimos años, con la función de controlar el correcto funcionamiento de estos nuevos y todavía incipientes mercados. En la actualidad, podemos acudir, *prima facie*, a una enumeración dada por el propio legislador en la disposición adicional décima de la LOFAGE, redactada en su versión

<sup>7</sup> C. Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, 1983; la réplica se encuentra, entre otras obras, en H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1999.



actual por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, conforme a la cual, al margen de aquellos Organismos públicos a los que en el futuro se les pueda reconocer expresamente por ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, pueden entenderse como Administraciones independientes la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, las Universidades no transferidas (actualmente sólo la UNED), la Agencia de Protección de Datos, el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX), el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Sin embargo, no debe sobrevalorarse la utilidad de este listado en orden a la inclusión o no de un determinado organismo bajo el concepto la Administración independiente. En primer lugar, porque carece de exhaustividad, ya que, al margen del banco de España, sobre el que luego volveremos, no se hace referencia al Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano cuyo carácter administrativo ha sido subrayado por nuestro Tribunal Constitucional en STC 208/1999, de 11 de noviembre, y cuya especial autonomía, tanto orgánica como funcional resulta incontestable a resultas de lo dispuesto en la Ley 16/1989, de 16 de julio, de defensa de la competencia, reformada por Ley 52/1999, de 28 de diciembre, y, más recientemente, por Ley 13/2001, de — de julio, que da cumplimiento a la Sentencia referida en lo relativo a la fijación de los criterios de conexión que determinan el ámbito de competencias de los órganos autonómicos de defensa de la competencia que aquélla hace posible. Por otro lado, la propia dicción del apartado 1.º de esta disposición excluye una vocación definidora por el legislador, por cuanto éste se limita a determinar el régimen jurídico de los organismos enumerados (su legislación específica y, supletoriamente, la LOFAGE) y garantizarles el respeto por el Gobierno y la Administración General del Estado de sus correspondientes ámbitos de autonomía. Algo distinta es la postura que debe tomarse respecto del apartado 2.º, del que sí podría deducirse un mínimo criterio general (Organismos públicos dotados de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado); no obstante la exigencia estricta de que dicha independencia sea expresamente establecida por ley introduce un acertado (dada la excepcionalidad que siempre debe acompañar a estas figuras) principio de tipicidad que excluye cualquier concepto legal genérico de Administración independiente<sup>8</sup>.

Ello no es óbice para tratar de esbozar ciertos requisitos que nos permitan determinar si un organismo público concreto puede incluirse dentro de la noción de Administración independiente:

En primer lugar, debe encuadrarse en el ámbito del Poder ejecutivo del Estado; las Administraciones independientes forman parte de la organización

---

<sup>8</sup> Este principio de tipicidad excluye del ámbito de las Administraciones independientes al Consejo para las emisiones y retransmisiones deportivas previsto en la disposición final cuarta de la Ley 21/1997, de 3 de julio, así como a la Agencia española de seguridad alimentaria establecida por la Ley 11/2001, de 5 de julio, sin perjuicio de que a ésta se le atribuya en el futuro dicha condición, tal y como prevé la Exposición de Motivos de la Ley.

general de las Administraciones Públicas destinada a facilitar el desarrollo por el Gobierno de las funciones que le reconoce el art. 97 CE, como se deduce, para el ámbito estatal, del apartado segundo de la Disposición adicional décima de la LOFAGE. Ello nos permite excluir este carácter de aquellas Administraciones que no se integran en el Poder ejecutivo, bien por servir a otros órganos constitucionales (Cortes Generales o, mejor, Congreso de los Diputados y Senado, Tribunal Constitucional o Consejo General del Poder Judicial), bien por servir directamente al pueblo, entendido como órgano del Estado (la Administración electoral, regulada en los arts. 9 y ss. de la LOREG de 19 de junio de 1985).

En segundo lugar, han de ser órganos activos. De un lado, tal es la naturaleza de todos los organismos recogidos en la disposición citada. Pero, sobre todo, es plenamente coherente con las características históricas que acompañaron a las Administraciones independientes en su nacimiento. La configuración de órganos en el seno de la Administración dotados de una cierta independencia respecto de la línea jerárquica ordinaria era una práctica conocida desde la Administración napoleónica, pero sólo para los órganos de naturaleza consultiva, como se ha puesto de relieve en los comentarios relativos a la regulación de los órganos colegiados en los artículos 38 a 40 de la ley. Es la extensión de esta técnica a órganos dotados de potestades activas una de las novedades más importantes que implicó la aparición de estas Administraciones y la que ha suscitado mayores controversias en la doctrina. Este requisito nos permite negar naturaleza de Administración independiente a órganos como el Consejo de Estado a pesar de que su Ley Orgánica (LOCE 3/1980, de 22 de abril) le otorgue autonomía orgánica y funcional para el ejercicio de sus funciones.

En tercer lugar, la posición de autonomía se les ha de conferir por las razones apuntadas de neutralizarlo políticamente, bien integrando entre sus miembros a personas de especial competencia profesional, solución que es la que ha adquirido especial éxito en los últimos años, bien a representantes de las diversas fuerzas parlamentarias. No han faltado ocasiones en que se ha calificado de Administración independiente a organismos de participación de los administrados. Sin embargo, éstos responden, como se ha señalado en los comentarios relativos a los órganos colegiados, a una previsión constitucional (el art. 105 CE) que trata de dar cauce a intereses colectivos o corporativos en el proceso de toma de decisiones de las Administraciones Públicas, filosofía claramente diversa de la que tradicionalmente ha informado el desarrollo de las Administraciones independientes. Este criterio excluye la consideración como tales de figuras como las Corporaciones de derecho público (recibidas en nuestra Constitución en preceptos como los arts. 36 —Colegios profesionales— y 52), fórmula extrema de «autoadministración» y los órganos que hemos calificado de órganos colegiados de participación (Consejo Económico y Social, Consejos rectores de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, etc.). También excluye, en mi opinión, a las Universidades, a pesar de que la autonomía universitaria no responda, a mi juicio, a los mismos fundamentos que los organismos anteriores.

En efecto, la autonomía universitaria, desarrollada por la Ley Orgánica de Reforma Universitaria, LO 11/1983, de 25 de agosto, y consagrada previamente en el art. 27.10 CE con la naturaleza de un derecho fundamental (STC 26/1987, de 27 de febrero), no es sino la dimensión colectiva o, de manera más precisa, institucional, de la libertad de cátedra, que comparte con aquella un mismo fundamento, la libertad de docencia (art. 27 CE) y la libre creación y difusión literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1 CE).

En cuarto y último lugar se sitúa el requisito de la posición de independencia orgánica y/o funcional respecto del Gobierno y la Administración General del Estado. La idea básica es que la independencia de la que han de gozar estos organismos es una independencia limitada, atrapada entre las exigencias de autonomía y las de sujeción a la dirección política que al Gobierno reconoce el art. 97 CE y al control por las Cámaras parlamentarias.

Esta idea se concreta a lo largo de los distintos elementos que usualmente se consideran definidores y garantes de la independencia de un órgano (por ejemplo, las Cámaras parlamentarias o los jueces) frente a ese sucesor del Leviatán hobbesiano que, a pesar de su indudable legitimidad democrática, sigue siendo en nuestros días el Poder ejecutivo. Así, el estatuto personal de los miembros de estos organismos presenta una posición híbrida caracterizada de una parte por su frecuente designación gubernamental, controlada por las Cortes (sobre todo en el caso del Consejo de Seguridad Nuclear para el que se les otorga derecho de veto —art. 5.2 de su Ley reguladora—), y el establecimiento de unos plazos de duración de su mandato que exceden el término de una legislatura (seis años en el caso del Banco de España), complementados con diversas restricciones a su remoción anticipada. Respecto de su autonomía de organización y normativa, en general estos organismos cuentan con personal propio, cuyo reclutamiento se produce por medio de procesos de selección específicos y con la posibilidad de intervenir en la elaboración de su reglamento interno y, en ocasiones, de aprobarlo (así la Comisión del mercado de las telecomunicaciones, art. 1. cuatro de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones 12/1997, de 24 de abril). Ostentan además una autonomía financiera limitada, en virtud de la cual elaboran un anteproyecto de sus presupuestos, modificable luego por el Consejo de Ministros, salvo en el caso del Banco de España, respecto de cuyos presupuestos, el tenor literal del art. 4.2 de la Ley 13/1994 parece limitar a una eventual enmienda parlamentaria la única vía para alterarlo<sup>9</sup>. Por último, en el ejercicio de sus funciones suelen estar exentos de algunos de

<sup>9</sup> Es ésta una solución harto criticable. En primer lugar es poco eficaz, ya que considerando que el Gobierno ha de gozar de mayoría parlamentaria, no es difícil que a través del grupo que lo sustenta pueda modificar los presupuestos elaborados por el Banco emisor. De otro lado es inconstitucional por resultar incompatible con la atribución al Gobierno de la potestad para elaborar los Presupuestos Generales del Estado por el art. 134.1 CE, sólo excluida para la aprobación de sus presupuestos por las Cámaras parlamentarias por el art. 72.1 CE; no debe olvidarse la esencialidad de este monopolio gubernamental de la iniciativa presupuestaria a juicio del TC a los efectos de reconocer una naturaleza especial a las

los instrumentos tradicionales que aseguran la eficacia del principio de jerarquía en el seno de la Administración General del Estado. Así, sus actos pueden agotar la vía administrativa, como los de la Comisión del mercado de las telecomunicaciones que supongan ejercicio de funciones públicas o los del Banco de España que sean desarrollen las funciones de la sección 1.<sup>a</sup> y del art. 15 de la Ley 13/1994; se excluye la posibilidad de la revisión de oficio de sus actos y pueden impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa aquellos actos que afecten al ámbito de sus fines incluso aunque provengan de la Administración de la que dependen (arts. 19.1 y 20 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Precisada la noción de Administración independiente, es necesaria una referencia a su engarce constitucional. Parada Vázquez rechaza de plano la posibilidad en España de las Administraciones independientes, por suponer una limitación por vía legislativa de las facultades de dirección política del Gobierno previstas en el art. 97 CE, así como por el hecho de que todas las Administraciones Públicas, no meros organismos concretos, están sometidas al deber de servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE)<sup>10</sup>. Una posición más favorable han adoptado autores como T. R. Fernández o Sala Arquer. El primero sostiene que pueden resultar un buen instrumento de división de poderes que preserve mejor la libertad cuyo mantenimiento no deja de ser el fin de toda Constitución, de manera que, a su juicio, quizá se haga necesaria una revisión de la teoría constitucional clásica<sup>11</sup>. Sala Arquer, por su parte, sí subraya los problemas que plantea el art. 97 CE, pero entiende que existen preceptos que pueden permitir, si bien no directamente, la legitimación constitucional de las Administraciones independientes, tales como el principio de estabilidad económica para el desarrollo de la política de los poderes públicos del art. 40 o la utilización racional de los recursos naturales del art. 45 CE; el cumplimiento de estos objetivos permite al legislador a adoptar diversas vías, una de las cuales, no ordenada pero tampoco prohibida, son las Administraciones independientes<sup>12</sup>.

A mi juicio, los términos de la discusión deben tener en cuenta el dato de que en el complejo orgánico que constituye la Administración General del Estado, los casos en que se reconoce una cierta autonomía a órganos determinados no son infrecuentes; entre ellos encontramos los órganos consultivos, ya desde el inicio de la Administración contemporánea; los órganos parajurisdiccionales, como los Tribunales económico-administrativos o el Tribunal de defensa de la competencia, e incluso, los entes integrantes de la Administración instrumental, que cuentan con una notable autonomía

leyes de presupuestos y establecer, consecuentemente, un contenido máximo admisible (SSTC 76/1992 y 234/1999, entre otras).

<sup>10</sup> J. R. Parada Vázquez, *op. cit.*, pp. 686 y ss.; en términos casi idénticos, *Derecho administrativo*, II, *Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 316 y ss.

<sup>11</sup> T. R. Fernández, *op. cit.*, pp. 433 y ss.

<sup>12</sup> J. M. Sala Arquer, *op. cit.*, p. 421.

financiera. Lo realmente importante es configurar a las Administraciones independientes de manera que se respeten los principios clásicos del Estado liberal, para lo que puede resultar oportuno la exigencia de ley formal para su reconocimiento, la sumisión a derecho administrativo de sus actos<sup>13</sup> y, sobre todo, el mantenimiento de un cierto grado de control tanto gubernamental como parlamentario respecto de sus actuaciones (así, por ejemplo, el sometimiento a la aprobación por las Cámaras del informe anual del Consejo de Seguridad Nuclear o, al menos la obligada remisión de éste para la Comisión del mercado de las telecomunicaciones, sin olvidar los mecanismos con que éstas cuentan en virtud del art. 109 CE) que permita mantener en estos órganos clásicos las potestades de decisión política<sup>14</sup>.

Pasando al ámbito más específico de la disposición adicional octava, objeto de este comentario, el Banco de España escapa a la regulación general de las Administraciones independientes, ya que se rige en exclusiva por su legislación específica, sin que le sea aplicable la LOFAGE ni aun con carácter supletorio. La razón de ello estriba en la especial posición de autonomía, muy reforzada respecto del común de los organismos de las Administraciones independientes, y en la relevancia de sus funciones. Ello ha planteado la difícil justificación constitucional de su independencia, que no puede ampararse, al modo del Banco federal alemán, siquiera en una imprecisa referencia constitucional. Ya hemos apuntado el argumento, frecuentemente utilizado, de amparar la independencia frente al Gobierno del órgano encargado de formular nuestra política monetaria en un principio constitucional de mantenimiento de la estabilidad de precios que se engloba en el más general de estabilidad económica del art. 40 CE. Sin embargo, el carácter meramente principal del precepto (art. 53.3) y la propia heterogeneidad de los objetivos económicos que incluye, amén del carácter abierto del modelo económico de nuestra Constitución, proclamado por STC 37/1981, de 16 de noviembre, dificultan su eficacia frente a la previsión del art. 97, que atribuye al Gobierno la dirección de la política interior, dentro de la que se engloba, indudablemente, la económica y esta con mayor intensidad, a través de las ya enumeradas especiales facultades del Gobierno en relación con los Presupuestos Generales del Estado.

Por todo ello, quizá resulte más eficaz anclar la independencia del Banco de España en las previsiones de independencia del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) del que forma parte, establecidas en los arts. 105 y ss. del Tratado de la Comunidad Europea (según la hoy vigente versión del

<sup>13</sup> En buena medida esta idea se recoge en la regulación de la disposición adicional décima de la LOFAGE en su apartado 2.º al restringir las especificidades propias de los órganos de las Administraciones independientes que se creen en el futuro a los elementos precisos para asegurar dicha independencia, y en su apartado 3.º, al someter a todas las Administraciones independientes a la Ley General Presupuestaria.

<sup>14</sup> Una postura muy interesante puede encontrarse en M. Magide Herrero, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 242 y ss., para quien las Administraciones independientes sólo pueden ser creadas en sectores de una discrecionalidad administrativa limitada, con funciones de supervisión de la conformidad con el ordenamiento de la actuación de los administrados.

Tratado de Amsterdam de 2 de noviembre de 1997, al no haber sido aún ratificado el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001). La independencia de este sistema constituyó en el momento de prefigurar la unión monetaria por el Tratado de Maastricht de 1992 una de las decisiones institucionales más importantes, si no la más importante, del proceso negociador. No es éste el lugar oportuno para detenerse en las notas principales del SEBC en general y del Banco Central Europeo en particular. Lo que sí debe destacarse es que dicha decisión encuentra apoyo constitucional en la habilitación prevista en el art. 93 de la CE para la adhesión, aunque sin nombrarlas, a las Comunidades europeas, adhesión que puede incluirse dentro de las grandes opciones políticas tomadas a lo largo de nuestro proceso constituyente (recuérdese que a lo largo de 1977 España entró a formar parte del Consejo de Europa y reanudó las negociaciones con la CEE, una vez eliminadas las restricciones políticas que habían detenido el proceso comenzado en 1962) y que encontró reflejo no sólo en el citado art. 93, sino también en el Preámbulo de la Constitución, que explícitamente habla del «fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra». Consecuentemente, puede en mi opinión deducirse del art. 93 una suerte de habilitación intrínseca a nuestros poderes constituidos para aceptar disposiciones institucionales que, sin atentar expresamente contra el contenido constitucional, permitan avanzar en el proceso de construcción europea, entre ellas, la atribución al Banco de España del grado de independencia necesario para ingresar en la Unión económica y monetaria<sup>15</sup>.

### **2.3. Régimen jurídico del Banco de España y los Fondos de Garantía de depósitos de las entidades de crédito**

Justificada la especial posición del Banco de España en nuestro sistema institucional, procede exponer las líneas generales de su régimen jurídico, así como el de los Fondos de garantía de depósitos en Entidades de crédito, a los que también se refiere la disposición adicional octava de la LOFAGE.

Los orígenes de nuestra autoridad monetaria tienen lugar en el siglo XVIII con la fundación en 1782 del Banco de San Carlos, institución surgida con la finalidad de financiar a la Hacienda Pública, a la vez que estaba facultada para efectuar operaciones con el sector privado. A partir de este momento, las vicisitudes financieras por las que atravesó, sobre todo bajo los reinados de Carlos IV y Fernando VII, motivaron una serie de operaciones de salvamento y fusión con otras entidades, que dieron como resultado la aparición

<sup>15</sup> No se trata, desde luego, de vaciar el valor normativo de la Constitución, puesto que cualquier modificación del derecho originario contrario a nuestra ley fundamental requerirá la previa modificación de ésta, como ha ocurrido con la reforma de 27 de agosto de 1992 (SSTC 28/1991, 64/1991 y 136/1991 y DTC 1 de julio de 1992). Tan sólo pretendo formular un principio de interpretación favorable a la constitucionalidad de aquellas disposiciones contenidas en un tratado comunitario, interpretación que, en ningún caso, ha de violentar el texto constitucional.



del Banco de España en 1856. Hemos de esperar a 1921 para que el Banco abandone sus prácticas comerciales privadas y se dedique en exclusiva a su función de banco central, proceso que culmina con la Ley 2/1962, de Nacionalización y Reorganización del Banco de España, al eliminarse *de iure* la actividad comercial y situar al Banco bajo la plena dependencia del Ministerio de Hacienda.

El *status* actual de independencia del organismo emisor se inicia con la Ley 30/1980, reguladora de sus órganos rectores y continúa con la aún vigente Ley 26/1988, de 28 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, así como la Ley 21/1993, de Presupuestos, que modificó la Ley General Presupuestaria (TR de 23 de septiembre de 1988) prohibiendo al Estado y a las Administraciones autonómica y local apelar al crédito del Banco, para dar cumplimiento a las nuevas disposiciones del Tratado de la Unión Europea, hecho en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (actual art. 101 del Tratado de la Comunidad Europea, según la redacción del Tratado de Amsterdam de 2 de noviembre de 1997). No obstante, es la ya citada Ley de Autonomía 13/1994, de 1 de junio, modificada por Ley 12/1998, de 28 de abril, la base central de su regulación, que se completa con el Reglamento interno, aprobado por Resolución del Consejo de Gobierno de 28 de marzo de 2000.

Los órganos rectores del Banco, de acuerdo con el art. 17 de la Ley 13/1994, son el Gobernador, el Subgobernador, el Consejo de Gobierno y la Comisión ejecutiva. El Gobernador es nombrado por el Jefe del Estado, a propuesta del Presidente del Gobierno y tiene como funciones principales dirigir el Banco y presidir el Consejo de Gobierno y la Comisión ejecutiva; ostentar su representación legal a todos los efectos y, en especial, ante los Tribunales de Justicia; autorizar los contratos y documentos precisos y realizar las demás actividades que resulten necesarias para el desempeño de sus competencias; representar al Banco de España en las instituciones y organismos internacionales, en particular ante el Sistema Europeo de Bancos Centrales, puesto que asume la condición de miembro del Consejo de Gobierno y del Consejo general del Banco Central Europeo. El Subgobernador es nombrado por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía, por un plazo, al igual que el Gobernador, de seis años, y le sustituirá en los casos de vacante, ausencia o enfermedad, en el ejercicio de sus atribuciones de dirección superior y de representación de la Entidad.

El Consejo de Gobierno está integrado por el Gobernador, el Subgobernador, el Director general del Tesoro y Política Financiera, el Vicepresidente de la CNMV y seis Consejeros designados por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía, oído el Gobernador. Se prevé, además, la asistencia con voz y sin voto de los Directores generales del Banco de España, su Secretario y un representante del personal, así como, si lo estiman oportuno, del Ministro o el Secretario de Estado de Economía. Sus funciones se establecen en el art. 21 y son básicamente las de aprobación de las directrices generales de actuación del Banco, en particular sobre política mone-

taria, supervisar la actuación de la Comisión ejecutiva y aprobar el Informe anual.

La Comisión ejecutiva (arts. 22 y ss.) está formada por el Gobernador, el Subgobernador y dos Consejeros nombrados por el Consejo de Gobierno a propuesta del Gobernador, de entre los miembros no natos y está encargada de ejecutar las directrices generales. También desempeñan tareas de ejecución, así como de gestión y administración, los Directores generales, a las órdenes inmediatas del Subgobernador.

La organización administrativa del Banco se divide en dos ramas, la administración central y las sucursales. La primera (arts. 25 y ss.) se estructura en oficinas y servicios centrales, a cuyo frente se sitúa un jefe de oficina. Las sucursales están dirigidas por un director auxiliado por el interventor, un cajero y el secretario.

Las competencias del Banco de España se enumeran en los artículos 7 y ss. de la Ley 13/1994, debiendo tenerse en cuenta, como se ha señalado con anterioridad, que la mayor parte de ellas deben ejercerse con arreglo a las instrucciones del Banco Central Europeo. Con esta salvedad, le corresponde:

1. Definir y controlar la política monetaria.
2. Instrumentar la política de tipo de cambio.
3. Oficiar como Banco del Estado a través del servicio de tesorería y los servicios relativos a la Deuda Pública.
4. La emisión de billetes y puesta en circulación de moneda metálica.
5. Promover el buen funcionamiento y la estabilidad del sistema financiero español y del sistema de pagos.
6. La intervención y disciplina de las Entidades de crédito.
7. El asesoramiento al Gobierno mediante la elaboración y publicación periódica de estadísticas, así como la realización de informes y estudios, tales como el Informe de coyuntura económica.

En el ejercicio de estas competencias el Banco de España, a tenor del art. 3 de su Ley de Autonomía, puede dictar disposiciones normativas con la denominación de circulares monetarias, si se dictan para el desarrollo de las potestades homónimas previstas en los arts. 7.3 y 15 de la Ley 13/1994, y de circulares para el resto de las materias, si bien en este caso sólo para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente para ello. Su elaboración se rige por el procedimiento establecido en el art. 3.2, que dispone, para las circulares, la obligada audiencia de los sectores interesados y para ambas, la emisión de los informes técnicos y jurídicos preceptivos por los servicios competentes del Banco, así como aquellos otros que se estimen convenientes; su aprobación por el Consejo de Gobierno; su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*; su entrada en vigor de acuerdo con las normas generales del art. 2.1 del Código Civil y su impugnabilidad directa ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, según el procedimiento que para las disposiciones reglamentarias establece la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Las Circulares del Banco de España tienen naturaleza jurídica de lo que Tomás Ramón Fernández<sup>16</sup> ha calificado de reglamentos no estatutarios de Administraciones no territoriales. Reconocida su legitimidad constitucional por la STC 135/1992, de 5 de octubre, conforme a la cual la atribución al Gobierno de la potestad reglamentaria por el art. 97 de la CE no debe interpretarse de manera estricta, de modo que es posible su desconcentración<sup>17</sup>, el mayor problema que plantean estas normas es el de su relación con la ley y los reglamentos generales. El propio autor citado entiende que se subordinan directamente a la ley que las habilita, relacionándose con las demás disposiciones reglamentarias según el principio de competencia. No obstante, atendiendo a la incidencia frente a terceros de este tipo de normas, que rompe la condición general de la STC 185/1995, de 14 de diciembre, de que regulen aspectos meramente estatutarios de las Administraciones correspondientes, creo más conveniente adoptar un criterio más restrictivo y subrayar la sumisión plena de estas Circulares no sólo a la Ley 13/1994, sino también a los reglamentos que expresamente prevean su desarrollo a través de aquéllas<sup>18</sup>. Esta conclusión se ve reforzada, por lo demás, en la diferente posición que ocupan los organismos de la Administración independiente frente a las Administraciones territoriales menores, en especial la Administración local, al no encontrarse en aquéllos rastro alguno del principio de devolución de poderes y el carácter democrático que caracterizan a ésta.

Por lo que respecta a los Fondos de Garantía de Depósitos de las Entidades de crédito, son una institución de origen eminentemente bancario, luego extendido al conjunto del sector financiero. Su creación en España data de 1977, con el fin de garantizar a los impositores de las entidades bancarias la percepción, en caso de crisis de éstas, de al menos unos una parte de la cuantía de sus depósitos (inicialmente se fijó un máximo de 500.000 pesetas, que ha ido aumentando posteriormente). En marzo de 1980 y agosto de 1981 se reformó en profundidad esta institución al ampliar sus

<sup>16</sup> E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de derecho administrativo*, I, Civitas, Madrid, 1995, p. 205.

<sup>17</sup> En el mismo sentido, la STC 133/1997, de 16 de julio, respecto de las Circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, previstas, con naturaleza similar, aunque con un ámbito más restringido a las del Banco de España, en el art. 15 de la Ley del Mercado de Valores, 24/1988, de 28 de julio, modificada por Ley 37/1998, de 16 de noviembre.

<sup>18</sup> En sentido similar, Parejo Alfonso: «La potestad normativa de este tipo de Administraciones es siempre y necesariamente así, especial o particular, además de dependiente del bloque de legalidad (Ley + Reglamento de la correspondiente instancia territorial) del ordenamiento en el que se insertan o del que forman parte.» L. Parejo Alfonso, «La potestad normativa de las Administraciones independientes», en *Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, t. I, Civitas, Madrid, 1994, p. 651. Mayores restricciones aún formula Magide Herrero, para quien, aun no requiriéndose por la ley habilitación reglamentaria expresa para dictar estas circulares, siempre le es posible al Gobierno, en atención al art. 97 CE, interponer su potestad reglamentaria entre la ley y la normativa producida por el Banco de España, salvo en el caso de las Circulares monetarias, respecto de las que dicha intervención queda excluida por el art. 7 de la Ley 13/1994 y la sumisión general del Banco a las instrucciones del BCE (art. 1.3 Ley 13/1994). M. Magide Herrero, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, op. cit., p. 446.

objetivos a la resolución de las situaciones patrimoniales conflictivas de los bancos es situación de insolvencia o iliquidez y por el citado RD 2606/1996, de 20 de diciembre, se regulan regímenes paralelos para las Cajas de ahorro y las Cooperativas de crédito. De este modo, los Fondos de Garantía de Depósitos son entidades con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el desarrollo de sus fines, que actúan en régimen de derecho privado, pudiendo asumir pérdidas, prestar garantías y adquirir activos. La pertenencia a los Fondos es obligatoria para las Entidades de crédito, salvo que renuncien a la financiación del Banco de España. Sus activos se constituyen en sus dos terceras partes por aportaciones de las Entidades de crédito, depositadas ante el Banco de España y no imputables al coeficiente de caja; el tercio restante lo integran aportaciones del propio Banco.

Finalmente, es el régimen de los Fondos de Garantía de depósitos está también afectado por la Directiva 94/19/CE, de 30 de mayo, que, entre otras previsiones, incluye el establecimiento de una tasa de cobertura de hasta 20.000 ecus (euros, tras el Reglamento de 3 de mayo de 1998) por depositante o la obligación de las Entidades de crédito de poner a disposición de sus depositantes la información necesaria para identificar el sistema de garantía al que pertenece la Entidad.

### III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL Y DEL INSTITUTO CERVANTES

#### 3.1. Aspectos generales

La disposición adicional novena continúa, al igual que sus precedentes y varias de las que la suceden, con la determinación del régimen jurídico aplicable a determinados organismos que por distintas razones no pueden encajarse dentro del marco general (órganos de la Administración Central, órganos periféricos y organismos públicos) que diseña la LOFAGE. Dispone este precepto que «la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Consejo Económico y Social y el Instituto Cervantes continuarán rigiéndose por su legislación específica, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación y supletoriamente por esta ley». Al margen del consabido empacho de mayúsculas, sobre el que no conviene añadir nada más bajo pena de repetitivo, destaca la extrema diversidad de los organismos recogidos en este precepto<sup>19</sup>. Es sabido que la falta de homogeneidad en el contenido de las normas jurídicas no es un vicio determinante de inconstitucionalidad (SSTC 99/1987, de 11 de junio y 194/2000), pero no por ello deja de ser no sólo poco elegante, sino contrario al principio

<sup>19</sup> Este aspecto ha sido también subrayado por G. Fernández Farreres y G. Fernández Farreres, «Administraciones instrumentales», *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 346.

de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) puesto en cuestión cuando incluso los expertos en derecho tienen dificultades para el simple proceso de encontrar la normativa aplicable al caso <sup>20</sup>.

Este defecto queda aumentado en este caso debido a lo discutible del régimen previsto para los tres organismos citados. Todos ellos partían de un denominador común en su situación previa a la entrada en vigor de la LOFAGE: sus normas específicas (en concreto la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, para la Agencia Tributaria; la Ley 21/1991, de 17 de junio, para el Consejo Económico y Social y la Ley 7/1991, de 23 de marzo, para el Instituto Cervantes) los describían como entes de derecho público de los previstos en el art. 6.5 de la Ley General Presupuestaria (LGP —texto refundido aprobado por RDLeg 1091/1988, de 23 de septiembre—). Es sabido que este precepto está derogado en la actualidad en virtud de la LOFAGE [disposición derogatoria única, aptdo. 1.f)]. Sin embargo, la propia norma ha querido preservar la especificidad de estos organismos y excluirlos de la aplicación de sus disposiciones relativas a los organismos públicos, y para ello se incluye esta disposición adicional, conforme a la cual han de regirse por su legislación específica y las normas de la LGP y sólo de forma supletoria por la LOFAGE. Si bien esta opción puede resultar aceptable respecto del Consejo Económico y Social, debe rechazarse de las otras dos entidades.

Ciertamente: el Consejo Económico y Social es un órgano consultivo (art. 1.2 de la Ley 21/1991) al que no termina de cuadrar la naturaleza de ente de derecho público sometido en su régimen jurídico al derecho privado <sup>21</sup>, de modo que es explicable que ante las dudas que genera esta situación ya dada el legislador optase por mantener, mal que bien, este régimen sin pretender adaptarlo a las formas de organismo autónomo o entidad pública empresarial previstas con pretensión de generalidad en el art. 43 de la LOFAGE. No puede decirse lo mismo de la Agencia tributaria y del Instituto

<sup>20</sup> El genio jurídico romano ya vio con prevención esta práctica, frecuentemente ejercida durante el final de la República, e intentó, no siempre con éxito, ponerle freno. Entre los esfuerzos más decididos destacó la *lex Cecilia Didia, de modo legum promulgandorum*, que renovó en el año 98 a. C. una prohibición, ya existente, de la llamada *rogatio saturam*, esto es, la propuesta ante la Asamblea plebeya (que desde la *lex Hortensia* —276 a. C.— había desplazado en la práctica a los comicios centuriados como sistema de asamblea popular para la aprobación de las leyes) referida a más de una materia. Por cierto, la propia Roma fue testigo de algunas consecuencias extremas que pueden derivarse de la falta de seguridad jurídica que implican actuaciones de este tipo: la historia nos refiere cómo uno de los factores desencadenantes de la guerra civil entre Pompeyo y César fue la abrogación de la llamada ley de los diez tribunos (año 53 a. C.), por la que se permitía a éste presentarse a las elecciones consulares sin cruzar el *pomerium* de la ciudad y, por tanto, sin perder su *imperium* (César, *Guerra civil*, I, 32, 3; Tito Livio, *Períocas*, del libro 107, 5). Esta derogación se produjo en virtud de la *lex Pompeia de iure magistratuum* (año 52 a. C.), que regulaba diversas materias y que debía incluir un codicilo que salvase la vigencia de la excepción para César; pero, ¿olvido oportuno?, el codicilo no llegó a incluirse en las tablillas de bronce guardadas en el *aerarium* y no entró en vigor, lo que motivó la crisis constitucional que culminó en el célebre paso del Rubicón y el fin de la República (Suetonio, *Vida de los doce Césares*, César, 28, 2).

<sup>21</sup> Sin detenernos ahora en una cuestión que ha de ser desarrollada más adelante, puede citarse algún recelo doctrinal como el expresado en R. Parada Vázquez, *Derecho administrativo*, II, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 369.

Cervantes, puesto que ambos pueden encajar perfectamente en el régimen, por lo demás flexible<sup>22</sup>, de los organismos autónomos. En el caso de la Agencia tributaria, porque el alto contenido jurídico público de sus funciones no aconseja una mayor especialidad respecto del núcleo del derecho administrativo. Respecto del Instituto Cervantes, no encuentro razones que justifiquen la permanencia en esa penumbra conceptual (al menos en el ámbito legislativo puesto que no sucede lo mismo si se desciende al rango reglamentario como luego se verá) cuando organismos como Patrimonio Nacional hace tiempo que han encontrado cobijo bajo el manto del organismo autónomo, sin perder, por ello, la regulación específica en aquellos aspectos que así lo requieren (art. 63 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que conserva de forma expresa las especialidades establecidas en la Ley 23/1982, de 16 de junio). Más aún, ni el proyecto de 1995 (BOCG de 21 de octubre de 1995) ni el de 1996 (BOCG de 21 de junio de 1996) contenían disposición alguna que excluyese a éste de la aplicación directa de la LOFAGE; tampoco el texto aprobado por el Congreso, y sólo a partir del informe de la Ponencia en el Senado (BOCG, Senado, de 12 de febrero de 1997) encontramos la redacción que iba a ser definitiva, lo que, lamentablemente da la razón a quienes vienen criticando lo poco propicio que es nuestro procedimiento legislativo para garantizar la calidad de las leyes<sup>23</sup>.

### 3.2. La agencia estatal de la Administración Tributaria

Dejando a un lado estos aspectos generales, resulta oportuno enunciar algunos de los rasgos más destacados del régimen jurídico de cada uno de estos organismos. La Agencia estatal de administración tributaria, más conocida como Agencia tributaria fue creada por la citada Ley 31/1990, de Presupuestos para 1991 en su art. 103 y puesta en funcionamiento efectivo el 1 de enero de 1992. En la actualidad, se define como una «entidad de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios que actúa con autonomía de gestión y plena capacidad jurídica, pública y privada en el cumplimiento de sus fines» adscrita a la Secretaría de Estado de Hacienda, dentro del Ministerio homónimo, y se rige en su actuación y funcionamiento «por lo dispuesto en el art. 103 de la Ley 31/1990 (...), su Estatuto orgánico y demás normativa específica». Tanto la definición de su naturaleza como la enumeración de las normas aplicables proceden de la disposición adi-

<sup>22</sup> Recuérdese que, fuera de lo dispuesto en los 45 a 52 de la LOFAGE, son la norma de creación y los Estatutos los que han de regir su funcionamiento (arts. 61 y 62 LOFAGE).

<sup>23</sup> En este sentido, por ejemplo, B. Pendás García, «Procedimiento legislativo y calidad de las leyes», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 28, enero-abril de 1990. En particular, pueden resaltarse dos párrafos: «Es cierto, por desgracia, que nuestro *iter* no cumple casi ninguna de las exigencias enunciadas en su día por Thomas Jefferson: precisión en los asuntos, economía en el tiempo, orden, uniformidad, imparcialidad» (p. 84). «Superado el trámite de Ponencia, lo mejor que puede ocurrir con un futuro texto legal es que no empeore...» (p. 95).



cional 3.a) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, reguladora del IRPF, que, parece venir a dar cumplimiento a la previsión de la disposición transitoria 3.a) de la LOFAGE de que en el plazo de dos años se adaptasen a las previsiones de la ley todos los organismos autónomos y demás entes de derecho público. Sin embargo, no es éste el resultado producido, ya que el nuevo estatuto de la Agencia la configura como un ente absolutamente atípico en nuestro derecho.

Quizá no sea académicamente muy preciso, pero no plantea mayores problemas su definición como ente de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios y plena capacidad jurídica, pública y privada.

No es, en cambio, aceptable que actúe con autonomía de gestión, expresión que da la sensación de querer acercar a la Agencia a los órganos calificados de Administraciones independientes, a los que me he referido en el comentario a la disposición adicional anterior, y que parece querer reforzarse con lo que es una derogación implícita de la disposición objeto de este comentario en lo relativo a la Agencia, ya que la normativa enumerada excluye, a contrario, la aplicabilidad de la LGP y la subsidiaria de la LOFAGE. Ante todo, porque encargar a una Administración independiente una materia tan propia de las potestades públicas como es la exacción de impuestos, repugna las más elementales exigencias del derecho público desde que éste merece tal nombre, amén de los principios políticos básicos del Estado liberal democrático. Es cierto que desde hace años no faltan ejemplos de privatización de potestades netamente públicas, en especial en el ámbito municipal, como son la retirada de vehículos de la vía pública o el cobro de multas y también es cierto que se vienen vendiendo estas operaciones con reclamos tales como «modernización» y «flexibilización» de la Administración. Lo cierto es que, de un lado, la privatización de potestades públicas —por supuesto en régimen de monopolio— nada tiene de novedoso<sup>24</sup>. De otro, la flexibilización de la Administración se consigue mucho mejor, no a través de la introducción de instituciones privadas en un derecho público cuyos principios no son siempre propicios para aquéllas, sino abandonando a la iniciativa privada las tareas que, por no tener carácter de públicas, pueden ser desarrolladas por la sociedad.

Por otro lado, la independencia de gestión debe rechazarse porque no se reúnen, a mi entender, las condiciones necesarias para asegurar una auténtica independencia de la Agencia frente al Ministerio de Hacienda. Así, si bien existe una cierta autonomía financiera (los recursos de la Agencia no se constituyen tan sólo con las aportaciones presupuestarias, sino que con-

<sup>24</sup> En un artículo que ya incluye alguna referencia a la Roma clásica me permito añadir otra: Tito Livio nos refiere cómo un hombre de honradez intachable, el consular Publio Rutilio Rufo fue enviado al destierro como venganza del *ordo equester* por las reformas que introdujo en la Provincia de Asia respecto de la recaudación de tributos, la cual confirmó, aunque alivió en sus cuantías, el sistema vigente de «contratar» con un privado —los conocidos publicanos— las cuantías totales que debía percibir el *aerarium populi romani*, dejando a éste manos libres en cuanto al medio de percibirlas y la determinación de su beneficio. Véase Tito Livio, *Periôcas*, del libro 70, edición de Villar Vidal, Gredos, Madrid, 1995, p. 131.

templán otras fuentes como un porcentaje de la recaudación que se derive de los actos de liquidación y recaudación —art. 79 de la Ley 50/1998— e incluso de funcionamiento, puesto que sólo los actos de liquidación, recaudación e inspección son impugnables en vía administrativa (ante los tribunales económico-administrativos, conforme al texto articulado del procedimiento económico-administrativo, aprobado por RDLeg de 12 de junio de 1980) de modo que los restantes acceden directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa (sin perjuicio del potestativo recurso de reposición del art. 160 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 (LGT), son más los datos contrarios a esta independencia. En particular destaca la nula independencia orgánica, ya que los órganos superiores de la Agencia, el Presidente y el Director General, se rigen en cuanto a su nombramiento por disposiciones similares al resto de altos cargos de la Administración: el primero será, bien el Secretario de Estado de Hacienda, bien la persona que designe el Gobierno a propuesta del Ministro de Hacienda, a quien se otorga rango de Secretario de Estado; el Director General, que tiene rango de Subsecretario, es nombrado por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Hacienda. Pero, más importante, en todas sus funciones, la Agencia está supeditada a las instrucciones que se le impartan por el Ministerio de Hacienda. Así, es el Ministro de Hacienda el órgano superior en todas las principales funciones de la Agencia (en materia de recaudación, art. 7 del Reglamento General de Recaudación, de 20 de diciembre de 1990, y en materia de inspección, art. 4 del Reglamento General de Inspección de Tributos, de 25 de abril de 1986); a mayor abundamiento, es el Gobierno quien debe rendir cuenta ante las Cortes de los objetivos y directrices de la Agencia (p. ej., disposición adicional vigésima octava de la Ley 50/1998). Por tanto, es la Administración General del Estado y, más concretamente, el Ministerio de Hacienda, el que conserva la dirección, o dominio eminente (por utilizar un término querido para los civilistas) de las facultades que se atribuyen a la Agencia tributaria.

Despejada la cuestión anterior, el resto de materias requiere mayor brevedad: corresponde a la Agencia tributaria la gestión, recaudación e inspección de los tributos del Estado, así como de las Comunidades Autónomas cuando así lo dispongan sus respectivas leyes de cesión, y la coordinación con los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas cuando ostenten competencias de gestión tributaria y las Haciendas locales; en fin, es también misión de la Agencia auxiliar a los Juzgados y Tribunales de Justicia y al Ministerio Fiscal en la persecución de los delitos públicos, función ésta amparada en el art. 118 CE, como ha subrayado Martín Queralt<sup>25</sup>.

Junto a los órganos rectores ya citados, la organización de la Agencia se divide entre órganos centrales y órganos periféricos. Los primeros, llamados Servicios centrales, se integran por un conjunto de Departamentos, dependientes del Director General, ya sea con competencias sectoriales y ad extra (p. ej., los Departamentos de recaudación, aduanas o de inspección

<sup>25</sup> J. Martín Queralt, *Curso de derecho financiero y tributario*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 355.

financiera y tributaria), ya generales e internas (los de recursos humanos o de informática tributaria). Para dirigirlos existe un Comité permanente de dirección, formado básicamente por el Presidente de la Agencia y los Jefes de los Departamentos y una Comisión de seguridad y control, ésta con funciones de elaboración de directrices internas. Mención aparte merece la Comisión mixta de coordinación de la gestión tributaria, creada en 1996, y también integrada en dichos Servicios centrales, integrada por representantes de la Agencia y de las Comunidades Autónomas no forales y con funciones consultivas y de coordinación (art. 64 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía). Asimismo, la Ley 21/2001 crea el Consejo Superior de Dirección, regulado en su art. 63, integrado por representantes de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, éstos elegidos anualmente por el Consejo de Política Fiscal y Financiera y con funciones de informe, propuesta y asesoramiento.

La Administración periférica la forman las Delegaciones especiales (una por cada Comunidad Autónoma) y las Delegaciones de la Agencia, dependientes de éstas y de ámbito provincial. Para su dirección existe un Comité de coordinación de la dirección territorial, integrado por los miembros del Comité de dirección y por los Delegados especiales; no falta tampoco, introducido por el art. 34 de la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, y regulado actualmente por el art. 65 de la Ley 21/2001, un Consejo Territorial por cada Delegación especial, integrado por representantes de la Agencia y de las Administraciones tributarias autonómicas, con funciones de coordinación con respecto a los tributos cedidos, salvo en el caso del IRPF, respecto de cuyo tramo autonómico ostentan funciones de dirección de la gestión.

### 3.3. El Consejo Económico y Social

El Consejo Económico y Social se regula, por su parte, en la citada Ley 21/1991, de 17 de junio. De los tres organismos aludidos en esta disposición adicional es el que encuentra mayor justificación para ser excluido del régimen de los organismos públicos, dada su naturaleza de órgano estrictamente consultivo, ajeno a la escala jerárquica de los órganos activos, muy similar a la del Consejo de Estado.

Antes de adentrarnos brevemente en la naturaleza órganos y funciones del Consejo no está de más una somera referencia a algunos precedentes tanto en el derecho comparado como en nuestro derecho histórico<sup>26</sup>. Con orígenes remotos en la Alemania de Bismarck, es el período de entreguerras,

<sup>26</sup> Para una información más detallada, véase M. Alonso Olea, «Senados corporativos y Consejos Económicos y Sociales», *Tribuna sobre la reforma del Senado*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1996, pp. 165 y ss., y J. L. García Ruiz, «Representación de intereses y Consejos Económicos y Sociales»,

con el auge recuperado de un principio corporativo que parecía haber sido enviado al desván del derecho público por las Revoluciones liberales<sup>27</sup>, el que conoce la aparición generalizada de estos Consejos, a partir del modelo ofrecido por la Constitución de Weimar, caracterizado por una representación plural de los distintos «colectivos» o «cuerpos» del ámbito económico y una cierta vocación planificadora.

La asunción por la ideología fascista de buena parte de los postulados corporativistas<sup>28</sup> supuso una merma de su prestigio al final de la II Guerra Mundial, de modo que las nuevas constituciones habían de contemplar con recelo unos órganos tan ligados a estos principios. No obstante, la realidad del Estado contemporáneo en el que, como ya he apuntado en algún comentario anterior, la más intensa intervención estatal favorece la aparición de fenómenos asociativos en diversos colectivos que tratan de presionar a los poderes públicos (con no poco éxito) para dirigir en su favor dicha intervención, permitió la supervivencia de estos órganos. Ahora bien, el nuevo modelo no va a tener en cuenta tanto una finalidad planificadora como otra de consulta y, en ocasiones, de foro de negociación entre sectores económicos. A este patrón responden los Consejos Económicos y Sociales previstos en Francia (Constituciones de 1946 y, más tarde, de 1958 —art. 69— y Ley Orgánica de 29 de diciembre de 1958), Italia (art. 99 de su Constitución de 1947) y Portugal (art. 95 de su Constitución de 1976, una vez que las reformas de 1982 y 1989, borraron el vetusto Consejo del Plan previsto en la redacción original del texto). Únicamente el Consejo Económico y Social aprobado por Ley de 27 de enero de 1950, sobre la base del entonces art. 153 (hoy art. 134, tras la reforma constitucional de 1983) en los Países Bajos asume funciones más amplias, incluso de carácter normativo. En nuestro derecho histórico, ningún régimen liberal-democrático había desarrollado hasta la fecha un órgano similar, pero la Constitución republicana sí amparaba su creación, pues su art. 93 establecía que «una ley especial regulará la creación y el funcionamiento de los órganos asesores y de ordenación económica de la Administración del Gobierno y de las Cortes».

Como es sabido, la actual CE de 1978 prevé un Consejo de planificación al estilo del modelo de entreguerras en su art. 131.2 bajo cuyos términos «el Gobierno elaborará los proyectos de planificación, [que requieren rango legal] de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin,

---

*Constitución y derecho público, Estudios en homenaje a Santiago Varela*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1995, pp. 163 y ss.

<sup>27</sup> Especialmente en Europa, por influencia del modelo francés. Recuérdese en este país normas incluso prerrevolucionarias, como el Edicto de Turgot de 1776 y, ya derribado el Antiguo Régimen, la Ley de Le Chapelier, de 1791.

<sup>28</sup> Un ejemplo lo constituye la Cámara Nacional de los fascios y de las corporaciones creada en 1939 en la Italia de Mussolini como remedo de un órgano legislativo, aunque sus funciones no pasaban de la consulta cualificada. En España puede citarse como modelo la Cámara corporativa del Proyecto constitucional de Primo de Rivera en 1929.

se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley». Sin embargo, la mayor parte de la doctrina niega que el Consejo Económico y Social establecido en la Ley 21/1991 sea desarrollo de este precepto, al que tampoco se invoca en la Exposición de motivos, sino más bien del principio de participación de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, previsto, entre otros, en el art. 105.a) CE<sup>29</sup>.

Con independencia de lo anterior, el Consejo Económico y Social es un órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral (art. 1.2 de la Ley 21/1991) que adopta la forma jurídica de un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad, autonomía orgánica y funcional para el cumplimiento de sus fines, adscrito al Ministerio de trabajo (art. 1.3). Dos cuestiones destacan de esta definición. Ante todo, la forma jurídica de ente de derecho público regido por el derecho privado, que no parece convenir a las funciones del organismo, muy similar, como ya he señalado, al asesoramiento formal del Consejo de Estado, cuya estructura podía haber sido una buena fuente de inspiración<sup>30</sup>. 2. Consecuencia de esta forma jurídica es que su régimen de contratación se somete al derecho privado y que su personal tiene la condición de personal laboral (art. 9 Ley 21/1991). Por otro lado, la expresión «autonomía orgánica y funcional» no debe inducir a confusión: el Consejo Económico y Social no puede ser incluido dentro de las Administraciones independientes, por cuanto no pertenece a la línea activa. La independencia que reclama el art. 1.3 de la Ley 21/1991 es la que de forma tradicional corresponde a los órganos consultivos, que no entran dentro de la línea jerárquica del Ministerio, dado que no asumen funciones de resolución.

El Consejo Económico y Social se compone de 61 miembros, incluido su Presidente (art. 2.1 de la Ley 21/1991); de ellos, 20 en representación de las organizaciones sindicales, otros 20 en representación de las organizaciones empresariales y un tercer grupo, más heterogéneo, formado por representantes del sector agrario (tres), marítimo-pesquero (tres), consumidores y usuarios (cuatro), sector de la economía social (cuatro) y los seis restantes expertos en materias competencia del Consejo nombrados por el Gobierno. El Presidente es, asimismo, nombrado por el Gobierno a propuesta conjunta de los Ministros de trabajo y de economía, previa consulta con los grupos de representación que integran el Consejo y deberá contar con el apoyo de al menos dos tercios de sus miembros (art. 3.1). El mandato

<sup>29</sup> En este sentido, Parada Vázquez, *Derecho administrativo*, II, *Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 368 y 369, y Alonso Olea, *op. cit.*, p. 176; en contra, J. L. García Ruiz, *op. cit.*, p. 185, para quien, con independencia de la voluntad del legislador, una vez creado, el Consejo Económico y Social, sólo puede ser proyección del art. 131.2 CE; una posición intermedia, bastante acertada en mi opinión, es la defendida por M. Bassols Coma, artículo 131, «La planificación de la actividad económica general», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. X, EDERSA, 1998, p. 179, para quien la evidente modestia del órgano no impide el que, en caso de un resurgir de la hoy en crisis actividad planificadora, el Consejo estaría llamado a desempeñar las funciones previstas en el art. 131 CE.

<sup>30</sup> Parada Vázquez, *op. cit.*, p. 369, habla de «forma rigurosamente anómala».

de todos los miembros del Consejo es de cuatro años, renovable (art. 3.4), y sus derechos y deberes se regulan en los arts. 8 y 9 de su reglamento de organización interna, aprobado por acuerdo del Pleno de 25 de febrero de 1993, en ejercicio de la competencia que le atribuye el art. 7.1.4 de la Ley. Entre ellos destacan la facultad de presentar mociones que ha de debatir el Consejo y, de otro lado, el deber de reserva y los que se deriven de su régimen de incompatibilidades.

Son órganos del Consejo el Presidente, los Vicepresidentes, el Secretario General, el Pleno, la Comisión permanente y las Comisiones de trabajo (art. 5 de la Ley 21/1991, que recuerda inmediatamente a la organización del Consejo de Estado). El Presidente dirige la actuación del Consejo, ostenta su representación y asume todas las facultades de ordenación de la actividad del Pleno y de la Comisión permanente (convocatoria, fijación del orden del día, moderación de los debates, visado de actas y ejecución de acuerdos), así como aquellas otras que le atribuyan las leyes o el reglamento de organización interna (art. 8 Ley 21/1991). Los Vicepresidentes son nombrados por el Pleno de entre sus miembros a propuesta, cada uno de ellos, de los representantes de los sindicatos y de las organizaciones empresariales, respectivamente (art. 3.4) y ostentan las funciones típicas de sustitución del Presidente y aquéllas otras que expresamente se les atribuyan. El Secretario General es nombrado y separado libremente por el Gobierno por el mismo procedimiento que el previsto para la designación del Presidente (art. 3.2). Está al frente de la Secretaría General y entre sus funciones destacan las de dirigir los distintos servicios del Consejo con arreglo a los principios de economía, celeridad y eficacia, asistir a las reuniones del Pleno y de la Comisión permanente y custodia de documentos (art. 8.2).

Los órganos colegiados del Consejo son el Pleno, la Comisión permanente y las Comisiones de trabajo. De acuerdo con el art. 6 de la Ley 21/1991, el Pleno está formado por la totalidad de los miembros del Consejo, dirigidos por su Presidente y asistidos por el Secretario General. Ha de reunirse una vez al mes en sesión ordinaria con al menos veinte de sus integrantes más el Presidente y el Secretario General o quienes legalmente les sustituyan y para la válida adopción de acuerdos requiere del voto favorable de la mayoría absoluta de los asistentes. Sus funciones son las de emisión de dictamen cuando el Consejo sea requerido para ello, la aprobación del reglamento de organización interna (art. 7.1.4 citado) y la elaboración de la propuesta de anteproyecto de los presupuestos del Consejo que se ha de elevar al Gobierno anualmente (art. 9.1). La Comisión permanente se compone del Presidente del Consejo, que la dirige, y seis miembros de cada uno de los tres grupos que conforman el Consejo, asistidos por el Secretario General y asume las facultades de dictamen que expresamente le delegue el Pleno [art. 6, aptdos. 1.d) y 2]. Las Comisiones de trabajo se constituyen por el Pleno con carácter permanente o especial y con los miembros y funciones que aquél determine, debiendo guardarse en su composición la presencia y proporcionalidad de los distintos grupos del Consejo.



Por último, las funciones del Consejo se regulan en el art. 7 de la Ley. Algunos autores han criticado lo cicatero de su enumeración<sup>31</sup> pero en mi opinión no debe reforzarse en demasía el significado jurídico de los dictámenes del Consejo Económico y Social, ya que, si bien es adecuado escuchar a quienes se han de ver afectados por la legislación, no resulta conveniente que los órganos con potestades normativas puedan quedar atrapados por los grupos de intereses que cuentan con mayor capacidad de movilización. Nuestra democracia es, además, una democracia representativa y de cuño liberal y, aunque no pueda ignorarse que ciertas corporaciones ostentan una notable legitimidad para hacer oír sus propuestas, no pueden tener en sus manos los medios para impedir el legítimo ejercicio por el Gobierno y el legislador de sus competencias. En fin, tampoco debe olvidarse que no faltan medios alternativos para que estos grupos hagan llegar al poder público sus aspiraciones, como la negociación directa con el Gobierno o las comparecencias informativas que en los últimos tiempos tienen lugar en las Cámaras parlamentarias con ocasión de la tramitación de proyectos de ley de especial envergadura. Entre las más recientes podemos recordar las celebradas en el Congreso de los Diputados los días 3 y 4 de marzo de 1999 con ocasión de la tramitación del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (hoy Ley 1/2000, de 7 de enero) así como las que se sucedieron del 27 al 29 de marzo de 2001 en relación con el Proyecto de Ley del Plan Hidrológico Nacional, hoy Ley 10/2001, de 5 de julio<sup>32</sup>.

Por lo que atañe al contenido concreto de estas funciones, al margen de las facultades de informe y estudio de asuntos que se le solicite por parte de los miembros del Gobierno, la principal es la de dictaminar anteproyectos y proyectos de disposiciones normativas de rango legal o reglamentario con carácter preceptivo y, de forma facultativa, sobre cualquier asunto que le sea sometido por el Gobierno o cualquiera de sus miembros. El dictamen preceptivo se extiende a aquellas iniciativas que se considere por el Gobierno que tienen una especial trascendencia en materias socioeconómicas y laborales, con la excepción expresa del anteproyecto de ley de presupuestos generales del Estado, así como a las que afecten a la organización, funcionamiento o competencias del Consejo. Dos matices al respecto: la exclusión del anteproyecto de ley de presupuestos generales del Estado no afecta a los anteproyectos de lo que se conoce como leyes de acompañamiento, figura parlamentaria nacida de la STC 76/1992 (que limita el contenido máximo admisible de las Leyes de Presupuestos) con el fin de dar cabida, en una iniciativa legislativa formalmente ordinaria pero de tramitación paralela a la de los

<sup>31</sup> Especialmente Parada Vázquez, *op. cit.*, p. 369, quien habla textualmente de las «parcas funciones» del Consejo.

<sup>32</sup> En ambos casos las comparecencias, que tuvieron lugar antes de la finalización del plazo de presentación de enmiendas al articulado, ofrecieron a los parlamentarios una buena oportunidad para conocer aspectos destacables de la materia sobre la que debían legislar. En relación con esta relativa novedad en el derecho parlamentario continental, véase A. Dorrego de Carlos, «La elaboración de la Ley de Enjuiciamiento Civil: aspectos parlamentarios», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 49, primer cuatrimestre de 2000, pp. 87 y ss.

Presupuestos, a aquellas modificaciones legislativas consideradas complementarias de la política presupuestaria anual, pero que exceden de los límites materiales que constriñen a aquéllas<sup>33</sup>. De otro lado, la eventual omisión del dictamen del Consejo Económico y Social, aun en los casos en que es calificado como preceptivo, no ha de entenderse como causa de inconstitucionalidad de la ley afectada, puesto que no forma parte, en rigor, del procedimiento legislativo y no viene impuesto por la Constitución, con las consabidas salvedades establecidas por la STC 108/1986, de 29 de julio, esto es, que las Cámaras entiendan que la falta de este informe ha sido determinante de una incorrecta formación de su voluntad, alegada, además, a lo largo de la tramitación de la norma.

### 3.4. El Instituto Cervantes

El último de los organismos aludidos en la disposición adicional novena, se regula por la citada Ley 7/1991. Ante todo, debe destacarse que la adaptación a la LOFAGE de esta entidad dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigor de ésta prevista en su disposición transitoria 3.a), no se ha hecho por ley, sino por norma reglamentaria, de manera que la Ley 7/1991 le sigue definiendo (arts. 1 y 2) como una «entidad de derecho público de las previstas en el art. 6.5 de la LGP», «sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que ajustará su actividad al ordenamiento jurídico privado». La citada adaptación del Instituto se ha llevado a cabo mediante el RD 1526/1999, de 1 de octubre, que aprueba su reglamento. Ello plantea a primera vista algún contraste con lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la LOFAGE, con arreglo a la cual parece necesaria una norma de rango legal, ya que el Instituto no era un organismo autónomo ni lo que en la actualidad se denomina entidad pública empresarial y además se establecen en este reglamento particularidades en materia de personal, contratación y régimen, que impiden la adaptación mediante reglamento. Sin embargo, la opción por la adaptación a la LOFAGE a través de norma de rango infralegal puede defenderse teniendo en cuenta la remisión a la legislación específica de la disposición adicional novena de la LOFAGE, y a que la Ley 7/1991 habilita expresamente al Gobierno para aprobar «el reglamento del Instituto en el que se recogerán las normas básicas de organización y funcionamiento del mismo» (disposición final primera).

Sentado lo anterior, el art. 2 del reglamento define al Instituto Cervantes como «un organismo público sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que ajustará sus actividades al ordenamiento jurídico privado». Nada se dice respecto

<sup>33</sup> Por citar el ejemplo más reciente, el proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, de 10 de octubre de 2001) que complementa al proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2002 ha sido informado por el Consejo Económico y Social mediante dictamen aprobado por el Pleno el 3 de octubre de 2001.

del tipo de organismo público que es el Instituto. Teniendo en cuenta el sometimiento de sus actividades al ordenamiento privado, puede pensarse a priori que se trata de una entidad pública empresarial, dado que el art. 53.2 de la LOFAGE dispone que éstas se rigen «por el derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria».

Ahora bien, un estudio pormenorizado de la cuestión permite poner en duda esta afirmación inicial o al menos su importancia práctica. En efecto, son frecuentes a lo largo del reglamento las remisiones al derecho administrativo para regular algunos aspectos específicos del régimen jurídico del Instituto: pueden citarse así, la remisión a las normas de funcionamiento de los órganos colegiados contenidos en los arts. 22 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que establecen los arts. 11.3 y 14.2 del Reglamento; en el ámbito patrimonial, es aplicable la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que ha sustituido a la Ley de Patrimonio del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril. La aplicación de esta norma, de acuerdo con la disposición adicional quinta.2 de la propia Ley 33/2003, no sólo está prevista respecto de los bienes adscritos (art. 28), sino también para la adquisición y enajenación de bienes propios, que hasta ahora se venía rigiendo por lo dispuesto en el art. 48 LOFAGE para los organismos autónomos; el régimen de contratación es el previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), según establece el art. 31 del reglamento; los actos del Instituto están sometidos al control de la Intervención General de la Administración del Estado en los términos establecidos en el art. 17 de la LGP (art. 37 del reglamento). Ni siquiera el sometimiento al derecho laboral de los trabajadores del Instituto es definitivo para calificarlo de entidad pública empresarial, ya que el art. 47 LOFAGE permite que los organismos autónomos cuenten con personal laboral.

La cuestión es, pues, casi fundamentalmente académica, pero a mi entender hay algunos argumentos que permiten hablar de una suerte de organismo autónomo, si bien con regulación específica: por un lado, la remisión a la Ley 30/1992 prevista en el art. 17 del reglamento respecto de las normas relativas a la delegación, avocación y encomienda de gestión, que no puede sin más incluirse dentro del concepto de formación de voluntad del ente, sino más bien en el concepto nuclear del procedimiento administrativo. Por otro, la aplicación, respecto de la estructura de sus presupuestos, del régimen previsto en la LGP para los anteriormente denominados organismos autónomos de carácter comercial (art. 33 del reglamento); éstos, enumerados en el hoy derogado art. 4 LGP, eran una modalidad de los organismos autónomos, mientras que las entidades públicas empresariales son, con matices,

las sucesoras de los entes de derecho público sometidos al derecho privado del también derogado art. 6.1.b) LGP<sup>34</sup>. Asimismo, el art. 36 del reglamento somete al Instituto al «régimen de contabilidad pública» en los términos previstos en el Título VI de la LGP; es cierto que bajo dicho título se regula la contabilidad tanto de los organismos autónomos como de las entidades públicas empresariales, pero sólo aquéllos quedan sometidos a los principios y normas del Plan general de contabilidad pública y sus normas de desarrollo (art. 123.1 LGP) y, a falta de dicción expresa, los términos utilizados por el reglamento parecen apuntar más bien a éste antes que al Plan general contable de las empresas españolas. Finalmente, y quizá como argumento decisivo, el propio objeto del Instituto (promover universalmente la enseñanza, el estudio y el uso del español y fomentar cuantas medidas y acciones contribuyan a la difusión y la mejora de la calidad de estas actividades, así como contribuir a la difusión de la cultura en el exterior —art. 3.1 Ley 7/1991—) se acerca mucho más a esas actividades de «fomento, presenciales o de gestión de servicios públicos» que, según el art. 45.1 LOFAGE, corresponde desarrollar a los organismos autónomos.

En definitiva, si bien la respuesta no ha de ser completamente clara y tampoco tiene excesivas consecuencias prácticas, dada la aproximación de regímenes que propicia la LOFAGE entre organismos autónomos y entidades públicas empresariales, me inclino a pensar que estamos ante un organismo autónomo *sui generis*, para el que la aplicación (obviamente exigua, como se deduce de la enumeración anterior) del derecho privado, se justifica por la necesidad de dotarle de mayor flexibilidad para su funcionamiento que al común de tales organismos, dado que el Instituto actúa (como se subraya en la Exposición de motivos de la Ley 7/1991) en «países muy diversos y en situaciones cambiantes y heterogéneas». No obstante, no es ésta una cuestión cerrada. La LOFAGE ha significado, desde luego, un amplio impulso de homogeneización de las entidades que conforman la Administración institucional, pero no ha podido acabar con organizaciones más o menos extravagantes, en último término porque en ocasiones elementos excepcionales de buena gestión requieren apartarse de sus moldes. Recuérdese, en este sentido, el estatuto singular del que se ha dotado el Museo del Prado al amparo del segundo apartado de la disposición adicional décima de la LOFAGE, y en virtud de la Ley 46/2003, de 25 de noviembre, cuyo art. 1.1 dispone que «el Museo Nacional del Prado es un organismo público, de los previstos en la disposición adicional décima.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General

<sup>34</sup> En este sentido, Parada Vázquez, *op. cit.*, p. 254. Por el contrario, Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo*, I, CEURA, Madrid, 1998, pp. 593 y ss., prefiere una definición más amplia de las entidades públicas empresariales, que engloba a todos aquellos organismos que desempeñan tanto funciones públicas de carácter no empresarial como actividades económico empresarial.

del Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, pública y privada, para el cumplimiento de sus fines»<sup>35</sup>.

Poco más debe añadirse. El Instituto Cervantes está adscrito al Ministerio de asuntos exteriores a través de la Secretaría de Estado para la Cooperación Internacional y para Iberoamérica (arts. 2 Ley 7/1991, y 4 del Reglamento Interno). Son órganos del Instituto el Patronato, el Consejo de Administración y el Director, amén de la Presidencia de honor que corresponde al Rey [arts. 1 y 7.1 de la Ley 7/1991, que recuerda a la función de alto patronazgo de las Reales Academias que le atribuye el art. 62.j) CE de 1978]. La Presidencia ejecutiva corresponde al Presidente del Gobierno; son también miembros del Patronato los Ministros de asuntos exteriores y de educación, cultura y deporte; el Presidente y Vicepresidente del Consejo de Administración, el Director, el Presidente del Instituto de España, el Director de la Real academia española, el Secretario general de la Comisión permanente de la Asociación de Academias de la lengua española, los autores galardonados con el premio «Miguel de Cervantes» de literatura y veintidós vocales nombrados por el Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministros de asuntos exteriores y de educación, cultura y deporte, en representación de las letras y cultura españolas e hispanoamericanas, las Universidades, Reales academias y otras instituciones sociales de carácter o influencia cultural (art. 9 del reglamento). El Secretario general es también miembro del Patronato, con voz pero sin voto. Son funciones del Patronato conocer los planes generales de actividades del Instituto y su memoria anual e informar de ellos antes de su aprobación, y proponer las prioridades de actuación así como las iniciativas que puedan contribuir al mejor funcionamiento del Instituto.

El Consejo de Administración se compone, a su vez, del Presidente, cargo que corresponde al Secretario de Estado para la cooperación internacional y para Iberoamérica, quien tiene voto de calidad; del Vicepresidente, que recae en el Secretario de Estado de Cultura; dos Consejeros nombrados por el Gobierno en representación y a propuesta del Patronato; cinco consejeros en representación, respectivamente, de los Ministerios de asuntos exteriores, educación, cultura y deporte y Hacienda; el Director del Instituto Cervantes y su Secretario general, éste con voz y sin voto (art. 12 del regla-

<sup>35</sup> La Exposición de motivos aclara los fines del abandono de la naturaleza de organismo autónomo en su apartado IV: «Este nuevo régimen plantea básicamente el siguiente modelo jurídico-organizativo: a) Un régimen jurídico de derecho público, con posibilidad de actuación en el marco del derecho privado, sometiéndose, en todo caso, a las disposiciones de la Ley General Presupuestaria y demás normas aplicables. b) Un régimen de personal basado en el derecho laboral, que se inspirará en los principios de mérito y capacidad. c) Un régimen de contratación sometido a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con la posibilidad, prevista en el artículo 1.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de contratación para las actividades comerciales del Museo, sometiéndose a los principios de publicidad y concurrencia. d) Un régimen presupuestario específico, cuya estructura será determinada por el Ministerio de Hacienda, para facilitar la gestión presupuestaria y permitir la aplicación de los recursos financieros propios a las actividades del Museo.» El desarrollo de esta reforma se completa por medio del Real Decreto 4343/2004, de 12 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del Museo Nacional del Prado.

mento). Corresponde al Consejo de Administración, entre otras funciones, aprobar los planes generales de actividades del Instituto, su programas de ayudas y subvenciones, el anteproyecto de presupuesto anual, la memoria, los criterios básicos para la firma de convenios y protocolos y, en general, velar por el buen funcionamiento del organismo.

El Director es nombrado por el Consejo de Ministros, por iniciativa del Ministro de educación, cultura y deporte, a propuesta conjunta de éste y del de asuntos exteriores (art. 9 de la Ley 7/1991). Está encargado de la dirección del Instituto y de su personal, la propuesta y ejecución de los distintos planes y programas, la contratación y disposición de gastos y la concesión de ayudas. El Secretario general lo nombra el Ministro de asuntos exteriores a propuesta del Director oído el Consejo de Administración y está encargado, bajo la dependencia del Director, de coordinar las actividades de las unidades administrativas y centros del Instituto; es Secretario del Patronato y del Consejo de Administración y suple al Director en los casos usuales de vacante, ausencia o enfermedad (art. 19 del reglamento).

La estructura del Instituto se completa con su red de Centros en el exterior. Éstos están adscritos a las Misiones diplomáticas o a las Oficinas consulares de España en el extranjero y tienen naturaleza de instituciones de la Administración General del Estado en el exterior sin carácter representativo, de acuerdo con lo previsto en el art. 36.6 de la LOFAGE. Deben someterse a la coordinación del Jefe de la Misión diplomática en el Estado en el que se encuentren, el cual ejerce también la facultad de inspección (art. 20 del reglamento). Cuando la legislación de los Estados donde desarrollen sus actividades así lo imponga o razones de interés lo justifiquen, pueden adoptar la forma de fundaciones o entidades sin fines de lucro, de conformidad con la legislación vigente en cada Estado (art. 20.2). Al frente de cada Centro hay un Director, que puede estar asistido por un Comité asesor, formado por personalidades de reconocido prestigio vinculadas a la cultura española o hispanoamericana, residentes en el Estado en el que radique el Centro.

Todo este entramado orgánico tiene como fin la promoción del español en el mundo, como un elemento más de la política exterior española que, qué duda cabe, encuentra en la posesión de una lengua hablada por más de cuatrocientos millones de personas una baza de importancia difícilmente exagerable. Esta labor exige organizar de cursos de español; verificar los conocimientos adquiridos a través de las pruebas correspondientes, previas a la expedición del diploma acreditativo; fomentar la investigación del español y su enseñanza; llevar a cabo actividades culturales de todo tipo y establecer los oportunos convenios de colaboración con Universidades y otras instituciones similares (art. 7 del reglamento de funcionamiento del Instituto).



#### IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE DETERMINADOS ORGANISMOS PÚBLICOS

##### 4.1. Comentario

La disposición adicional décima, y más en concreto el primer párrafo de su apartado 1, ha sido objeto de diversas modificaciones a lo largo de la vigencia de la LOFAGE, con la finalidad, en la mayor parte de los casos, de ampliar las entidades en ella enumeradas o de adaptarlas a los cambios que hayan podido sufrir en su denominación. Su redacción original era la siguiente: «La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se registrarán por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley». Pronto, sin embargo, se hizo necesaria una alteración, consecuencia de la aprobación de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, que dispuso la creación de una Comisión Nacional de la Energía que funcionase como organismo regulador no sólo del sector de hidrocarburos sino también del sector eléctrico, de modo que hubo de sustituir por este organismo la referencia a la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional que inicialmente se incluyó. Muy poco después, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social en su art. 69 modificó nuevamente este apartado para incluir en él al Instituto de Comercio Exterior (ICEX), redacción que se ha mantenido hasta la fecha<sup>36</sup>.

Por lo que se refiere a su contenido, la disposición objeto de estas líneas se limita en buena medida a remitir a su legislación específica el régimen jurídico aplicable a diversos entes de lo que se ha dado en llamar Administraciones independientes por estar configuradas de manera que se les garantice un cierto ámbito de autonomía frente a la Administración General del Estado. Las consideraciones vertidas en torno a estas entidades en el comentario a otras disposiciones de la LOFAGE y la propia complejidad del fenómeno de estas Administraciones nos excusan de ir más allá. No obstante, de la lectura específica de la disposición adicional décima se desprende la previsión de un doble círculo dentro de tales organismos, según se encuentren dentro de los expresamente enumerados en el apartado 1 o solamente implícitos en el 2. Las primeras parecen gozar de mayor independencia que las segundas, toda vez que el segundo párrafo del apartado 1 se limita a constreñir al Gobierno y a la Administración General del Estado

<sup>36</sup> La regulación específica de tales organismos se contiene, respectivamente, en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; la Ley 15/1980, de 22 de abril, de Seguridad Nuclear; la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión; la disposición adicional tercera de la LO 6/2001, de 21 de diciembre, Orgánica de Universidades, para la UIMP, y la disposición adicional segunda para la UNED; la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos; la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

a ejercer respecto de tales Organismos sólo las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, y, además, «con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía». Para las segundas, el párrafo segundo es algo menos tajante, puesto que dispone que los Organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica sólo en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía. En los demás extremos y, en todo caso, en cuanto al régimen de personal, bienes, contratación y presupuestación, ajustarán su regulación a las prescripciones de la LOFAGE relativas a los Organismos públicos que en cada caso resulten procedentes, teniendo en cuenta sus características. Nos queda, por tanto, una reserva de ley para reconocer dicha independencia y un régimen específico que cabe únicamente en lo necesario para su garantía y nunca en relación con las cuestiones de personal, bienes, contratación y presupuestos. Por lo demás, para ambas categorías, el apartado tercero de la disposición declara su sujeción a las normas de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación.

Pocas consideraciones permite un enunciado tan breve, con una única salvedad, como es el defectuoso criterio empleado para la inclusión de un organismo en uno u otro grupo, es decir, simplemente el momento de su creación o, mejor, atribución de independencia funcional antes o después de la entrada en vigor de la LOFAGE. Sin duda es un criterio que proporciona seguridad, pero pocas ventajas más ofrece y, de hecho, las reformas antes apuntadas del primer párrafo del apartado 1 han venido a demostrar que incluso más tarde de la aparición de la LOFAGE se ha sentido la necesidad de que algún organismo más pudiera acceder al régimen de autonomía reforzado. Hubiera sido mejor, en cambio, y puede ser una sugerencia para el futuro, contemplar un criterio material de carácter general para delimitar la oportunidad o no de conferir a una entidad determinada un estatuto de autonomía funcional<sup>37</sup> del que, sin entrar en mayores profundidades, el ejercicio por ésta de una actividad de regulación de mercados pudiera ser un elemento central.

En cuanto al empleo de la fórmula prevista en el apartado 2 de esta disposición, probablemente el supuesto más significativo es la nueva configuración jurídica que ha recibido el Museo del Prado en virtud de la Ley 46/2003, de 25 de noviembre, cuyo art. 1.1 dispone que «el Museo Nacional del Prado es un organismo público, de los previstos en la disposición adicional décima.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización

<sup>37</sup> Se ha llegado a plantear, con buen criterio, la conveniencia de delimitar un marco regulador común para este tipo de administraciones independientes. En este sentido destaca G. Fernández Farreres, «Administraciones instrumentales», *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 347 y ss. Lo más interesante de esta propuesta es el contexto en que se enmarca, pues la publicación citada se corresponde, según recuerda su autor, con una ponencia presentada para su debate por el «Grupo de Expertos para el Estudio de las Principales Líneas de Reforma de las Administraciones Públicas» constituido por la Orden APU/1014/2003, de 25 de abril.

y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, pública y privada, para el cumplimiento de sus fines». La Exposición de motivos aclara los fines del abandono de la naturaleza de organismo autónomo en su apartado IV: «Este nuevo régimen plantea básicamente el siguiente modelo jurídico-organizativo: *a)* Un régimen jurídico de derecho público, con posibilidad de actuación en el marco del derecho privado, sometiéndose, en todo caso, a las disposiciones de la Ley General Presupuestaria y demás normas aplicables. *b)* Un régimen de personal basado en el derecho laboral, que se inspirará en los principios de mérito y capacidad. *c)* Un régimen de contratación sometido a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con la posibilidad, prevista en el artículo 1.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de contratación para las actividades comerciales del Museo, sometiéndose a los principios de publicidad y concurrencia. *d)* Un régimen presupuestario específico, cuya estructura será determinada por el Ministerio de Hacienda, para facilitar la gestión presupuestaria y permitir la aplicación de los recursos financieros propios a las actividades del Museo». Como puede fácilmente inferirse de lo anterior, el nuevo estatuto no responde tanto a la necesidad de neutralizar políticamente a un árbitro regulador, sino más bien a la de proporcionar al Museo, en línea con lo previsto, por ejemplo para el Instituto Cervantes, un marco jurídico flexible que le permita explotar plenamente su amplia capacidad de generación de recursos y aumentar, en consecuencia, sus posibilidades de financiación. El desarrollo de esta reforma se completa por medio del Real Decreto 4343/2004, de 12 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del Museo Nacional del Prado.