

AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES Y ESTADO DE DERECHO

Por
ENRIQUE GARCÍA LLOVET

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. SECCIÓN I: SISTEMA ORGANIZATIVO Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. 1. *Administración Pública y Gobierno*. 1.1. La dualidad del ejecutivo. 1.2. Las relaciones entre la Administración y el Gobierno. 2. *La caracterización constitucional de la Administración Pública*. 2.1. La jerarquía como principio, como sistema y como relación. 2.2. La descentralización como principio y como sistema. SECCIÓN II: AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES. PANORAMA GENERAL. 1. *Los antecedentes al otro lado del Atlántico. Las Agencias Independientes*. 2. *Francia, de la fascinación a la crítica*. 3. *Las AAI en el sistema administrativo italiano*. 4. *El ordenamiento español*. 5. *El entorno ideológico y económico de la aparición de las Autoridades Administrativas Independientes en Europa*. SECCIÓN III: PROGNOSIS DE UN MODELO. 1. *Elementos para una definición*. 2. *El estatuto orgánico como clave de la bóveda del sistema de AAI*. a) La estructura orgánica. b) El estatuto de los órganos de dirección. 3. *La articulación sectorial de las AAI*. 4. *La autonomía funcional y los problemas de constitucionalidad del sistema de AAI*.

INTRODUCCIÓN

La importancia de los procesos organizativos no se reduce a la simple funcionalidad del sistema en orden a la eficacia; el modelo organizativo atiende también al sistema de legitimación de la actividad de la propia Administración Pública; en palabras de BACHELET «la disciplina jurídica de la organización de la Administración Pública, además de establecer la estructura con criterios de funcionalidad, quiere también constituir un sistema de garantía de la legitimidad y oportunidad objetiva de la acción y de los procedimientos de la Administración Pública, sea frente a la colectividad, sea frente al concreto ciudadano; esto es, una característica del aparato administrativo en un moderno Estado de Derecho» (1),

(1) BACHELET, «Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa», Milano, 1965; se cita por la edición en BACHELET *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1981, pág. 177; también insistiendo en la importancia del estudio de los elementos organizativos GUARINO, *L'organizzazione amministrativa*, Parte Primera, Milano, 1977, pág. 18; una opinión común en la doctrina italiana, que comienza la exposición del Derecho Administrativo por el análisis de la organización, tanto desde la perspectiva de la Teoría General de ésta como de sus elementos concretos, vid., en este sentido, GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, edición castellana, vol. I, Madrid, 1991; también ALESSI, *Principi di Diritto Amministrativo*, vol. I, 4.ª edición, Milano, 1978.

La trascendencia por lo tanto de los elementos organizativos, de su elección, pero también de su normación, es de primer orden.

La organización no es el mero soporte de la actividad, impregna ésta y se proyecta sobre las relaciones entre la Administración y el ciudadano. Una mutación en las estructuras organizativas, una mutación relevante, no una mera sustitución, transforma el sistema organizativo en otro diferente; y se proyecta en el conjunto de los cambios que a la Administración Pública afectan.

Pues bien, entre las novedades que han marcado los últimos años del Derecho Administrativo pocas han pasado tan desapercibidas para nuestra doctrina, hasta fechas bien recientes, como la aparición de un nuevo tipo de entes que hemos dado en llamar Organizaciones Administrativas Independientes.

Son contadas las ocasiones en que nuestros juristas se han detenido en su estudio; señalar, sí, las páginas que le dedica PARADA VÁZQUEZ en el Tomo II de su «Derecho Administrativo» especialmente incisivas en cuanto a los perfiles críticos de la institución (2), también el estudio de SALA ARQUER sobre la Administración Neutral y el espacio que le dedica JIMÉNEZ DE CISNEROS en su monografía sobre los Organismos autónomos (3).

Esta situación contrasta con la atención que le han dedicado a entes de la misma naturaleza la doctrina francesa e italiana; una explicación posible pudiera ser el escaso número de organizaciones que, encuadrables en esta categoría, encontramos en nuestro ordenamiento.

La atención que merecen estas instituciones, creemos, es independiente de su número, pues presentan problemas del mayor nivel atinentes al estatuto constitucional de la Administración Pública, así como, y vinculado a éste, a las relaciones de la Administración con el poder político. Una relación que no es fácil establecer por encima del marco normativo que el ordenamiento nos proporciona, pues, si bien es cierto que «el poder político manda, la administración ejecuta, obedece» (4), también lo es que «la definición absoluta y rígida de las relaciones entre el poder político y la Administración jamás corresponde a la realidad» (5).

(2) Estas críticas se han acentuado en la última edición, *Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, 1992, en el que dedica un capítulo a estos nuevos entes.

(3) *Los Organismos Autónomos en el Derecho Público Español. Tipología y régimen jurídico* Madrid 1987 págs. 307-341.

(4) DEBBASCH, CH., «Administration et pouvoir politique, sur un couple uni», en *Mélanges Burdeau*, París, 1977, pág. 149.

(5) *Ibid.*, en el mismo sentido, para la Administración en Italia, PIGA, F., «La direzione politica della pubblica amministrazione», un estudio de 1983 recogido en PIGA, F., *Pubblico e privato nella dinamica della istituzioni*, Padova, 1987, págs. 184 y ss.

No deja de ser sorprendente, anotamos de pasada, que en el momento en que los europeos «descubrimos» las autoridades administrativas independientes, en los Estados Unidos, donde la tradición de entes de esta naturaleza gozaba de un gran prestigio, se encuentre su legitimidad constitucional seriamente impugnada por la doctrina y la jurisprudencia (6).

Estas páginas están dedicadas a realizar un intento de aproximación conceptual a estos entes, así como a delimitar los perfiles de su régimen jurídico y apuntar algunos de los problemas que plantean, muy especialmente de integración en el sistema constitucional.

Conviene llamar la atención sobre el marco organizativo en el que la creación de AAI se desarrolla; en efecto el proceso de creación de Autoridades Administrativas Independientes, aunque cuantitativamente limitado, se encuadra, entre nosotros, en un movimiento general de importación de nuevos sistemas y modelos organizativos.

Un afán de importación de modelos organizativos que no se agota en la incorporación, ciertamente limitada, de estos nuevos entes públicos, sino que además ha introducido entre nosotros una terminología extraña a nuestra tradición; práctica ésta que se ha extendido incluso a las Administraciones de las Comunidades Autónomas (7).

En el estudio de estas nuevas organizaciones administrativas tendremos que partir, necesariamente, del sistema que nos era conocido para elucidar los elementos innovadores que estos entes comportan.

El modelo de Estado liberal de Derecho se organiza y articula territorialmente bajo un sistema centralista pues se entiende que es

(6) Vid. SWIRE, P., «Incorporation of Independent Agencies into Executive Branch», *Yale Law Journal*, vol. 94, 1985, *passim.*, defendiendo una aproximación entre las *executive agencies* y las *independent agencies*, en razón de las reglas de funcionamiento y los poderes otorgados a ambos tipos de entes, que hacen innecesaria la división; vid. también «Independent Agencies. Independent from Whom?», *Administrative Law Review*, vol. 41, n. 4, 1988, págs. 491 y ss., que recoge un Coloquio de la Sección de Derecho Administrativo de la ABA celebrada en Washington en octubre de 1978. Los conflictos del sistema de Agencias Independientes con la política de reforzamiento del Ejecutivo en ROSENBERG, M., «Congress's Prerogative Over Agencies and Agency Decisionmakers: The Rise and Demise of the Reagan Administration's Theory of the Unitary Executive», *George Washington Law Review*, vol. 57, n. 3, 1989. Un análisis completo de la problemática en el ordenamiento norteamericano en STRAUSS, «The places of Agencies in Government: separation of powers and the fourth branch», *Columbia Law Review*, vol. 84, 1984, 3, con un examen de la tensión entre los poderes del presidente y del Congreso, pero también, desde una perspectiva más general, sobre la totalidad de las cuestiones inherentes al régimen de Agencias.

(7) Así, la Ley 8/1991, de 30 de julio, de Organización de la Administración del Principado de Asturias, contempla en su articulado la posibilidad de la creación de *Agencias*; ciertamente la Ley no regula, ni siquiera en sus aspectos esenciales, estos entes, pero representa un importante aviso sobre el proceso de emulación de modelos organizativos ajenos al que estamos asistiendo.

éste el más adecuado para realizar los fines de igualdad y libertad que el liberalismo proclama (8).

La quiebra del modelo de Administración centralizada se desarrolla históricamente mediante dos procesos de naturaleza bien distinta. En primer lugar la descentralización territorial, en segundo lugar la descentralización funcional o por servicios. La caracterización de ambos procesos y de los entes que ven la luz es de todos conocida y no vamos a volver sobre ella, pero conviene retener ahora algunas de sus diferencias.

La descentralización territorial implica la creación de entes de base territorial con una autonomía garantizada constitucionalmente y que incorporan en su actividad un elemento de legitimación democrática a través de órganos o instituciones representativas. Una organización que está, pues, en condiciones de realizar políticas propias, con un nivel de autodeterminación, en el marco general de distribución competencial constitucionalmente previsto.

La descentralización territorial, por último, pretende igualmente, en numerosas ocasiones, no sólo racionalizar la organización administrativa, sino también satisfacer demandas políticas con un sustrato sociológico e histórico relevante.

Por el contrario, la descentralización funcional no es más que un proceso de transformación orgánica a la búsqueda de una mejor gestión de servicios, creándose para ello entes de naturaleza instrumental, sin una base territorial, bajo distintas formas de personificación, y sometidos a un régimen de relaciones externas de derecho público o privado; pero, en todo caso, penetrados decisivamente en las relaciones entre el ente matriz, la Administración territorial que la crea y el ente instrumental por una potestad de dirección que ostenta el primero.

El nivel de autonomía real de estos entes instrumentales es, por lo dicho, claramente discutible; siendo común opinión de la doctrina que la autonomía que presupone la creación de entes dotados de personalidad, en este segundo caso, no es más que una ficción jurídica (9). Ciertamente encontramos en la doctrina posiciones que entienden que la auténtica descentralización sólo es posible si existe

(8) En palabras de POSADA HERRERA, «Cuando en un país se deciden todas las cuestiones de administración por el Gobierno central se deciden con más igualdad y con más justicia», en *Lecciones de Administración Pública*, tomo I, Madrid, 1843, pág. 34.

(9) Aunque también encontramos, en la mejor doctrina, posiciones que, aún admitiendo la naturaleza instrumental de los entes que integran la Administración Institucional, entienden que la autonomía de éstos reviste una trascendencia jurídica de primer orden. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1984, pág. 34.

una autonomía real de estos entes; así ARIÑO sostiene, incorporando el componente político, que para él supera los elementos administrativos, de la descentralización, sin excluirlos «toda descentralización trata de lograr la traslación real de una parte del poder ejecutivo desde el aparato central del Estado-organización a centros de imputación independiente» (10). No parece discutible la legitimidad de esta tesis respecto de los procesos de descentralización territorial, sin embargo su aplicación a la descentralización funcional o por servicios presenta graves problemas, pues no creemos que se produzca en este caso una «autonomía real» al menos en el sentido que el propio ARIÑO le da al término.

La aparición en Francia e Italia de nuevos entes de ordenación dotados de una independencia respecto del Gobierno y la limitada difusión en nuestro ordenamiento de organizaciones de esta naturaleza ha ido acompañada, en nuestro caso, del otorgamiento de un estatus de independencia respecto del Gobierno a entes que tienen encomendadas funciones de prestación de servicios públicos. El ejemplo más notable lo constituye la organización de la gestión pública de los servicios de radiodifusión y televisión (11).

El modelo parece empezar a perfilarse, entre nosotros, justamente a partir de la aprobación de la Ley 4/1980; en estas fechas tan sólo el Consejo de Seguridad Nuclear tenía un estatuto que pudiéramos considerar encuadrable dentro de los perfiles de una organización administrativa independiente.

La terminología ofrece un último punto de atención preliminar. La novedad de estos entes explica la ausencia de una terminología consolidada, por ello parece necesario realizar algunas precisiones.

Preferimos reservar el término de Autoridades Administrativas Independientes para los entes que tienen encomendadas funciones de ordenación y regulación, mientras que para los entes de gestión de servicios puede parecer más conveniente la denominación de Entes Neutrales de Gestión.

El concepto de organización administrativa independiente englobaría así tanto a las llamadas Autoridades Administrativas Independientes como a los Entes Neutrales de Gestión, naturalmente en razón de las funciones que tienen encomendados.

(10) ARIÑO ORTIZ, *Principios de descentralización y de desconcentración*, «DA», n. 214, 1988, pág. 24.

(11) Sobre el régimen jurídico de los servicios públicos de radiotelevisión, vid., entre otros, CHINCHILLA MARÍN, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Madrid, 1988; ESTEVE PARDO, *Régimen jurídico-administrativo de la Televisión*, Madrid, 1984; sobre la problemática específica de las OAI en la gestión de servicios de radiodifusión y televisión me remito a mi monografía *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Madrid, 1991.

La distinción de funciones que acabamos de apuntar tiene también, lógicamente, importantes consecuencias en orden a establecer modelos de organización bien diferentes.

En el examen de las notas definitivas de estos nuevos entes deberemos proceder a acotar cuáles son los principios caracterizadores de su estatus, pero podemos adelantar ya que éstos se nuclean en torno al sistema de relaciones entre Gobierno y Administración Pública, así como a una singularización de estos nuevos entes respecto del cuadro organizativo al uso en nuestras Administraciones Públicas; ello explica que dediquemos nuestra atención en primer lugar a la sistematización de algunos conceptos generales del derecho de la organización, así como al sistema de relaciones ya citado entre Gobierno y Administración Pública.

SECCIÓN I:

SISTEMA ORGANIZATIVO Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

1. *Administración Pública y Gobierno*

El sistema de relaciones de la Administración Pública con el Gobierno se define a partir del principio de dependencia de la primera respecto del segundo. El artículo 97 de nuestro texto constitucional lo establece con claridad: «El Gobierno *dirige* la política interior y exterior, *la Administración civil y militar* y la defensa del Estado».

En términos más rotundos expresa, a título de ejemplo, el sistema de relaciones referido a la Constitución francesa, así su artículo 20, de acuerdo con el cual «El Gobierno determina y conduce la política de la Nación. *Dispone de la Administración y las Fuerzas Armadas*».

Una relación que históricamente se ha complementado con la estructuración jerarquizada del aparato administrativo, para garantizar al Gobierno la disponibilidad funcional y orgánica, que no política, sobre el conjunto de la Administración y sus agentes.

1.1. La dualidad del ejecutivo

El punto de partida en un examen de las relaciones entre Administración Pública y Gobierno ha de ser necesariamente la ubicación de ambos en el sistema de poderes públicos.

La respuesta más sencilla, y la que parece encontrar un eco mayoritario en la doctrina, considera al Gobierno y a la Administración

Pública como los dos elementos que integran el poder ejecutivo (12); no es el momento de realizar una revisión del principio de división de poderes pero conviene hacer algunas precisiones a propósito de esta tesis.

Un recorrido por nuestra historia constitucional tratando de identificar las claves de esa estructuración bimembre del ejecutivo no ofrece un resultado satisfactorio: en efecto, la primera referencia al Gobierno, considerado como órgano, y no como actividad o función, no la encontramos hasta el Real Decreto de 19 de noviembre de 1823 (13); la consolidación de un sistema parlamentario, con un Gobierno responsable ante las Cámaras y al que se le encomienda la dirección de la política de la Nación, correrá paralela a la organización de un entramado administrativo cada vez más complejo, un aparato administrativo que queda bajo la dependencia del Gobierno.

En la Constitución de 1931 encontramos la fórmula moderna de integración entre el «indirizzo político» de la Nación y el «indirizzo» administrativo; así; en su artículo 87, afirma: «El presidente del Consejo de Ministros dirige y representa la política general del Gobierno. A los ministros corresponde la alta dirección y gestión de los servicios públicos asignados a los diferentes departamentos ministeriales». Es también la primera ocasión en que el Gobierno se transforma en un órgano constitucional inmediato (14).

La fórmula, con todo, no es satisfactoria, pues no recoge en su integridad esa función de dirección política de la Nación, y ello porque el modelo parlamentario sobre el que se asienta nuestra II República no permitía otra solución (15).

(12) Vid., por todos, DÍEZ PICAZO, *La estructura del Gobierno en el Derecho español*, «DA», n. 215, 1988, para quien «La Administración —la Administración del Estado, en concreto— es poder público y, precisamente, Poder Ejecutivo», *op. cit.*, pág. 43.

(13) Recuérdese que nuestra Constitución de 1812 sólo utiliza el término Gobierno en un sentido bien distinto: así artículo 1.º para referirse al sistema político, y, aunque preocupada por consagrar el principio de división de poderes, con antecedentes en el Decreto de 24 de septiembre de 1810, hace residenciar «El poder de ejecutar las leyes» en el Rey, artículo 16.

(14) Vid., a propósito de la naturaleza de órgano constitucional inmediato, OTTO PARDO, *La posición constitucional del Gobierno*, en «DA», 188, 1980, pág. 142.

(15) Un repaso por la historia constitucional francesa es en este sentido ilustrativo de un proceso de integración más rápido del principio de división de poderes en la mecánica relacional entre Gobierno y Administración; así, ya en los debates de la Constitución de 1791 se denomina al Rey «primer funcionario público» y, simultáneamente, se establece una neta diferencia entre las funciones del Gobierno y las del Administración, subordinando la segunda al primero; encontramos también fórmulas extrañas de separación entre la titularidad de los diferentes departamentos ministeriales y el Gobierno, como en la Constitución del año III (con un Directorio Gobierno), o la Constitución del Consulado, año VIII, los hitos que marcan la Carta de 1830, la constitución republicana de 1848 y la Constitución de 1852, no nos hacen olvidar que a partir de 1875 el modelo francés consolida un ejecutivo dual en un sentido bien distinto al que hemos utilizado con anterioridad; en efecto, la Jefatura del Estado conserva

Nuestro texto constitucional de 1978 recoge, por el contrario, un complejo de poderes y facultades que se residencian en el Gobierno como órgano constitucional; así, para LÓPEZ GUERRA el Gobierno es titular de un poder de dirección, de una función ejecutiva y de un poder de dirección sobre la Administración Pública (16); nos encontramos, pues, según LÓPEZ GUERRA, con una «función de gobierno» (17) más amplia que la mera función ejecutiva, tesis que parece apoyarse en las transformaciones que ha sufrido el modelo de Estado democrático, al haberse producido un desplazamiento de la función de dirección política de la Nación, y del Estado, desde el Parlamento al Gobierno; en este sentido el Gobierno no puede ser ya mero ejecutor de la ley, garante de su ejecución, para lo que dispone de la Administración Pública; el Gobierno se convierte en el auténtico centro de decisión política.

Ello ha llevado a parte de la doctrina a negar que exista un «poder ejecutivo» como tal, pues «aquel poder que se quería calificar como ejecutivo, en los Estados modernos contemporáneos, cualquiera que sea el tipo de gobierno, participa siempre en el debate de la dirección política» (18); no siendo, pues, su función de mera ejecución, «ha existido y existe, por tanto, no un poder ejecutivo, sino un poder gubernativo» (19); conservamos, sin embargo, el término poder ejecutivo en el conocimiento, y ello reviste para nosotros la máxima importancia, como se verá, de que la función de este poder, y en concreto del Gobierno, se extiende más allá de la mera ejecución de la ley o de decisiones que le vengán impuestas desde otras instancias de poder (20).

Un rápido repaso de nuestro texto constitucional y de los Reglamentos de las Cámaras demuestra la posición exacta que ocupa el Gobierno, en concreto en relación con el Parlamento; destaca en primer lugar la iniciativa legislativa, así como la prioridad constitucio-

importantes facultades no sólo de determinación de la política de la Nación, sino también en relación con la actividad de la Administración del Estado, respecto de la que se le reconoce un poder de coordinación, y si bien la Presidencia por el Presidente de la República de los Consejos de Ministros no implica un poder de dirección del Gobierno, de facto sí se produce una participación en el proceso de determinación del «indirizzo» político y administrativo, y una participación de primer orden; vid., sobre este último aspecto, DUVERGER, comentario al artículo 20, en LUCHAIRE y CONNAC, *La constitution de la republique française*, París, 1980, págs. 365 y ss.

(16) LÓPEZ GUERRA, L., «La posición constitucional del Gobierno», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Madrid, 1988, págs. 24 y ss.

(17) En contra de la existencia de una «diferenciada» «función de gobierno», OTTO PARDO, «La posición constitucional del Gobierno», «DA» n. 188, 1980, págs. 174 y ss.

(18) GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, edición castellana, vol. I, Madrid, 1991, pág. 97.

(19) *Ibidem*.

(20) GIANNINI soluciona la cuestión terminológica excluyendo a la Administración del citado poder gubernamental y considerándola «aparato del poder gubernativo».

nalmente garantizada a los proyectos de ley del Gobierno (arts. 87.1, 88 y 89.1 CE, y arts. 108 y 109 RCD), a lo que tenemos que añadir la facultad de veto sobre las iniciativas legislativas que impliquen aumento de gastos o disminución de ingresos (art. 134.5.º y 6.º CE) (21).

Nos encontramos, pues, en presencia de un órgano constitucional de definición de la dirección política, al que, en consonancia con esta función, se le atribuyen determinadas prerrogativas en su relación con otros poderes.

Por otro lado, la estructura bimembre del ejecutivo a la que ya hemos hecho referencia, poder gubernamental entendido como poder político, y poder administrativo, tiene su articulación en el mismo Gobierno como órgano.

El Gobierno nos ofrece así una naturaleza bifronte (22), por un lado órgano constitucional al que se le encomienda las funciones citadas, y sobre las que volveremos, por otro órgano superior de la Administración del Estado de acuerdo con la LOACE y la LRJAE; así el artículo 2.º de esta última establece «Los órganos superiores de la Administración del Estado son: el jefe del Estado, el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas, el presidente del Gobierno y los ministros» dejando de lado el problema de la naturaleza del jefe del Estado como órgano de la Administración (coherente con nuestro anterior sistema político en el que alumbró la LRJAE pero incompatible con nuestra estructura constitucional), la ubicación del Gobierno en el vértice de la pirámide organizativa de la Administración del Estado parece evidente (23), a salvo de los problemas de identidad entre Gobierno y Consejo de Ministros (24).

(21) A lo que podemos añadir facultades como la inicitiva de los ministros en orden a la celebración de sesiones extraordinarias (arts. 73.2 CE, 61.2 RCD y 70 RS), facultad de incluir, con carácter prioritario, asuntos en el orden del día (arts. 67.3.º y 4.º RCD y 61 RS), etc.; el balance final es una participación del Gobierno incluso en el funcionamiento interno de las Cámaras; sobre estas cuestiones, vid., entre otros, RUBIO LLORENTE, «Relaciones del Gobierno y la Administración con las Cortes», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, op. cit., vol. I, págs. 151 y ss.

(22) Sobre la naturaleza bifonte del Gobierno, vid., entre otros, DIEZ PICAZO, «La estructura del Gobierno en el Derecho español», «DA» n. 215, 1988, pág. 47; la terminología al uso (órgano constitucional-órgano administrativo) puede provocar equívocos, pues algunas funciones derivadas directamente de la Constitución que el Gobierno realiza pueden tener una naturaleza administrativa de alta administración, no circunscribiéndose por lo tanto las funciones administrativas a las previstas en el ordenamiento administrativo; la sustitución, sin embargo, del término «constitucional» por «político» produciría mayor confusión.

(23) Parece defender una tesis contraria GALLEGO ANABITARTE, *Derecho General de la organización*, Madrid, 1971, págs. 255 y ss., aunque admite finalmente la inevitabilidad de esta solución; en la doctrina italiana parece equívoca la tesis de TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Turín, 1967, pág. 5.

(24) Sobre la identidad entre Gobierno y Consejo de Ministros nos inclinamos por la tesis mayoritaria en la doctrina que se pronuncia favorablemente respecto de aquella; vid., por todos, SANTAMARÍA PASTOR, *Gobierno y Administración: Una reflexión*

Como órgano constitucional le corresponde el ejercicio de la función ejecutiva, entendida como garantía de la ejecución de las leyes, y la función de dirección de la política de la Nación (25), igualmente le corresponde la dirección de la Administración; como órgano administrativo a él se encuentra sometido jerárquicamente el conjunto del aparato de la Administración central del Estado; se produce así en su seno la continuidad orgánica entre la dirección política y la dirección político-administrativa.

Su naturaleza de órgano administrativo, sin embargo, parece cuestionarse con más intensidad por la doctrina a partir de la aprobación de la Ley 30/1992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, pues se ha querido ver en ella una ruptura con el modelo arriba esbozado (26); una ruptura que tomaría su sentido no sólo de la dicción literal del artículo 3.3 de la nueva Ley 30/1992 (27), sino también del apartado 1.º de la exposición de motivos (28).

preliminar, en «DA», n. 215, 1988, especialmente págs. 71 y ss.; en contra, OTTO PARDO, *La posición constitucional del Gobierno*, en «DA», n. 188, 1980, pág. 145.

(25) Sobre el contenido de esta última, vid. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1968, págs. 46 y ss.

(26) Así pueden interpretarse las palabras de PAREJO ALFONSO que «La idea de Administración pública de que la Ley parte es correcta, según se deduce del apartado 1.º de la Exposición de Motivos y de lo dispuesto en el artículo 3.3. Se resume esa idea en la distinción de la Administración respecto del Gobierno; la distinción no implica, sin embargo, según el propio PAREJO ALFONSO señala, el desconocimiento de la dimensión administrativa del Gobierno «ni de la recuperación —en favor de éste— de los actos políticos» (cuestión esta última respecto de la que, aunque alejada del tema que nos ocupa, mantenemos nuestra reserva); todo ello en LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN (directores), *La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, pág. 36; también PAREJO ALFONSO con anterioridad y en la misma línea, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Madrid, 1991, especialmente, págs. 86 y ss., reconociendo igualmente que «el Gobierno cumple no sólo funciones constitucionales o político-directivas, sino también administrativas; es, al propio tiempo que Gobierno, Administración», pág. 86.

(27) De acuerdo con el citado artículo «Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades que integran la Administración Local, la actuación de la Administración Pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico».

(28) De acuerdo con el cual «En el ordenamiento que tuvo su origen en el régimen autocrático precedente se venía reduciendo el Gobierno al Órgano Superior en el que culmina la Administración del Estado y, en consecuencia, como un mero apéndice o prolongación de la misma, con la que compartiría en buena medida su naturaleza administrativa. El artículo 97 de la Constitución arrumba definitivamente esta concepción y recupera para el Gobierno el ámbito político de la función de gobernar, inspirada en el principio de legitimidad democrática. Se perfilan así con nitidez los rasgos propios que definen al Gobierno y a la Administración como instituciones públicas constitucionalmente diferenciadas y los que establecen la subordinación de la Administración a la acción política de dirección del Gobierno»; no le falta razón al texto que reseñamos al afirmar el salto cualitativo que se produce respecto de la institución del Gobierno, pues en el anterior régimen, carente de las estructuras de legitimación de un sistema democrático, la única legitimidad residía en el jefe del Estado, siendo por lo

1.2. Las relaciones entre la Administración y el Gobierno

Hemos afirmado la atribución constitucional de una potestad de dirección de la Administración por el Gobierno (29); no es, sin embargo, éste el único título que el Gobierno ostenta respecto del aparato administrativo; en efecto, junto a la potestad general de dirección referida encontramos el entramado de relaciones orgánicas que, presididas por el principio de jerarquía, vincula al conjunto organizativo de la Administración del Estado con el Gobierno, no como órgano complejo, sino con los órganos unipersonales que lo integran, los ministros como titulares de los distintos Departamentos; pero además, y en razón de la relación tutelar que se establece entre la Administración matriz y los entes descentralizados, la disponibilidad sobre el conjunto del aparato administrativo se completa.

Hemos de señalar, ante todo, que no nos encontramos con unas potestades homogéneas ni en sus fuentes ni en sus contenidos.

Parece, pues, necesario distinguir, en primer lugar, entre la función de dirección política, que corresponde al Gobierno como órgano constitucional, y la función de dirección de la Administración, que igualmente se le reconoce en el mismo precepto y con la misma naturaleza de competencias constitucionales y de un órgano constitucional, de las competencias administrativas que la legislación ordinaria le atribuye, pues éstas las ostenta en razón de su atribución por ley.

La primera distinción es necesaria para entender que la función de dirección política y las potestades que le acompañan tiene, junto a un telos político, una universalidad que no alcanza a la función de dirección de la Administración y a las potestades que igualmente le acompañan. Proyección de esta función de dirección política de la Nación son competencias constitucionalmente reconocidas al Gobierno, no sólo en relación con otros poderes constitucionales, sino también con las estructuras territoriales de poder político que conviven en el seno del Estado.

tanto el Gobierno un órgano, el superior, de naturaleza administrativa; entendemos, sin embargo, que el Gobierno sigue siendo un órgano administrativo a la par que un órgano constitucional, dependiendo de las funciones que realice; resultando por ello tan incoherente la *administrativización completa* de éste, como su radical *desadministrativización*; siendo digno de reseñar cómo el mismo legislador no ha derogado los preceptos de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en los que se residenciaba con mayor fundamento el modelo de Gobierno como órgano administrativo que considera superado, la explicación puede encontrarse también, claro es, en la descoordinación legislativa, que impidió llevar a buen puerto la Ley del Gobierno, en la que hubiera encontrado estatuto infraconstitucional adecuado la institución.

(29) Una potestad de dirección que refrenda de forma inequívoca el artículo 3.3 de la Ley 30/1992, ya citado.

Un primer bloque lo integra, por lo tanto, esta función de dirección política, de la que parece imposible dar una definición apriorística, debiendo proceder a un examen de las funciones específicas y potestades que el Gobierno ostenta, para individualizarlas respecto de aquellas otras que corresponden al mismo Gobierno en razón de su naturaleza de órgano administrativo. La razón de tal exigencia de separación no es otra que el distinto régimen de los actos en que estas potestades y facultades se concretan; mientras que los actos que supongan la concreción y el ejercicio de facultades y potestades que derivan de su naturaleza de órgano constitucional no están sometidos al Derecho Administrativo, lo que no quiere decir que sean actos exentos de control (30), los actos del mismo Gobierno como órgano administrativo, como órgano superior de la Administración, sí están sometidos tanto a las reglas propias del derecho Administrativo como al control en vía contenciosa.

Por otro lado, en el ejercicio de estas facultades de dirección política de la Nación podrá precisar de la colaboración del Parlamento, bien porque la actividad en que se desarrolla esa función de dirección política exija constitucionalmente dicha colaboración, bien porque la consecución de los fines en que esa función se concreta exija el instrumento normativo de la ley; pero en todo caso la iniciativa le corresponde al Gobierno en virtud del ya citado artículo 97 del texto constitucional (31).

Estas potestades se reconducen así a una función que no puede hurtarle el legislador, y ello porque ésta corresponde al Gobierno *ex constitutione*. El legislador podrá disciplinar las competencias del Gobierno como órgano administrativo, pero no puede modificar aquellas que vienen conformadas constitucionalmente como parte de su estatus como órgano constitucional; importa sentar este principio, pues explicará posteriormente nuestras críticas al sistema de organizaciones administrativas independientes.

Pues bien, junto a esa función de dirección política el reconocimiento de una función de dirección de la Administración se mueve en un plano no sólo distinto en un orden de relaciones entre entes y no de actividad, sino también de inferior nivel, de instrumentalidad. Instrumentalidad respecto de la realización de ese «indirizo político» e instrumentalidad respecto de la función ejecutiva, ejecución de la

(30) Vid. DÍEZ PICAZO, «La estructura del Gobierno en el Derecho español», *op. cit.*, pág. 46.

(31) Vid. al respecto OTTO PARDO, *La posición constitucional del Gobierno*, «DA», n. 188, 1980, pág. 178; para una aproximación al problema en el ordenamiento italiano, vid. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano, 1972, especialmente págs. 186 y ss.

legalidad, que al Gobierno, pero también a la propia Administración corresponde.

La relación entre dirección política del Gobierno y dirección de la Administración queda perfectamente resumida en el ordenamiento italiano en la reciente Ley 400/1988, de 23 de agosto: «El Consejo de Ministros determina la política general del Gobierno, y, para hacer posible su realización, la dirección de la Administración de la acción administrativa; delibera igualmente sobre todas las cuestiones relativas al "indirizzo politico" fijado en su relación de confianza con la Cámara» (art. 2.º); dejemos de lado la diferencia entre Gobierno y Consejo de Ministros existentes en el sistema italiano, y que no son trasladables a nuestro ordenamiento, así como la determinación conjunta de la dirección política por la Cámara y el Gobierno, en un sistema de parlamentarismo «menos racionalizado» (32); lo que evidencia el precepto es la continuidad, pero también la diferencia, entre la función de dirección política y la función de dirección de la Administración (33).

Las relaciones de dirección y de dependencia jerárquica que vinculan, en planos distintos, al Gobierno como órgano constitucional y a sus miembros, como órganos administrativos, ha de convivir con un principio de organización y de actividad de la Administración Pública con el que «prima facie» parece incompatible, nos referimos al principio de objetividad enunciado en el artículo 103 del texto constitucional.

El significado que demos al término objetividad se convierte así en clave interpretativa de la posible contradicción entre los mandatos contenidos en los artículo 97 y 103 del texto constitucional; pero el interés, para nosotros, es mayor porque nos permitirá explicar las contradicciones existentes en el proceso de creación de autoridades administrativas independientes.

Que la objetividad de la Administración supone, al menos, independencia respecto de los intereses económicos y sociales en presencia parecería obligado; respecto de ello también hemos de expresar reservas, ni los fenómenos de participación orgánica, ni los fenómenos de autoadministración permiten absolutizar un principio de tan «modesto» alcance.

(32) Vid. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, op. cit., págs. 93 y ss.

(33) Así se distingue en el ámbito de la directiva como instrumento en el ejercicio de esas facultades, directivas administrativas y directivas políticas; para la Ley 400/1988, de 23 de agosto, de Disciplina de la Actividad del Gobierno y de Ordenación de la Presidencia del Consejo de Ministros, vid. DE MARCO, *Le funzioni amministrative del Presidenti del Consiglio dei Ministri*, Padova, 1990, pág. 218 y ss.; también LABRIOLA, *Il Governo della Repubblica. Organi e potere*, Rimini, 1990, págs. 98 y ss.; también, desde una perspectiva más general, DOGLIANI, *Indirizzo politico*, Napoli, 1985, págs. 77 y ss.

La proyección del principio de objetividad que aquí nos interesa es, sin embargo, aquella que tiene como interlocutores a la Administración y al poder político y, de forma cualificada, al Gobierno, como titular de la función de dirección política y de la dirección de la Administración Pública.

La solución no se presenta fácil: la dependencia de los órganos constitucionales de dirección política parece condición necesaria para garantizar el *input* de legitimidad democrática del que está privada la Administración (34), la independencia de esas mismas instancias parece exigencia para garantizar la objetividad, en la medida en que ésta incorpore un elemento de imparcialidad, de funcionamiento de las estructuras de la Administración de forma no partidista (35).

Otra aproximación es, sin embargo, posible al principio de objetividad; así, para SÁNCHEZ MORÓN, «El principio de objetividad de la acción administrativa es la manifestación a este nivel del principio de igualdad» (36); es decir, agota su eficacia, como principio informador de la organización y la actividad de la Administración, en la interdicción de la discriminación.

Entendemos, sin embargo, que la construcción del principio de objetividad es más compleja y es que la imparcialidad está presente no como una interpretación posible del principio que nos ocupa, sino como una regla constitucional; eso sí, referida a los funcionarios públicos, y ello en el mismo artículo 103, en su párrafo tercero; la objetividad en la organización y la actividad y la imparcialidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones vienen así a construir un modelo de Administración Pública donde la dependencia del Gobierno ha de cohonestarse con la neutralidad política de la misma Administración.

Las formas de concretarse esta neutralidad, como superación de la contradicción referida, pueden ser varias; destacar, a título de

(34) En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN, «Notas sobre la función administrativa», en GARCÍA DE ENTERRÍA y PREDIERI, *La Constitución española de 1978*, 2.ª edición, Madrid, pág. 645, la vinculación al Parlamento y al Gobierno viene a concretar en cada momento la realización del abstracto interés general cuya consecución le está encomendada.

(35) Sobre la tensión entre ambos principios, aunque con un posicionamiento más favorable a una visión institucional de la Administración que la coloque a salvo de la instrumentación política, entre otros, GARRIDO FALLA, «La posición constitucional de la Administración Pública», en *La Administración en la Constitución*, Madrid, 1980, pág. 43, si bien admite los efectos indeseables de la ruptura del principio de subordinación; *ibid*, para una visión general del problema, CERRI, *Imparzialità ed indirizzo político nella Pubblica Amministrazione*, Padova, 1973; también MANGIOTORDI y MANCINELLI, «La dirigenza ministeriale», en *Archivio ISAP*, n. 5. Nueva serie *Le relazioni fra Amministrazione e partiti*, especialmente págs. 25 y ss.

(36) *Vid.* SÁNCHEZ MORÓN, en «Notas sobre la función administrativa», *op. cit.*, pág. 681.

ejemplo, la aproximación de BERTI, que tiende a reforzar los elementos de procedimiento, un sometimiento a la observancia imparcial de reglas y principios, acercando así la función administrativa a la judicial (37).

Ello requiere que nos detengamos un momento en los principios constitucionales de organización de la Administración; de forma especial en el principio de jerarquía y en la descentralización como criterio de organización de la Administración Pública.

2. *La caracterización constitucional de la Administración Pública*

La Administración Pública se nos presenta en nuestro texto constitucional como una organización necesaria (38), que se articula a partir de determinados principios y que actúa sometida a reglas constitucionales; nos interesa tan sólo, en este momento, el conjunto de reglas referidas a la organización.

El enunciado del artículo 103 representa la piedra basilar de nuestras normas constitucionales generales referidas a la organización, con la salvedad naturalmente de las reglas referidas a la organización territorial, el mencionado artículo contempla un listado de principios de muy distinto alcance que debemos examinar someramente.

2.1. La jerarquía como principio, como sistema y como relación

La jerarquía administrativa es el principio de organización, de delimitación de los ámbitos competenciales de los órganos, más

(37) BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, págs. 405 y ss., en un sentido relativamente contrario del mismo, *La Pubblica Amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, págs. 105 y ss.; otras propuestas nos parecen sin embargo inadmisibles; así, CONTI entiende que la imparcialidad ha de suponer, en concreto en el procedimiento administrativo, entendido este en un sentido amplio, material y no formal, de elaboración de la decisión, la presencia de todos los intereses en presencia «y que todos ellos sean valorados y tenidos en consideración hasta el punto de sacrificar para ello, si esto ocurre, incluso el interés público», en *Organizzazione gerarchica e Stato democratico*, Padova, 1989, pág. 161, a lo que añade un vínculo entre imparcialidad y descentralización administrativa, que para nosotros tiene interés, desde su interpretación del principio de imparcialidad, porque pone en conexión la descentralización con la participación, y esta última con la imparcialidad; si bien la primera parte de la tesis nos parece globalmente rechazable, pues no compartimos el dato previo de la priorización de los intereses inmediatos de los particulares interesados sobre el interés público; y ello lo excluimos en cualquier supuesto, la segunda parte nos parece admisible en los supuestos de descentralización territorial, no así en los supuestos de descentralización funcional, en los que el criterio de participación no es ratio de la imparcialidad.

(38) Sobre ello, entre nosotros, *vid.* MORELL OCAÑA, «El "criterium" de la Administración Pública y el Derecho Administrativo contemporáneo», *REDA*, n. 29, 1981, pág. 269;

elemental, de enunciado, en principio, más sencillo, pero no por ello, exento de problemas (39); es igualmente el que parece más acorde con el modelo centralizado y «autoritario» del ejercicio del poder administrativo.

La organización jerarquizada de los servicios públicos nacionales «reconoce y asegura la unidad de dirección y responsabilidad en manos del Gobierno» (40). La relación de jerarquía que este principio establece supone la existencia de una pluralidad de órganos en el seno de una misma estructura, de un mismo ente, de una misma persona, órganos que se encuentran en una situación de subordinación o supraordenación; lo relevante, sin embargo, no es la situación sino el haz de facultades que el ordenamiento reconoce con carácter general al superior jerárquico sobre el órgano infraordenado (41).

Dos ideas nos importa retener respecto de la jerarquía como principio ordenador, como sistema y como relación: en primer lugar, la situación de las partes de una relación jerárquica, éstas han de ser órganos de una misma persona, de un mismo ente, ello no quiere decir que entre personas jurídico públicas no puedan darse relaciones de control dentro de la variada gama que el ordenamiento ofrece, pero estas relaciones no tendrán ni la naturaleza ni el contenido que el principio de jerarquía proyecta (42).

en un sentido parcialmente semejante, DEL SAZ, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en CHUNCHILLA, LOZANO, DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del derecho administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992, *passim*, especialmente págs. 172 y ss.

(39) Así, por ejemplo, encontramos posiciones doctrinales que niegan la existencia de un poder jerárquico, poder que, conectado con el principio de organización, globalizaría el haz de facultades que los órganos superiores detentan sobre los subordinados; así, DI MALTA, *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*, París, 1961, págs. 61 y ss.; para DI MALTA no hay más que una jerarquía de funciones, la solución no deja de plantear problemas de justificación de las facultades del órgano funcionalmente superior sobre el órgano funcionalmente inferior, problemas que no siempre tienen una explicación satisfactoria.

(40) MATHIOT, «Bureaucratie et démocratie», en *Etudes et Documents Conseil d'Etat*, 1961, se cita por su edición en *Pages de Doctrine*, vol. I, París, 1980, pág. 223.

(41) Sobre el concepto de jerarquía, vid. para una breve introducción histórica a su construcción doctrinal CONTI, *Organizzazione gerarchica e stato democratico*, Padova, 1989, págs. 7-14; entre las aportaciones más importantes en un primer período, destacar AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936, *in toto*, y DE VALLES, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, vol. I, Padova, 1931, págs. 271-343; desde una perspectiva más actual, y en relación con la funcionalidad del principio, pero sobre todo con las facultades inherentes a los sistemas organizativos jerarquizados, vid. ALESSI, *Principi di Diritto Amministrativo*, vol. I, *op. cit.*, págs. 115 y ss.; también CONTI, *op. ult. cit.*, págs. 38-78.

(42) Parcialmente en contra, DE VALLES, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, *op. cit.*, pág. 319, si bien la excepción que plantea revela una indeterminación en su construcción teórica entre las categorías de órgano y ente, problema común en una parte de la doctrina italiana en ese momento; también, en un sentido crítico, REGOURD, *L'acte de tutelle en Droit administratif français*, París, 1982, págs. 37 y ss., especialmente pág. 45; en el sentido en que nos pronunciamos, MOREAU, *Droit administratif*, París, 1989, pág. 121.

En segundo lugar, el régimen de las facultades derivadas de una relación de jerarquía, y en concreto su fuente, presenta características singulares; a diferencia de lo que sucede en otras relaciones de dirección, tomada ésta en su acepción más amplia, las facultades que el ordenamiento reconoce no precisan de una determinación normativa para cada relación concreta, sino que se predicán con carácter general para todo el sistema; bien distinta es la situación, por ejemplo, en la relación de tutela, donde se exige un amparo legal para el ejercicio de las facultades que de esa relación derivan (43).

Por ello es la determinación legal la que opera en nuestro ordenamiento en las leyes generales, incorporando una presunción de legitimidad del ejercicio de las facultades. Por el contrario, las facultades en los supuestos de una relación tutelar no sólo exigen previa habilitación legal, sino que, además, se configuran como una relación tasada.

2.2. La descentralización como principio y como sistema

Entre los modelos de organización de las estructuras administrativas, la descentralización ha representado históricamente un intento de «administrar *in situ*, de modo que la acción y organización se decida y ejecute en la medida conveniente para el propio terreno o ámbito social directamente afectado» (44); hemos comentado ya cómo los procesos de descentralización se desarrollan en torno a dos ejes: por un lado la descentralización territorial y por otro, ofreciéndose como alternativa, a la descentralización territorial, la descentralización funcional y por servicios; naturalmente ambas son compatibles y encontramos en el seno de las Administraciones territorialmente descentralizadas entes descentralizados funcionalmente.

No nos interesa aquí la descentralización territorial, sino para dejar constancia de dos cuestiones íntimamente unidas, de las que podemos deducir un principio que ofrece un importante instrumento crítico para el análisis de la legitimidad constitucional de las Autoridades Administrativas Independientes.

Recordar, en primer lugar el elemento de participación-representación que en estas Administraciones está presente; en segundo lu-

(43) Así respecto de la relación de tutela y la exigencia de previa determinación legal, el principio en el ordenamiento francés «Pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà des textes» para un examen, DUBOIS, *Le contrôle administratif sur les établissements publics*, París, 1982, págs. 45 y ss.; un principio para el que, sin embargo, una parte de la doctrina admite excepciones, así VEDEL y DELVOLLE, *Droit Administratif*, 7.ª edición, París, 1980, pág. 927.

(44) MORELL OCAÑA, «El "criterium" de la Administración Pública y el Derecho Administrativo contemporáneo», *op. cit.*, pág. 272.

gar, la universalidad de fines. El problema de articulación competencial con los ordenamientos y con otras Administraciones se mueve en un plano distinto, corolario de lo cual es un sistema de autonomía real y efectiva a la que denominamos política (en nuestro ordenamiento el que corresponde a las Comunidades Autónomas) o político administrativa (en nuestro ordenamiento los entes, la que corresponde a los entes que integran la administración Local) (45).

En ambos casos la posibilidad de desarrollar políticas propias, de proporcionar una dirección a sus estructuras administrativas (46), no es más que consecuencia del circuito de legitimación que opera a través del proceso electoral, otorgando legitimidad democrática a los órganos de decisión política.

La tesis aquí sostenida se presta, sin embargo, a confusiones; debemos, pues, afirmar que el circuito de legitimación agota sus exigencias en el nivel de decisión política, no trasladándose al conjunto de la estructura del aparato administrativo del ente descentralizado (47); con ello evitamos el equívoco con los procesos de autoadministración (48).

El problema surge respecto de los entes funcionalmente descentralizados, faltos de un sustrato colectivo que les otorgue una legitimidad propia. Estos entes son en su misma raíz, así como en la voluntad de las administraciones territoriales que los alumbran, meros instrumentos para el ejercicio más eficaz de las funciones que estas últimas tienen encomendadas.

La diferencia, pues, entre ambos tipos de descentralización se nos presenta como decisiva; reconducir la posible globalización de los dos procesos a la nota común de la personificación no parece una solución congruente (49).

(45) Sobre la vinculación entre descentralización y autonomía, vid., entre otros, BERTI, *La Pubblica Amministrazione come organizzazione*, op. cit., pág. 17.

(46) Sobre la relación entre autonomía e *indirizzo politico*, o al menos *indirizzo amministrativo*, en manos de los entes territorialmente descentralizados, vid. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, 1989 (es reimpresión de una edición policopiada de 1969), pág. 29.

(47) Sobre ello, vid. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, op. cit., págs. 21 y ss.

(48) Entendida aquí autoadministración en el sentido utilizado por GIANNINI, es decir, fenómenos de elección de los funcionarios, no en el sentido que tiene en una parte de nuestra doctrina de administración de los propios intereses por colectivos; respecto de la primera cuestión, vid. GIANNINI, *Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 287.

(49) Sobre la personificación como clave del proceso de descentralización, GARRIDO FALLA, *La descentralización administrativa*, San José de Costa Rica, 1967, pág. 7; la trascendencia de la personalidad como centro de creación de un estatuto singular no puede discutirse (sobre ello, GARRIDO FALLA, op. cit., pág. 75), pero ello no resuelve la cuestión de la disparidad teleológica y estructural de ambos procesos; por otra parte, aunque la personificación del ente descentralizado se considera elemento clave del proceso descentralizador, en oposición a la desconcentración, en la doctrina francesa;

La descentralización institucional conserva intacta la matriz de unidad que el principio centralizador estructura; en efecto, «el recurso a formas de descentralización institucional se revela oportuno sobre todo allí donde, conservando la necesidad de una acción unitaria, se concluye la conveniencia de que ésa se desarrolle por órganos especializados» (50).

La generalización del modelo de descentralización funcional permitía a BACHELET afirmar hace ya treinta años, respecto de la Administración italiana, pero trasladable a la Administración española, «El Ministerio conserva, hoy, el poder de dirección y de alta vigilancia. La actividad de gestión, por el contrario, es atribuida a entes públicos que no asumen la correlativa responsabilidad» (51).

Si bien es cierto que el proceso de descentralización no territorial ha evolucionado en nuestro sistema administrativo a un ritmo más pausado, la realidad actual evidencia la veracidad de la tesis de BACHELET (52).

Pero el dato sustantivo sigue siendo la dependencia, la facultad de dirección que ostenta la administración matriz sobre estos entes, una facultad de dirección, de control, entendidos ambos en un sentido amplio, que se reconduce a la relación de tutela.

Superada la jerarquía como principio definidor de estas relaciones, en la opción por la descentralización, cuando ésta se mueve exclusivamente en el plano institucional, su naturaleza instrumental explica la ausencia de una autonomía real.

La pregunta a la que tendremos que responder es por tanto si es posible un tercer género de descentralización política de naturaleza no territorial, es decir, una descentralización funcional de naturaleza política o, al menos, política administrativa.

SECCIÓN II: AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES. PANORAMA GENERAL

Debemos proceder ahora a delimitar esta nueva categoría de entes administrativos, con los instrumentos que nos ha proporcionado

la posición en una parte de la doctrina italiana es bien distinta; así, ROVERSI-MONECO niega esa identificación, vid. *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, Padova, 1970, pág. 89.

(50) LUCIFREDI, COLETTI, *Decentramento amministrativo*, Torino, 1956, pág. 11.

(51) BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa*, op. cit., pág. 207.

(52) Es suficiente recordar cómo en fechas recientes se ha descentralizado, y además en un régimen de relaciones externas de Derecho privado, la función de gestión

el anterior apunte en torno a las relaciones entre Administración Pública y Gobierno, así como sobre algunos principios constitucionales de la organización administrativa.

Examinaremos, en primer lugar, el proceso de aparición de estos entes, sin olvidar el entorno ideológico en que se producen; en segundo lugar trataremos de identificar las notas caracterizadoras que singularizan estos entes respecto de las restantes estructuras administrativas, así como las notas más relevantes de su subsistema organizativo; por último examinaremos brevemente los ámbitos sectoriales de actividad sobre los que estos entes ejercen sus funciones de ordenación.

Dos aclaraciones son necesarias: en primer lugar, el recurso al análisis de la doctrina francesa e italiana es obligado por las razones que expusimos en las primeras páginas; en segundo lugar no pretendemos presentar un modelo acabado, intentaremos describir y analizar un proceso dinámico en términos de presente y sus manifestaciones concretas, también en constante mutación.

Por último recordar que, en ocasiones, se olvida poner en conexión a la cuestión que nos ocupa con los procesos de penetración ideológica que han precedido a la implantación de las AAI en el derecho continental; la exclusión de esas aproximaciones al problema impiden la comprensión de las bases mismas del proceso, bases que están más allá del ámbito del Derecho pero que se proyectan sobre éste.

1. *Los antecedentes al otro lado del Atlántico. Las Agencias Independientes*

Es ya un lugar común referenciar como origen de la AAI en el derecho continental las experiencias americana, de las independent agencies, y británica, de los quangos (53).

tributaria en la Agencia Estatal de Administración Tributaria; sobre el proceso de creación de la Agencia, vid. SÁNCHEZ BLANCO, *El sistema económico de la Constitución española*, Madrid, 1992, págs. 483 y ss.

(53) En este sentido, MODERNE, «Les modèles étrangères», en *Les Autorités Administratives indépendantes*, bajo la dirección de COLLIARD y TIMSIT, París, 1988, págs. 186 y ss.; este volumen recoge el encuentro celebrado en junio de 1987 en La Sorbona bajo los auspicios del CERAP; es hasta el momento presente el estudio más completo de estos entes (a partir de ahora se citará como LAAI); también insistiendo en los antecedentes en el derecho anglosajón, QUERMONNE, *L'appareil administratif de l'Etat*, París, 1991, págs. 251 y ss.; hay opiniones, sin embargo, en sentido contrario; así, entre otros, GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, París, 1991, pág. 20.

Para una visión desde Europa del sistema de agencias independientes, vid. COTTIER, «Les "Independent Agencies" américaines: un modèle pour l'administration polycentrique de demain», en *RICA*, n. 2, 1985, págs. 144 y ss., expresando cautelas sobre la posibilidad de generalizar el sistema; también, para una primera aproximación al sistema de

Resulta sin embargo arriesgado afirmar que el panorama que ofrecen las agencias independientes, y englobamos bajo esta denominación tanto a las agencias reguladoras como a las comisiones, no está exento de problemas (54).

No resulta sencillo, en primer lugar, ubicar en el conjunto del sistema político-administrativo a estas agencias, como, y lo examinaremos más adelante, tampoco resulta fácil esa misma ubicación en el derecho continental.

El primer problema no es otro que establecer el criterio delimitador de esta nueva categoría, la característica que nos permita diferenciar las agencias independientes de las agencias ejecutivas.

Dos STS en las primeras décadas de este siglo van a sentar ese criterio; en *Myers v. United States*, en el año 1926, el TS declaraba que exigir la aprobación del Congreso para el cese por el presidente de un funcionario ejecutivo, un alto cargo del servicio de correos, era contrario al contenido de los poderes del presidente, al principio de separación de poderes, en su interpretación por la Constitución, y, por tanto, inconstitucional (55); en esencia, la revocación de los cargos públicos que integraban el ejecutivo se integraba en los poderes del presidente.

El panorama cambia radicalmente apenas nueve años después en *Humphrey's Executor v. United States*, ante la pretensión del presidente de ejercitar los poderes de revocación, reconocidos por la Constitución y ratificados por el mismo TS, pretensión de revocación que tenía como objeto el cese del comisionado Humphrey de la Federal Trade Commission.

Pues bien, la Corte entiende en este último caso que, dado el estatuto de la FTC, había previsto la remoción tan sólo en supuestos tasados, y la naturaleza de la FTC, de acuerdo con la voluntad del Congreso al aprobar su estatuto, como «cuerpo de expertos que debe ser independiente del poder ejecutivo excepto en su selección, y libre de ejercer sus funciones sin el permiso o el obstáculo de cualquier

agencias independientes, DAVIS, «L'expérience américaine des "independent regulatory commissions"», en *IAAI*, págs. 222 y ss.

(54) Unas críticas que surgieron ya desde el momento en que vio la luz la primera de estas AAI; en efecto, en el año 1887, durante los debates en el Congreso de la Interstate Commerce Act, el senador Morgan expresaba su opinión acerca de la Interstate Commerce Commission, la primera históricamente de las AAI, y su opinión estaba teñida de una seria inquietud sobre la naturaleza y los poderes de la nueva ICC: «Es el primer proyecto que conozca que ha entrado en el Senado donde sus autores no pretenden entrar en la definición de los poderes que son conferidos, ni si se encuentran referidos a funcionarios del ejecutivo, legislativo o judicial. Quizá ellos son mucho más que esto; quizá ellos son autócratas, pero tenemos que saber qué son», citado por SOMMER, «Independent Agencies as article one tribunals: Foundations of a theory of agency independence», *Administrative Law Review*, vol. 39, n. 1, 1987, pág. 84.

(55) *Myers v. United States*, 272, US, 52, 1926.

otro funcionario o departamento del Gobierno», los poderes de revocación presidenciales no eran de aplicación (56).

La Sentencia distinguía, pues, dos tipos de agencias: por un lado aquellas con un «estatuto común», en las que el vínculo de dependencia con el órgano supremo del poder ejecutivo se mantenía en su integridad, y las agencias con un «estatuto especial», en que, por voluntad del Congreso en su Acta de creación, el vínculo citado se había debilitado, que no destruido, en razón de los poderes de nombramiento que el presidente conservaba.

El problema que surgía inmediatamente era dónde ubicar en el sistema de poderes públicos a estas agencias; la solución se convirtió en una especie de compromiso que nada resolvía, pues pese a su categorización como parte, separada, del poder ejecutivo se le reconocían funciones *quasijudiciales*, así como poderes *quasilegislativos*.

Así se comenzó a admitir que, en realidad, las agencias independientes constituían un cuarto brazo del gobierno, entendido aquí como sistema de poder público, un «cuarto brazo sin cabeza», como metafóricamente se le denominó (57); una explicación que no resistiría sucesivas decisiones del TS.

La explicación más común a la justificación de estas agencias independientes era la de su funcionalidad; así la especialidad funcional de estos entes parecía fundamentar suficientemente ese estatus singular que los colocaba fuera de la dependencia del ejecutivo (58), pero también, como pasado un tiempo se declararía el propio TS, de la esfera de influencia del Congreso.

En efecto, en *Buckley v. Valeo* (59), se niega al Congreso poderes de nombramiento de los comisionados de la Federal Election Commission, sistema de selección que pretendía implementar el Acta de Enmiendas de 1974 al Acta de Campañas de Elecciones Federales; poderes que, de acuerdo con la doctrina del propio TS, en *Myers* pertenecían al presidente; se destruía así también la ilusión de que estas agencias constituían un cuarto poder distinto y separado.

La evolución posterior del régimen de las agencias independientes significó en primer lugar un paulatino incremento de su número,

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

(57) Vid. STRAUSS, «The places of agencies in government: separation of powers and the fourth branch», *Columbia Law Review*, vol. 84, n. 3, 1984, extenso estudio que examina toda la evolución de la jurisprudencia hasta *INS V. Chadha*, especialmente para las últimas decisiones, en aquellas fechas, págs. 622 y ss.

(58) Vid. SWIRE, «Incorporation of Independent Agencies into the Executive Branch», *Yale Law Journal*, vol. 94, 1985, págs. 179 y ss.; el principio era garantizar la neutralidad de un grupo de expertos frente a posibles ingerencias de los grupos políticos.

(59) *Buckley v. Valeo*, 418, US, págs. 707-713, 1974.

de acuerdo con el incremento de la intervención pública y el crecimiento de la complejidad técnica de algunos de los sectores donde esta intervención se producía; significó también una crisis en el intento, por parte del Congreso, de controlar el funcionamiento de estas agencias, una crisis que en *Buckley* ya se anunciaba.

Dos datos vinieron a cambiar esta situación: en primer lugar el intento en la Administración Reagan de controlar las agencias independientes; en segundo lugar la nueva orientación de la jurisprudencia del TS en *Chadha*; en efecto, en *Inmigration and Naturalization Service v. Chadha* (60), el TS declara inconstitucional un poder de veto del Congreso sobre las resoluciones de estas agencias por ser contrario al principio de división de poderes.

El resultado final de todo este proceso parece complicarse porque si bien el intento de liquidar la autonomía de las agencias (61) y, sobre todo, de liberarlas del vínculo con el Congreso, alcanza en un determinado momento importantes éxitos, en los últimos años asistimos a un renacimiento de las prerrogativas del Congreso en relación con las agencias independientes o, al menos, a una aceptación por parte del TS de la creación, siempre que las funciones lo justifiquen, de entes de esta naturaleza (62).

La situación actual es, pues, de incertidumbre (63), no pudiendo afirmarse tampoco que a lo largo de su ya centenaria historia el sistema de agencias independientes no haya encontrado serios obstáculos tanto por parte del legislativo, en un claro intento de controlar su funcionamiento, como del ejecutivo desde el deseo de «recuperar

(60) *Inmigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462, US, págs. 919-948, 1983; sobre *Chadha*, vid. KAISER, «Congressional control of executive actions in the aftermath of the *Chadha* decision», *Administrative Law Review*, 1984, págs. 239 y ss., con un análisis de vías alternativas de control del Congreso, págs. 270 y ss.; también STRAUSS, *The place of agencies in government: separation of powers and the fourth branch*, *op. cit.*, págs. 633 y ss.

(61) Un intento que implicaba la incorporación de las agencias al ejecutivo, después de haberse cuestionado toda fundamentación de su independencia; así, vid. SWIRE, «Incorporation of Independent Agencies into the Executive Branch», *op. cit.*, págs. 1785 y ss.

(62) Para este último período, el extenso estudio de ROSENBERG, «Congress's Prerogative Over Agencies and Agency Decisionmakers: The rise and Demise of the Reagan Administration's Theory of the Unitary executive», *George Washington Law Review*, col. 57, n. 3, 1989, págs. 627 y ss., especialmente págs. 662 y ss.

(63) Un buen testimonio de ello (centrado en una de las agencias más poderosas dentro del sistema administrativo y en la vida económica de la nación, la Federal Trade Commission), puede verse en SCHERER, «Sunlight and sunset at the Federal Trade Commission», *Administrative Law Review*, vol. 42, n. 4, 1990, págs. 461 y ss., más centrado en los problemas de gestión; también sobre la FTC, pero centrado en los problemas políticos y en la pérdida de prestigio de la Comisión, esencial en este tipo de entes, vid. en el mismo número de la *ALR* SCHECHTER, «A retrospective on the Reagan FTC: Musings on the role of an Administrative Agency», págs. 489 y ss., especialmente págs. 503 y ss.

un poder de dirección sobre estos entes que considera como naturalmente propio».

Este breve apunte de los avatares del modelo de agencias independientes en el derecho norteamericano nos orienta sobre los problemas de índole constitucional, y no tan sólo la posible inconstitucionalidad, que hemos de abordar.

Nos adelanta así el eje central de la construcción del modelo; éste no es, como pudiera pensarse, el proceso de selección de los titulares de los órganos de dirección de estos entes, cuestión relevante, pero no decisiva por sí misma. La base de todo el sistema se mueve en torno al eje de los poderes de intervención en el funcionamiento del ente y, de forma singular, en torno a los poderes de revocación del mandato de los titulares de los órganos de dirección de estos entes.

En este marco el conflicto se planteará entre el ejecutivo, que reclama para sí la dirección de estos entes, y las Cámaras, que creen encontrar en estos entes una fórmula de administración parlamentarizada; cualquiera de las dos opciones es contradictoria con la justificación que se ha pretendido dar a la creación de estas agencias: la garantía de que, en determinados sectores, los poderes de regulación no se ejercerán por instancias partidistas, teñidas de «politicidad».

Una última referencia al derecho anglosajón, pero en este caso al sistema administrativo británico: nos referimos a los llamados *quangos*, pese a que una parte de la doctrina francesa ve en ellos uno de los modelos que pudieran haber inspirado a las autoridades administrativas continentales, entendemos que tal afirmación debe hacerse con todas las reservas.

En su misma esencia, las autoridades administrativas independientes, como las agencias independientes en los Estados Unidos, representan, en sí mismas, excepciones, derogaciones a un modelo de relaciones entre los poderes públicos y de diseño de un sistema administrativo. Ello explica el número reducido de entes de esta naturaleza no sólo en el derecho continental, sino también en los Estados Unidos, en este último caso proporcionalmente mayor. No ocurre así en el sistema administrativo británico, donde «un Ministerio en Londres no existe para administrar, sino para coordinar las actividades administrativas de otros organismos» (64); ello explica que los criterios orgánicos, separación de una rama de la Administración de la dependencia directa del Gobierno, y teleológico funcional, regulación de un sector de actividad de especial sensibilidad, no puedan ser de aplicación. Los *quangos* no añaden nada extraordina-

(64) MACHIN, «L'expérience britannique», en *LAAL*, pág. 236.

riamente novedoso a un sistema administrativo ya de por sí estructuralmente policéntrico.

Si se puede hablar de un «modelo americano» no parece posible hacerlo de un modelo británico.

2. Francia, de la fascinación a la crítica

El intento de datar el surgimiento de las AAI en el continente se presta inmediatamente a discusiones; el solo hecho de incluir o no en esta categoría al *Mediateur*, creado por Ley de 3 de enero de 1973, cuestión de la que nos ocuparemos más adelante, obligaría a reubicar las fechas de aparición de estas instancias de regulación (65), es lo cierto, sin embargo, que el fenómeno de su proliferación no comienza antes de la segunda mitad de la década de los setenta (66), identificándose como primera AAI, que recibe del legislador un estatuto de esta naturaleza, a la Comisión Nacional de la Informática y las Libertades, creada por Ley de 6 de enero de 1978 (67).

Será la doctrina la que acuñe el término AAI; éste sólo se encuentra esporádicamente, al menos en los primeros años, en algunos textos normativos, decisiones del Consejo Constitucional y del Consejo de Estado, pero en todo caso sin convertirlo en el centro de un sistema (68).

Un primer dato relevante es el crecimiento, de auténtica explosión se ha llegado a hablar, de AAI que podemos encontrar en los últimos años, cifrándose ya en una veintena, lo que puede interpre-

(65) Utilizaremos la terminología francesa para mayor claridad, en razón de un dato cuya trascendencia a estos efectos es importante: nos referimos a la no personificación, en el ordenamiento francés, de estas organizaciones, siendo así que preferimos reservar el término antes para aquellos conjuntos organizativos dotados de personalidad, la denominación de «instancias de regulación» parece la más conveniente.

(66) GAZIER y CANNAC señalan la existencia de tres períodos, el primero de los cuales lo abre la Ley de Vichy, de 13 y 14 de junio de 1941, que instituye la Comisión de Control de la Banca, no parece que el período histórico en el que se enmarca fuera el más favorable a un modelo descentralizado de funciones públicas; vid. GAZIER y CANNAC, «Etude des Autorités Administratives Indépendantes», en *EDCE*, n. 35, 1983-1984, pág. 15; parcialmente en contra de esta datación del proceso, TEIGTEN-COLLY, «Les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution», en *LAAI*, pág. 26.

(67) Sobre la CNIL y su actividad, vid. *Dix ans d'informatique et libertés*, CNIL, París, 1988, especialmente útil la guía diccionario en págs. 63 y ss.

(68) En contra, AUTIN, «Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: une autre mode de regulation», *RDP*, 1990, págs. 1215 y ss., pero reconoce cómo, en ocasiones, el Consejo Constitucional se ha abstenido de dar tal calificación a instancias de regulación que parecían merecerla; tal fue el caso del Consejo de la Concurrencia en la DCC de 23 de enero de 1987; de acuerdo con las reservas del Consejo de Estado, Consejo Constitucional y legislador, TEIGTEN-COLLY, *Les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution, op. cit.*, pág. 22.; pero hay que recordar que fue el Consejo Constitucional el que utilizó por primera vez esta denominación en su decisión 84-173, de 16 de julio, a propósito de la Alta Autoridad para el Audiovisual.

tarse ya no como un fenómeno aislado, sino como una opción organizativa consolidada, en cuanto a sus fundamentos, y en expansión creciente, no sólo en términos cuantitativos.

La acogida de estos nuevos modelos organizativos por parte de la doctrina fue muy favorable en los primeros momentos (69), ello no evitó, sin embargo, que pronto se levantaran voces de alerta (70), frente a la generalización de estas nuevas instancias de regulación, e incluso críticas que cuestionaran, desde su misma raíz, la validez del modelo, calificándolo de «una contradicción en los términos», pues «por definición la Administración no puede ser independiente. La Justicia puede serlo, la Universidad también, no la Administración» (71).

La estabilidad no ha sido tampoco una característica del régimen jurídico de estas AAI; encontrándonos con casos extremos, como el sector audiovisual, en el que en el breve espacio de siete años (1982-1989) se sucedieron tres AAI diferentes (La Alta Autoridad para el Audiovisual, la CNCL y la CSA), un cambio constante que no sólo ha restado eficacia a la actividad de estas autoridades, sino que también ha puesto en cuestión su credibilidad, desde el momento en que las reformas orgánicas parecían tener como objetivo, entre otros, modificar la composición de los órganos rectores de estas autoridades con el fin último de conseguir en los órganos de dirección de estas instancias de regulación orientaciones acordes con la mayoría que sustentaba al Gobierno (72).

El fenómeno no es aislado y un proceso similar ha vivido un sector como el de la defensa de la competencia donde las leyes de 19 de julio de 1977 y de 30 de diciembre de 1985 crean y regulan, respectivamente, una Comisión de la Competencia a la que califican de AAI; sin embargo, la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986 alum-

(69) Así, GAZIER y CANNAC, *op. cit.*, págs. 24 y ss.

(70) Así, en el mismo EDCE, pero en el año 1987, la Sección de Estudios y Documentos del Consejo expresaba su preocupación ante la complicación administrativa que estos nuevos entes suponían, dudando además de su constitucionalidad; vid. pág. 53.

(71) BRAIBANT, en el Coloquio recogido en *LAAI*, pág. 290; sin embargo, el problema para BRAIBANT no era tanto la independencia en abstracto respecto del Gobierno como su concreción en autoridades a las que se les encomendaba la gestión de servicios públicos.

(72) Una situación que ironizaba TRUCHET, «A mayoría parlamentaria nueva, ley nueva sobre el audiovisual: la tradición republicana es, una vez más, respetada...», *RFDA*, n. 2, 1989, pág. 209; para una visión de conjunto de la evolución de estas autoridades en el sector audiovisual, vid. CHEVALLIER, «Le statut de la communication audiovisuelle», *AJDA*, octubre de 1982, págs. 555-576; especialmente respecto de la Alta Autoridad, págs. 565 y ss.; del mismo, «Le nouveau statut de la liberté de communication», *AJDA*, febrero de 1987, págs. 59-79; especialmente respecto de la CNCL, págs. 76 y ss.; para la última de las reformas, también CHEVALLIER, «De la CNCL au Conseil supérieur de l'audiovisuel», *AJDA*, febrero de 1989, págs. 59-76; sobre esta última, vid. igualmente MORANGE, «Le Conseil supérieur de l'audiovisuel», *RFDA*, n. 2, 1989 págs. 235-250.

bra una autoridad administrativa en el mismo sector, el Consejo de la Competencia, al que priva de tal calificación, cuya categorización no ha sido pacífica en la doctrina.

3. *Las AAI en el sistema administrativo italiano*

El panorama en Italia es bien distinto, comenzando por el reducido número de AAI que encontramos en su sistema administrativo: como tales se nos presentan sin discusión el *Difensore Civico*, una institución de ámbito regional (Defensor del Pueblo), el ISVAP, Instituto para la vigilancia del sector de seguros, la CONSOB, Comisión para las operaciones en Bolsa y sociedades, así como el Garante per l'editore, sustituido en la actualidad por Ley 223/1990, de 6 de agosto, por el *Garante per la Radiodiffusione e l'editore*, a los que hay que añadir recientemente la Autoridad para la Garantía de la competencia y el Mercado creada por Ley 287/1990, de 2 de octubre; mayores problemas plantea la inclusión en esta categoría de entes a la Comisión de garantía de la información estadística, creada por Decreto Legislativo 322/1989, de 6 de septiembre (73).

Por último, no parece admisible la inclusión entre las AAI del Consejo Superior de la Magistratura, siendo más adecuada su calificación como órgano de garantía constitucional (74).

La calificación de órgano constitucional de garantía, si bien es plenamente adecuada al estatuto, en sede constitucional, podría presentar un problema pues de generalizarse la opción doctrinal sobre la oportunidad de regular en el texto constitucional a las AAI, o al menos a alguna de ellas, tesis defendida por una parte de la doctrina francesa, como veremos más adelante, nos encontraríamos con que se habría producido un vaciamiento de la Administración Pública para crear un entramado de órganos constitucionales de garantía, pero también de administración.

En otro nivel produce extrañeza el menor interés que la doctrina le ha dedicado a las AAI, en comparación con el panorama francés (75); y ello porque si bien el número de entes es, como acabamos

(73) Sobre esta última, vid. ENDRICI, «La riorganizzazione della statistica pubblica: il governo del sistema», en *RTDP*, n. 4, 1990, págs. 1093 y ss., especialmente págs. 1104 y ss., donde plantean dudas a propósito de la posible independencia real del ente a partir de una de las claves de caracterización de esta categoría de organizaciones como es el proceso de selección de los órganos de dirección.

(74) En este sentido, LONGOBARDI, «Le "amministrazioni indipendenti": profili introduttivi», *op. cit.*, pág. 178.

(75) No existen monografías generales recientes, salvo los estudios de LONGOBARDI, «Le "amministrazioni indipendenti": profili introduttivi», *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, Milano, 1991, págs. 174-214; y de CAGLI, «Il quadro normativo delle amministrazioni pubbliche indipendenti», en *Il Foro Amministrativo*, n. 5, 1991, S II, págs. 1626-1662;

de ver, mucho menor que el que encontramos en Francia, la privilegiada atención que dedica la doctrina italiana al derecho de la organización hacía prever un mayor impacto de estos nuevos modelos organizativos.

4. *El ordenamiento español*

Nuestro ordenamiento ofrece un panorama bien distinto, donde se dan cita no sólo un número reducido de entes a los que podamos calificar, de forma indubitada, como AAI a lo que hemos de añadir un cierto desinterés doctrinal, ya mencionado.

Salvando la reserva final, merecen la calificación de AAI en nuestro ordenamiento las siguientes instancias y entes: en primer lugar el Consejo de Seguridad Nuclear, creado por Ley 15/1980, de 22 de abril; en segundo lugar la Comisión Nacional del Mercado de Valores, creada por Ley 24/1988, de 28 de julio (76); conviene señalar inmediatamente que si bien del primero la independencia viene reconocida directamente en su norma fundacional, en concreto en su artículo 1.1 (que lo define como un «Ente de Derecho Público, independiente de la Administración Central del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de los del Estado y único organismo competente en materia de seguridad nuclear y protección radiológica»); la naturaleza y estatus de la Comisión Nacional del Mercado de Valores hemos de inducirla de su regulación, y en concreto, como veremos más adelante, del proceso de selección y de inamovilidad de los órganos rectores (77); por último el Tribunal de

con anterioridad, sin embargo, destacar los estudios de FRANCHINI, «Le autorità Amministrative indipendenti», en *RTDP*, n. 3, 1988, págs. 549-583, y MASSERA, «"Autonomía" e "Indipendenza" nell'amministrazione dello Stato», en *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, págs. 468 y ss.; destacar también el gran interés que, entre los especialistas en Derecho Mercantil, han suscitado el CONSOB y el ISVAP, entre estos estudios destacar, entre otros, CERA, *La CONSOB*, 2.ª edición, Milano, 1988, págs. 23-33 y 295-300 (para las innovaciones introducida en la estructura y organización, de especial trascendencia el reconocimiento de la personalidad jurídica); también JAEGER, «La legge n. 281 e i nuovi poteri della CONSOB», en *Giurisprudenza Commerciale*, 1985, págs. 946 y ss.; respecto del ISVAP, vid., entre otros, MARCHETTI, «Natura e funzione dell'Istituto per la vigilanza sulla assicurazioni private e di interesse collettivo», en *Giurisprudenza Commerciale*, 1983, págs. 625 y ss., pero también han motivado la atención de prestigiosos iuspublicistas; así, CASSESE, «Gli organi dell'ISVAP», en *Giurisprudenza Commerciale*, 1984, págs. 221 y ss.

(76) Respecto del Consejo de Seguridad Nuclear, vid. LÓPEZ RAMÓN, «El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente», *RAP*, 126, págs. 189 y ss.; también JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Los Organismos Autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*, op. cit., págs. 317 y ss.; respecto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, JIMÉNEZ BLANCO, *Derecho Público del Mercado de Valores*, Madrid, 1989, págs. 96 y ss.

(77) En este sentido, la favorable opinión de JIMÉNEZ BLANCO a la calificación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores como AAI, op. ult. cit., pág. 97, no puede

Defensa de la Competencia, al que la Ley 16/1989, de 17 de julio, dota de un nuevo estatuto derogando la anterior Ley 110/1963, de 20 de julio, la nueva ley otorga al Tribunal independencia funcional aunque lo adscribe orgánicamente a un Ministerio (78) y la Agencia de Protección de Datos creada por Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento de los datos automatizados de carácter personal (79).

Parece necesario justificar algunas exclusiones que podremos reconsiderar más adelante en algún caso y que son siempre susceptibles de discusión dada la novedad de estos entes.

En primer lugar hemos de detenernos en el Ente Público de Radio Televisión; su naturaleza de ente de gestión de los servicios de radiodifusión y televisión nos impide calificarlo como AAI; de acuerdo con el criterio que anteriormente señalamos en base al cual los entes de gestión de servicios públicos con una descentralización real y efectiva, podríamos calificarlos de servicios públicos neutrales o entes de gestión neutrales, nunca como AAI al faltar en ellos la nota característica de la producción de actos de autoridad; ERTVE es producto de un proceso de descentralización política por servicios, y no de una descentralización política funcional; ambos procesos alumbran entes que englobamos bajo la denominación de Organizaciones Administrativas Independientes, pero que hemos convenido en diferenciar, en razón no sólo de las funciones, sino también de las potestades reconocidas en uno y otro caso, así como por el régimen jurídico de sus actos (80).

hacernos olvidar la reserva al Gobierno y al ministro de Economía y Hacienda del nombramiento de los miembros de los órganos de dirección, en concreto de las vocalías del Consejo, así como de su Presidencia y Vicepresidencia, respecto de los dos únicos consejeros natos, el director general del Tesoro y Política Financiera y el subgobernador del Banco de España, la mediación del Gobierno es evidente.

(78) Sobre el Tribunal de Defensa de la Competencia, a partir de la Ley 16/1989, L. HIERRO, «Funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y principios reguladores del procedimiento», *REDA* n. 71, 1991, págs. 333 y ss.; sobre la situación anterior, de acuerdo con la Ley 10/1963, en una aproximación interesante desde nuestra perspectiva, SOSA WAGNER, *Jurisdicciones Administrativas Especiales*, Sevilla, 1977, págs. 102 y ss., con especial referencia a los problemas planteados respecto del control en vía contenciosa de las resoluciones del Tribunal, págs. 106 y ss.

(79) Esta Ley Orgánica viene a desarrollar, como su propia exposición de motivos señala, las garantías previstas en el artículo 18.4 del texto constitucional; si bien la misma exposición de motivos se refiere a la Agencia como «órgano», tal calificación es, cuando menos, desafortunada, toda vez que éste se crea como Ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia (art. 34).

(80) Sobre ERTVE, vid., entre otros, CHINCHILLA MARÍN, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Madrid, 1988; sin pronunciarse explícitamente sobre la cuestión tampoco, ESTEVE PARDO, *Régimen Jurídico-Administrativo de la Televisión*, Madrid, 1984; PARADA VÁZQUEZ realiza una crítica contundente del modelo importado en *Derecho Administrativo*, vol. II, *op. cit.*, págs. 274 y ss.; también, y en el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA denuncia el falseamiento del principio de pluralismo constitucio-

En segundo lugar, la Administración Electoral nos presenta un problema de mayor complejidad, ya que es más que discutible su naturaleza de Administración Pública, pese a la opinión en contrario de nuestro TC, que viene a considerar a las Juntas Electorales «órganos administrativos que realizan una actividad de tal naturaleza, pues así lo evidencia el contenido del Capítulo tercero del Título I de la LOREG, encabezado por la rúbrica de la Administración Electoral; lo da por supuesto la STC 154/1988, de 21 de julio, y es doctrina pacífica y unánimemente aceptada» (81); si bien había tomado en consideración las razones alegadas por el Ministerio Fiscal, que ponían de manifiesto las características singulares «que las Juntas Electorales presentan en su composición y funciones, notables peculiaridades que las apartan del régimen general de las Administraciones Públicas» (82).

No presentan gran consistencia los argumentos a favor de la calificación como AAI de los órganos que integran la Administración Electoral; en primer lugar la referencia a la rúbrica de un Capítulo de una norma proporciona, todo lo más, una orientación sobre la intención del legislador, pero no es, ni mucho menos, un criterio hermenéutico decisivo; en cuanto a la posición de la doctrina, nos permitimos recordar la opinión de CAZORLA PRIETO: «La Junta Electoral es en suma un órgano cuyos cometidos no son encuadrables en ninguna de las funciones clásicas del Estado y tampoco encuadrables orgánicamente en ninguna de las organizaciones a través de las cuales aquéllas se llevan a cabo» (83), parecería en todo caso más adecuado calificarla como órgano de garantía, toda vez que además ejerce sus funciones sólo de forma puntual, sin la continuidad propia de un ente administrativo.

Por último, la consideración del Defensor del Pueblo como AAI parece completamente fuera de lugar, toda vez que el mismo texto constitucional lo califica de «alto comisionado de las Cortes Generales» (art. 54) (84); pareciéndonos más idónea la calificación como

nalmente previsto en el Prólogo a GARCÍA LLOVET, *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Madrid, 1991; JIMÉNEZ DE CISNEROS lo califica de «Organismo neutral», *op. ult. cit.*, págs. 320 y ss.

(81) STC 197/1988, de 24 de octubre.

(82) *Ibidem*.

(83) CAZORLA PRIETO, «Comentario artículo 9.º», en *Comentarios a la Ley Orgánica Régimen Electoral General*, dirigidos por CAZORLA PRIETO, Madrid, 1986, pág. 119; en contra, COSCULLUELA y MUÑOZ MACHADO, *Las elecciones locales. Comentarios a la Ley 39/1978, de 17 de julio*, Madrid, 1979, pág. 68, entendiendo que, excluido su carácter jurisdiccional, sólo parece admisible su consideración como órganos administrativos.

(84) Una calificación que reitera la LODP en su artículo 1.º, pues bien de las dos opciones que nos restan respecto de la categorización del Defensor del Pueblo en el entramado de órganos constitucionales e infraconstitucionales, que integran nuestro

«órgano constitucional de garantía», y lo definimos como órgano constitucional de garantía (85) porque en el proceso de selección que hemos de realizar entre los órganos que recoge nuestro texto constitucional encontramos una variedad extraordinaria.

En efecto, podemos encontrar desde órganos constitucionales que los son de forma indubitada (es el caso de nuestro TC o del mismo Defensor del Pueblo) hasta órganos con garantía constitucional (que nada tiene que ver con la garantía institucional en el texto constitucional de una institución, aunque en ocasiones se superpongan; en la garantía constitucional de un órgano se garantiza la existencia de un complejo orgánico conocido, en la garantía institucional aún en el texto constitucional, se garantiza una institución en el sentido de un sistema de sujetos y poderes en relación con una realidad social dada; no podemos detenernos en ello, pero téngase en cuenta la advertencia) y entre estos órganos con garantía constitucional encontramos, a título de ejemplo, el Consejo de Estado o el Tribunal de Cuentas; pues bien, la definición como órgano constitucional de garantía se impone por varios motivos que examinamos brevemente.

El primero es, sin duda, su estatuto constitucional, que no sólo establece una garantía constitucional sobre el órgano, sino que, además, le atribuye funciones del mayor relieve constitucional, y entre ellas la que constituye el objeto de su actividad, la garantía de los derechos fundamentales (86), función que comparte naturalmente con otros órganos constitucionales, también de garantía, como es el

sistema político-administrativo: la primera, entender que la institución ha de considerarse como «un órgano constitucional de garantía» o, la segunda, como un «órgano auxiliar del Parlamento»; las posiciones en la doctrina están divididas: a favor de la primera tesis, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Defensor del Pueblo y Administración Pública», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Madrid, 1991, pág. 2673; a favor de la segunda tesis, entre otros, PÉREZ CALVO, «Comentario al artículo 54», en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, vol. IV, Madrid, 1984, págs. 507 y ss.; en el mismo sentido, con anterioridad, LA PÉRGOLA, «Ombudsmann y Defensor del Pueblo. Apuntes para una investigación comparada», *REP* n.º 7, 1979, págs. 86 y ss.; por último, en una posición más ecléctica, VARELA, «La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo», *REDC* n.º 8, 1983, págs. 65 y ss., que si bien lo define como «órgano auxiliar de las Cortes Generales», rechaza la calificación de la relación que se establece entre el Defensor del Pueblo y las Cortes como relación fiduciaria.

(85) Para la definición de órgano constitucional nos remitimos a GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1989, pág. 118, de acuerdo con la cual «los órganos constitucionales son los constituidos o definidos por la Constitución».

(86) Sobre su función como órgano de garantía de los derechos fundamentales, vid. VARELA, «La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo», *op. cit.*, págs. 75 y ss.; en general, sobre sus funciones, GIL ROBLES y GIL DELGADO, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, Madrid, 2.ª edición, 1981, con un estudio de instituciones similares sobre la protección de los derechos fundamentales, págs. 249 y ss.

caso del TC; a lo que hemos de añadir inmediatamente el haz de facultades atribuidas no ya por la propia LODP, sino por normas que integran el bloque primario de constitucionalidad, como es el caso de la propia Constitución y de la LOTC, pues en ambos textos se otorga al Defensor del Pueblo legitimación activa en determinados procesos constitucionales; que el constituyente no otorgó el mismo estatuto a órganos constitucionalmente garantizados, como el Consejo de Estado o el Tribunal de Cuentas antes citados, y a órganos de relevancia constitucional, demuestra aquí toda su evidencia (87).

Hemos de justificar, en segundo lugar, su calificación como órgano constitucional de *garantía*; la razón no es otra que diferenciarlo de los órganos que tiene atribuido el ejercicio de alguna, o algunas, de las funciones-poderes en los que la doctrina clásica diferenciaba el ejercicio del poder (88); en este sentido creemos que su calificación como órgano constitucional de garantía define su estatus y funciones, excluyendo su integración en la categoría de AAI.

Nos restaría por examinar la posible categorización del Banco de España como AAI, pero debemos reservar la cuestión para el análisis sectorial de la articulación de las AAI.

5. *El entorno ideológico y económico de la aparición de las Autoridades Administrativas Independientes en Europa*

La aparición de las AAI como nuevos modelos de organización en Europa parece responder a causas de muy diferente naturaleza si nos atenemos a las respuestas que nos da la doctrina.

(87) No podemos detenernos en ello, pero sería necesario preguntarse sobre la congruencia de seguir considerando al Defensor del Pueblo como un órgano auxiliar de las Cortes a partir del reconocimiento de legitimación activa en los recursos de inconstitucionalidad. La incongruencia de la situación ha llevado a una parte de la doctrina a criticar esta legitimación; así, entre otros, GIL ROBLES y GIL DELGADO, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, op. cit., pág. 314.

(88) La pregunta surge inmediatamente: ¿es el TC un órgano constitucional de garantía?; la respuesta no es fácil; es cierto que reúne las mismas características que hemos reseñado respecto del Defensor del Pueblo, pero añade a todo ello un dato excepcional, que eleva su rango al de órgano constitucional de dirección política.

Anteriormente hemos comentado cómo la función de dirección política venía atribuida constitucionalmente al Gobierno, exigiéndose en ocasiones la colaboración del Parlamento, en la medida en que la concreción de esa dirección política de la Nación exigía el instrumento de la ley, aparte de otros supuestos en los que no nos vamos a detener; pues bien, es aquí donde de forma decisiva puede colaborar, positiva o negativamente, el TC, si no en la determinación de esa dirección política sí en el orden de su eficacia; otro tanto podemos afirmar del control de constitucionalidad previo de Tratados Internacionales.

Ciertamente su participación en este proceso de dirección de la Nación viene mediatizada por circunstancias de distinta naturaleza; pero ello no es un obstáculo a considerar el estatuto constitucional del TC diferente y superior al que tiene atribuido el Defensor del Pueblo; sobre la cuestión, entre nosotros, PÉREZ ROYO, *Tribunal Consti-*

Así se ha insistido en la «eficacia» como reto de la Administración, que en las últimas décadas exigía una transformación del sistema administrativo (89), o se ha justificado simplemente en una necesidad de adaptación de los sistemas organizativos de la Administración a nuevas demandas sociales (90).

No acabamos de comprender, sin embargo, las razones que llevan a sostener que estas autoridades independientes han de ser más eficaces, en términos materiales, que las «administraciones dependientes», o las razones que llevan a pensar que las llamadas «nuevas demandas sociales» no pueden satisfacerse con las estructuras tradicionales de la Administración; la cuestión, creemos está, en estos términos, mal planteada, pues no es la eficacia en la gestión el objetivo que justifica la aparición de estos entes, no es una demanda material, sino la eficacia social de su actividad, es decir, la conformidad de las conductas sociales con la ordenación de la vida social que, sectorialmente, estas autoridades realizan, la demanda, en definitiva, de nuevas formas de articulación del consenso que «superen» la tradicional legitimación por los circuitos de participación y representación y que culmina en el aparato de todos conocido (91).

En efecto, en un momento en el que la impugnación de «los excesos intervencionistas» del Estado comenzaba a encontrar un eco favorable, tanto en la opinión pública como en algunas fuerzas políticas, un modelo como el de las autoridades administrativas independientes ofrecía una solución perfecta.

Pues, por un lado, se presentaba como instancia que permitía recuperar el consenso mediante la «desideologización» del ejercicio del poder, y, simultáneamente, se presentaba como una respuesta a la reclamación de determinados sectores sociales de un repliegue del Estado a sus «funciones legítimas», entendiéndose seguridad exterior e interior y orden público, este último tomado en su acepción más

tucional y división de poderes, Madrid, 1988; vid. también SCHNEIDER, «Jurisdicción constitucional y separación de poderes», *REDC*, n. 5, 1982, págs. 35-63; pero sobre todo las aportaciones de GARCÍA PELAYO, «El "status" del TC», *REDC*, n. 1, 1981, págs. 22 y ss., y GARCÍA DE ENTERRÍA, «La posición jurídica del TC en el sistema español: posibilidades y perspectivas», *REDC*, n. 1, 1981, págs. 89 y ss.; en la doctrina italiana, entre otros, DOGLIANI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1968, págs. 99 y ss.

(89) En este sentido, GAZIER y CANNAC, «Etude sur les autorités administratives indépendantes», *op. cit.*, pág. 24, si bien se apresuran a señalar que el nivel de eficacia de estas autoridades no es homogéneo.

(90) Así, LAUBADERE, VENEZIA, GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, vol. I, 10.^a edición, París, 1988, pág. 76.

(91) Una visión de conjunto, radical en sus planteamientos de esta propuesta en COHEN-TANUGI, *Le Droit sans l'Etat*, 1.^a edición, París, 1985; especial atención al sistema de relaciones políticas (representación, ejercicio del poder, consenso) que representa la sociedad norteamericana que se presenta como alternativa, en la edición París, 1992, págs. 15-24.

estricta, pues en un sentido amplio algunas de las funciones de garantía del orden público, en concreto del orden público económico, se trasladan a estas AAI (92).

En interpretaciones menos radicales se ha querido ver simplemente una opción del legislador al interpretar la exigencia de imparcialidad de la Administración Pública, constitucionalmente prevista, especialmente en aquellos sectores más «sensibles» (93).

Las coordenadas parecen, pues, claras; nos encontramos en presencia no de un fenómeno casual, sino causal, que responde al proceso de transformación de todo el Derecho Público, de los poderes públicos, del Estado y, en definitiva, de las formas y modos del ejercicio del poder en las sociedades occidentales.

SECCIÓN III: PROGNOSIS DE UN MODELO

El intento de reconducir a un modelo único la multiplicidad de entes que hemos incluido dentro de la categoría de AAI puede parecer falta de sentido; creemos, sin embargo, que en la tipología de entes que nos ocupa hay una serie de características comunes que si bien acaso no permitan configurar un modelo acabado, sí desde luego proporcionan unos parámetros de reconocimiento, unas pautas de identificación y, en otro nivel, un corpus de técnicas y principios de funcionamiento comunes.

Pero antes de nada es preciso advertir que siempre encontraremos alguna o algunas AAI, o entes que creemos merecedores de tal clasificación, que escapan a alguno de los parámetros de reconocimiento; parece necesario asumir, una vez más, que los modelos no se plasman en la realidad más que por aproximación. Sólo algunas, muy contadas, de las autoridades satisfacen plenamente los parámetros que fijaremos. La respuesta puede estar en plantearnos no un modelo cerrado, sino una escala de gradación de independencia de las AAI (94).

(92) Sobre todo este proceso, desde una perspectiva parcialmente crítica, TEIGTEN-COLLY, «Les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution», en *LAAI*, pág. 72; también AUTIN, «Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: une autre mode de régulation», *op. cit.*, pág. 1225.

(93) Así, MASSERA, «"Autonomia" e "independenza" nell'amministrazione dello stato», en *Studi in onore di M. S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, pág. 479.

(94) En este sentido, SABOURIN, «Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle», en *AJDA*, 1983, pág. 295; si bien SABOURIN cuestiona que nos encontremos ante una nueva categoría de entes, un cuestionamiento que opera a partir de una identificación entre Estado y aparato administrativo en su fórmula conocida

1. Elementos para una definición

En su temprano estudio sobre las AAI, GAZIER y CANNAC ofrecían un principio de definición de éstos, a partir del análisis de la propia terminología (95).

En primer lugar las AAI son instituciones administrativas; quiere esto decir que tienen una naturaleza pública y no privada; son producto de un proceso de descentralización que tiene su origen en la voluntad de los poderes públicos y normalmente es el instrumento de la ley el que determina su creación (96).

Pero significa además que *son* Administración Pública; no de otra forma puede entenderse el artículo 2.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando al establecer su ámbito subjetivo de aplicación señala: «Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia *vinculadas o dependientes* de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administraciones Públicas»; la distinción entre Entidades vinculadas y Entidades dependientes tiene justamente su razón de ser en que las primeras no son otras que las Administraciones, Autoridades, independientes; independencia que no es incompatible con una vinculación (97).

La creación por ley parecería abocar a estos entes a un régimen de Derecho Público; sin embargo, en este sentido, el régimen al que sometan sus relaciones externas nos presenta un nuevo problema; en efecto, algunos de estos entes, inmersos en esta doble huida a la que parece que asistimos (huida del Derecho Público y huida de la dirección y control de la actividad administrativa por las instancia de

tradicionalmente, sí admite una explicación gradualista de la relación de las distintas autoridades con el Estado, en realidad con el Gobierno y el Parlamento, desde nuestro punto de vista.

(95) GAZIER y CANNAC, *op. cit.*, págs. 13 y ss.

(96) Así, entre nosotros, Consejo de Seguridad Nuclear, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Tribunal de Defensa de la Competencia; en Francia es el caso, entre otros, de la CNIL, Ley de 6 de enero de 1978, y de la CADA, Ley de 17 de julio de 1978 (aunque en este último caso la mayor parte de las normas organizativas referentes a esta Autoridad se recogen en el Decreto de 6 de diciembre de 1978), encontrándonos con un sólo supuesto en el que la creación de la correspondiente autoridad se haya producido por vía reglamentaria, la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986, que creó el Consejo de la Competencia.

(97) Para una lectura en un sentido literalmente opuesto al que aquí mantenemos del citado precepto, PAREJO ALFONSO, en LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*, *op. cit.*, pág. 38; para PAREJO ALFONSO, en la redacción del 2.2 de la Ley nos encontramos en presencia de una redundancia, excluyendo explícitamente del ámbito de aplicación de la Ley 30/1992 a las Autoridades Administrativas Independientes, lo que supondría dejarlas sin un estatuto administrativo coherente con el ejercicio de funciones administrativas, con la titularidad de potestades públicas.

decisión política), someten sus relaciones externas al Derecho Privado. El legislador se apresura a singularizar cuáles son estas relaciones externas sometidas al Derecho Privado; así, a título de ejemplo, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de valores, establece respecto del régimen de los actos de la Comisión Nacional: «En sus adquisiciones patrimoniales y contratación estará sujeta, sin excepciones, al derecho privado. El personal que preste servicio en la Comisión Nacional del Mercado de Valores estará vinculado a la misma por una relación sujeta a las normas del derecho laboral» (art. 14, ap. 3.º) (98).

El ejercicio de funciones públicas por estos entes impone, sin embargo, el recurso al ordenamiento administrativo para disciplinar los actos producidos en el ejercicio de dichas funciones; es así, siguiendo con el anterior ejemplo, como el legislador establece que: «En el ejercicio de sus funciones públicas, y en defecto de lo dispuesto en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen, la Comisión Nacional del Mercado de Valores actuará con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo» (99).

La naturaleza de estos entes no ha sido, sin embargo, pacífica en la doctrina; así TEITGEN COLLY examina las críticas a su calificación como administraciones públicas, poniendo el acento en la nota de independencia como singularizadora de estas Administraciones independientes, recogiendo la pregunta que formula la doctrina: ¿pueden unas administraciones independientes ser administraciones? (100). Entendemos que la pregunta está mal planteada; la cuestión debería enunciarse en unos términos que invierten el problema: ¿pueden unas administraciones independientes ser independientes?

El error puede estar justificado; en efecto, parecía acordado que la garantía de la independencia se predicaba de los órganos judiciales, del ejercicio de la función jurisdiccional. Por ello, si a esta independencia añadimos la presencia, en los órganos superiores de dirección de una parte de las AAI, de miembros de la Corte de Casación, bien sean miembros natos, su primer presidente, bien designados entre miembros del órgano jurisdiccional, no puede extrañarnos que la doctrina insista con frecuencia en la naturaleza no jurisdiccional de estas AAI, teniendo así en cuenta no sólo su independencia, que las convierte, en una aproximación primera, en una

(98) En el mismo sentido respecto del Banco de España, Ley 30/1980, de 21 de junio, artículo 2.º.

(99) Ley 24/1988, de 28 de julio, artículo 14, ap. 2.º; en el mismo sentido, Ley 30/1980, de 21 de junio, con una determinación más amplia, pues el criterio de delimitación no son las funciones, sino el ejercicio de «potestades públicas» (art. 2.º).

(100) TEITGEN-COLLY, «Les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution», en *LAAL*, págs. 49 y ss.

especie de «juez que administra», sino también los citados procesos de integración de sus órganos superiores (101).

En segundo lugar son autoridades; quiere esto decir que tienen atribuidas el ejercicio de potestades públicas, en nuestro caso potestades de ordenación (normativas y de ejecución); de producción de actos que inciden en el ámbito de libertad de los particulares; entendiendo, por último, el concepto de autoridad como opuesto a ente de gestión (102).

La tercera de las notas, su independencia, es la clave de la bóveda de todos los parámetros de definición. En efecto, la característica definitoria de las AAI es su desvinculación del Gobierno, su autonomía respecto de la potestad de dirección administrativa que el Gobierno detenta, su exclusiva vinculación a la ley.

No existen, pues, a salvo de las reservas que expresaremos más adelante, vínculos de dependencia; ninguno de la extensa variedad que ofrece el derecho de la organización.

No existen, en primer lugar, relaciones presididas por el principio de jerarquía. La atribución de personalidad jurídica a estos entes, al menos en nuestro ordenamiento, impide que relaciones de tal naturaleza se puedan establecer entre el aparato de la Administración central del Estado y las AAI (103).

Tenemos que descartar también la definición del sistema de relaciones entre la Administración Central y las AAI en base al principio de tutela; el argumento ha de acudir aquí al estatuto de cada uno de estos entes.

Si la proyección del principio de tutela se manifiesta en un haz de facultades que someramente hemos reseñado anteriormente, la ausencia de éstas en el estatuto singular de estos entes nos permitirá deducir la exclusión de este principio, pues, recordémoslo, a diferencia de la jerarquía, la tutela exige una habilitación normativa, normalmente por el instrumento mediador de la ley, habilitación que

(101) En este sentido, respecto de una AAI, pero aplicable a todas las AAI, vid. BRAIBANT, «Droit d'accès et droit à l'information», en *Mélanges CHARLIER*, París, 1981, pág. 708.

(102) Sobre el concepto de autoridad administrativa en la doctrina francesa vid. SABOURIN, *Recherche sur le notion Autorité Administrative en droit français*, París, 1967, caracterizando el concepto de autoridad a partir del dato de la personalidad.

(103) Si bien es cierto que, como veremos, en nuestro ordenamiento encontramos excepciones al principio de la atribución de personalidad jurídica a estos entes; así, por ejemplo, carece de ella el Tribunal de Defensa de la Competencia; más notable es la situación en el ordenamiento francés, donde el dato de la personalidad está ausente; respecto de Francia, insistiendo en la ausencia de personalidad de estas AAI, vid. MOUREAU, *Droit Administratif*, París, 1989, pág. 67; también LAUBADERE, VENEZIA, GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, tomo I, 10.ª edición, París, 1988, pág. 75; también VEDEL y DELVOLLE, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, París, 1991, pág. 46.

tampoco se configura en base a una cláusula general, sino a facultades concretas, que reconstruimos doctrinalmente como manifestaciones de esa relación de tutela.

Pues bien, la variedad de facultades que se articulan en torno al principio ordenador de la tutela (designación de los miembros de los titulares de los órganos tutelados, poder de revocación de los actos, poder de anulación de los actos, remoción de los titulares de los órganos de tutelados) (104), es difícil de encontrar, a salvo de la designación por el Gobierno, y esto tampoco es un criterio determinante por sí solo (105).

Respecto de los poderes de anulación y revocación de los actos dictados por la AAI no encontramos un sistema de recursos respecto de las disposiciones y resoluciones emanadas de ellas que podamos equiparar al vigente, respecto de los organismos autónomos, en el artículo 76 de nuestra LEEA; recursos que se legitimaban, justamente, en la naturaleza instrumental del ente autónomo, de la que derivaba una facultad de revisión.

Por ello los actos de los órganos superiores de las AAI agotan la vía administrativa, abriéndose, sin que pueda plantearse discusión alguna al respecto, como veremos más adelante, la vía contenciosa para su impugnación (106).

(104) Nos referimos en este caso siempre a la tutela entre órganos en un régimen de descentralización institucional; los supuestos de tutela en un régimen de descentralización territorial no conocen de la mayoría de estas facultades; por otra parte, la doctrina excluye ya, con normalidad, la calificación de las relaciones entre estos últimos, como de tutela, prefiriendo, cuando se precisa, la denominación de relaciones de control.

(105) Téngase en cuenta, aunque volveremos sobre ello, que el Gobierno también elige a titulares de altos órganos constitucionales de naturaleza colegial sin que ello implique una relación de dependencia; nos referimos, naturalmente, a una relación jurídica; es éste el caso de las previsiones contenidas en el propio texto constitucional respecto de dos de los magistrados del Tribunal Constitucional.

(106) Así, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, establece: «Las disposiciones y resoluciones que dicte la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el ejercicio de las potestades administrativas que se le confieren en la presente ley pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles en vía contencioso-administrativa. Se exceptúan las resoluciones que dicte en materia sancionadora, cuyo régimen será el previsto en el artículo 97 de esta Ley» (art. 16). La excepción recogida no reconoce sin embargo, a nuestro entender, una facultad de revisión de las resoluciones con un contenido sancionatorio emanadas de la CNMV, el artículo 97 se limita a efectuar un reparto, dependiendo de la infracción y sanción correspondiente, para la resolución del expediente sancionador entre diversos órganos; correspondiendo siempre la instrucción a la CNMV, ésta sólo resolverá en los supuestos de infracciones graves y menos graves; sobre el régimen de infracciones y sanciones en la Ley del Mercado de Valores, vid. JIMÉNEZ-BLANCO, *Derecho Público del Mercado de Valores*, op. cit., págs. 120 y ss.; un régimen similar ha previsto la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia: «Contra la adopción de medidas cautelares y las resoluciones definitivas del Tribunal de Defensa de la Competencia no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo» (art. 49).

Por último la revocación, de oficio, de las disposiciones y resoluciones por un órgano de la Administración del Estado no es pensable desde el momento en que se declara formalmente la independencia de la AAI; siendo cuestionable incluso en el marco de una relación de tutela.

La respuesta a la pregunta sobre el alcance real de esta independencia, una vez excluidas la existencia de una relación de jerarquía y de una relación de tutela (107), debemos reservarla para el balance final sobre estos entes, adelantando ya que la respuesta no es única y además viene condicionada por presupuestos previos sobre el contenido de las funciones constitucionalmente atribuidas a los distintos órganos constitucionales, subjetivcen o no un poder-función.

Por último, y en relación con la independencia de estas AAI, una parte de la doctrina plantea una proyección de este principio no sólo respecto de los intentos de dirección y control por parte del Gobierno o del Parlamento, sino también frente a cualquier intento de dirección, control o influencia, se concrete luego ésta bajo formas diferentes por parte de los particulares; se entiende así que «estas autoridades deben estar en condiciones de ejercer sus funciones sin condicionamientos o interferencias de ningún tipo, públicas o privadas» (108).

Pues bien, es necesario recordar que el principio de imparcialidad, que excluye la influencia de intereses particulares (de parte, privativos o propios de un sujeto interesado o de un grupo), opera con una proyección política distinta que el de independencia.

En último término, la independencia pretende construirse respecto de aquella instancia que detenta una posición de poder, como garantía y defensa del ente que ejerce unas funciones que precisan de ese estatuto; la imparcialidad, sin embargo, presupone una situación de igualdad, cuando no de superioridad, respecto de los intereses, con las reservas que ya hicimos sobre la necesaria «parcialidad» en la consecución del interés público, que se transforma en imparcialidad en la medida en que ha de concretarse en una elección que implica sacrificios de los particulares.

Es así como, moviéndonos en otro plano, el poder judicial es independiente respecto del ejecutivo y el legislativo, y son los órganos judiciales los que ejercen su función con imparcialidad. Pero sobre el alcance, a partir de estos datos, ya nos hemos pronunciado anteriormente.

En resumen, una propuesta de definición de las AAI podría tener, para nosotros, esta forma: son AAI «aquellos entes que, dotados de

(107) Sobre la exclusión de ambos sistemas de relaciones, vid. SABOURIN, «Les autorités administratives indépendantes», *AJDA*, n. 5, 1983, pág. 281.

(108) FRANCHINI, «Le autorità amministrativa indipendente», *op. cit.*, pág. 73.

potestades de ordenación para la realización de funciones de regulación sectorial y no general, ejercen éstas en un régimen de no dependencia respecto del conjunto del aparato administrativo del Estado».

Naturalmente las propuestas de definición son múltiples, si bien, en último término, puede reconducirse a los parámetros que hemos fijado más arriba; todo ello no excluye que no encontremos diferencias; así, a título de ejemplo, mientras que por nuestra parte consideramos un indicio importante, aunque ciertamente no imprescindible, la personificación del ente en que la autoridad se organiza, en el ordenamiento francés la regla es justamente la contraria, y de ello dan buena cuenta las definiciones al uso en la doctrina.

Así MOUREAU define a las AAI como «los organismos públicos desprovistos de personalidad moral (parte integrante del Estado creados por iniciativa pública y alimentados con fondos públicos) que son concebidos como no subordinados ni al poder ejecutivo ni como prolongación del poder legislativo ni autoridad judicial y que son dotados de poderes que les permiten ejercer de forma autónoma una misión de regulación sectorial» (109).

2. *El estatuto orgánico como clave de la bóveda del sistema de AAI*

La piedra de toque de la independencia de los entes que nos ocupan nos la ha de proporcionar su estatuto; la estructura de los órganos de dirección y el estatuto de los titulares de estos órganos, en esencia el proceso de selección y la remoción de éstos, son, a nuestro entendimiento, los dos parámetros que permitirán determinar el alcance real de esa independencia de las AAI.

a) *La estructura orgánica*

Atendiendo en primer lugar a la estructura de los órganos de dirección de los entes, un rápido examen concluye por identificar como norma, en la organización de estos entes, una naturaleza colegial.

Así sólo encontramos una excepción en el ordenamiento francés, el *Mediateur*, quien, como ya sabemos, es la AAI cuya calificación ha provocado mayor polémica, que es la única AAI de estructura monocrática.

En Italia, sin embargo, la proporción de AAI con estructura monocrática es mayor; así encontramos junto al *Defensor Civico*, con las mismas reservas que acabamos de expresar respecto de la

(109) MOUREAU, *Droit administratif*, París, 1989, pág. 67.

institución correspondiente en el sistema administrativo francés, el Garante per l'editora e la radiodiffusioni.

Entre nosotros la situación es similar; tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como el Consejo de Seguridad Nuclear tienen una estructura colegiada; mayor complejidad ofrecen la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España; respecto de la primera, su ley de creación establece, junto al Consejo, un órgano consultivo, pero en todo caso el órgano de dirección de la Comisión es el Consejo; mayores dificultades nos presenta el Banco de España; en efecto, la Ley 30/1980, de 21 de junio, aun atribuyendo importantes funciones al Gobernador del Banco, residencia en el Consejo Ejecutivo del Consejo General, como son el otorgamiento de autorizaciones y el ejercicio de la potestad sancionadora, sin olvidar las que permanecen en manos del propio Consejo General (110).

La única excepción entre nosotros la encontramos en la Agencia de Protección de Datos, en la que nos enfrentamos a una organización monocrática, toda vez que, aun previsto un órgano colegial, el Consejo Consultivo, las funciones de dirección y ejecutivas de la Agencia corresponden al Director de ésta.

Las causas de esta tendencia a una estructura colegial en las AAI se mueven en varios planos.

Así, en orden de importancia creciente, pudiera argumentarse que, dada la huida del Derecho Público a la que ya nos hemos referido, no es extraño que estos entes adopten formas organizativas propias del mundo de la empresa; esta tesis, sin embargo, parece escasamente defendible y ello por varias razones: en primer lugar, la estructura colegial no es patrimonio del mundo empresarial privado; lejos de ello nuestra administración en el Antiguo Régimen desarrolló un extenso y complejo sistema de Consejos, por ello la generalización de estas AAI podría suponer, en un plano orgánico formal, un sorprendente retorno a nuestra administración polisindial.

Puede argumentarse, en segundo lugar, la pertinencia de estructuras colegiales, pues sólo éstas permiten una participación orgánica de los interesados, de tal naturaleza que permita reflejar la contraposición de intereses de los grupos en presencia (111); conviene recordar aquí la distinción que realiza GIANNINI entre «colegios reales» y

(110) Ley 30/1980, de 21 de junio, artículos 1.º, 15 y 16.

(111) Es en este sentido, en el que afirma ZUELLI la bondad, desde el punto de vista de la participación, de los órganos colegiados, pues «los colegios son la forma organizativa que, hoy por hoy, permite al ciudadano participar activamente en la función administrativa», en *La collegialità amministrativa*, Milano, 1985, pág. 21; recogiendo a continuación una completa tipología de órganos colegiales a partir de la representación de intereses ajenos a la Administración, vid. págs. 53 y ss.; sobre la articulación entre colegio y representación de intereses, págs. 123 y ss.; también sobre la misma represen-

«colegios virtuales», siendo los primeros los que sirven «para obtener un examen más profundo y ponderado sobre su objeto» (112); estando integrados por especialistas, se busca un intercambio de puntos de vista; frente a éstos, los colegios virtuales atienden al principio de la representación de intereses y de la composición de éstos en su seno. Pues bien, conforme a este criterio, las AAI corresponderían a la primera categoría, toda vez que en la mayor parte de las ocasiones no encontramos una representación de intereses externos a la propia administración, al menos formalizada en los procesos de selección de los miembros que integran el Colegio (114).

Pero además el sistema de incompatibilidades, normalmente presente en el estatuto orgánico de estos entes, no permite articular con facilidad la incorporación de ese elemento externo a la estructura del ente, refiriéndonos siempre a la integración orgánica y no funcional.

tación de intereses ajenos a la propia Administración, vid. CAMELLI, *L'amministrazione per collegi*, Bologna, 1980, págs. 128 y ss.

(112) GIANNINI, *Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 277; naturalmente, la formulación de la colegialidad como instrumento organizativo para la composición de intereses externos a la Administración es muy anterior en el pensamiento de GIANNINI; vid., para un examen temprano de ésta, GALATERÍA, *Gli organi collegiali amministrativi*, vol. I, Milano, 1956, págs. 16 y ss.; la distinción entre colegios ideales y colegios virtuales puede verse también en el excelente estudio de VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Milano, 1968, págs. 190 y ss.; incorporando a la tipología de colegios una tercera categoría, los colegios exponenciales, donde los intereses representados no serían los de uno o varios sectores, sino los de la comunidad en su conjunto (incluiría aquí así, entre otros, el Parlamento), vid. op. cit. págs. 216 y ss.

(113) De la distinción entre ambas categorías de colegios parece haber dado buena cuenta nuestra Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al establecer en los artículos 22.2 y concordantes una disciplina diferenciada para aquellos «órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas que participen en organizaciones administrativas de intereses sociales», excluyéndolos de la estructura jerárquica de la Administración como regla general.

(114) Esto es evidente, entre nosotros, en el Tribunal de Defensa de la Competencia, Consejo de Seguridad Nuclear y en el Banco de España, a reserva en este último de la presencia en el Consejo de un representante del personal, pero naturalmente aquí no son intereses externos, que se integran en el marco de las funciones a realizar por la entidad, sino la presencia de intereses distintos que probablemente hubieran debido participar de otros cauces, y evidencian, una vez más, la dualidad del Banco, como empresa y como autoridad. Respecto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el esquema es idéntico, toda vez que la representación de los intereses de los sectores de actividad en los que ejerce la CNMV sus funciones de regulación no se produce en el Consejo del ente, sino a través de un Comité Consultivo, atribuyéndosele una participación funcional en la elaboración de las disposiciones relativas al sector, pero en este caso sin imbricación orgánica.

Un panorama similar presentan el sistema de AAI francés e italiano, siendo en el primero las únicas excepciones notables la Comisión Nacional de Seguridad de los Consumidores, creada por la Ley de 21 de julio de 1983 (reglamento orgánico en Decreto de 11 de abril de 1989) y el Comité de Reglamentación Bancaria y el Comité de Entidades de Crédito, de acuerdo con la Ley de 24 de enero de 1984, no así la Comisión Bancaria, regulada en la misma ley, y en la que no hay representación orgánica de los establecimientos de crédito, consumidores, depositarios, etc.; debemos hacer la salvedad que el sistema de órganos de ordenación y disciplina del sector bancario francés presentan peculiaridades propias; así la calificación del Comité de Reglamentación

La colegialidad se presenta, pues, como garantía por un lado de la independencia, una garantía sobre todo en el plano fáctico desde la conciencia de que un colegio es siempre menos susceptible de influencia que un órgano unipersonal, pero sobre todo, y por encima de este dato fáctico, encontramos una explicación técnica de primera importancia: la singularidad estatutaria de los órganos colegiales; en efecto, «el órgano colegiado viene a constituir un ordenamiento sectorial propio en el que, junto a una normación básicamente heterónoma, suele darse una normación complementaria autónoma» (115).

Este complejo normativo (legislación general, ley singular de creación, reglamentos internos de organización y funcionamiento del órgano y del propio ente y, en su caso, reglamentos normativos) viene a subrayar, entre otros datos, la singularidad de los aspectos procedimentales en los órganos colegiados respecto del procedimiento en órganos unipersonales, singularidad que se traduce en un reforzamiento de los elementos garantistas.

b) El estatuto de los órganos de dirección

El proceso de selección de los titulares de los órganos de dirección y, sobre todo, las garantías de estabilidad mediante la limitación de la potestad de remoción vienen a constituir la garantía última, en el plano orgánico, de la independencia de las AAI.

Es aquí donde encontramos una variedad mayor de soluciones a un problema ciertamente complejo, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también político, variedad que se constata no tanto en relación con los poderes de remoción como respecto de los procesos de selección; de forma acusada en el sistema francés.

Las fórmulas de selección de los titulares de estos órganos conocen todas las posibilidades; así, desde la elección por un órgano colegial hasta la designación por un órgano monocrático; en cuanto a la atribución de esa potestad de selección, ésta puede residenciarse en el Parlamento o el Gobierno o bien trasladarse a otras instancias dotadas de una menor penetración del elemento de decisión política.

Bancaria como AAI es más que discutible, toda vez que se atribuye su Presidencia al ministro de Economía; por otro lado, la naturaleza de la Comisión Bancaria es singular, toda vez que la Ley de 24 de enero de 1984 la califica de «jurisdicción administrativa» (art. 48).

En Italia, por último, en relación con los dos entes con órganos de dirección de estructura colegial, los miembros de éstos no son nombrados en virtud de principio representativo alguno, sino de acuerdo con su cualificación técnica.

(115) SANTAMARÍA PASTOR, «La teoría del órgano en el Derecho Administrativo», en REDA, n. 40-41, 1984, pág. 80.

La primera fórmula puede incluso exigir la colaboración de Gobierno y Parlamento al atribuir a este último un poder de veto sobre la propuesta realizada (116).

No podemos detenernos en un examen atento de todas las fórmulas posibles, pero conviene hacer algunas anotaciones.

Respecto del sistema francés, varios aspectos merecen ser destacados; en primer lugar, la presencia en numerosas ocasiones de miembros del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas, así como del Tribunal de Casación e incluso del Vicepresidente del primero y el Presidente del segundo como miembros natos de algunos de los órganos colegiados de dirección; Vicepresidente y Presidente que designan, en otros supuestos, a miembros de estos órganos.

El proceso de selección de algunas de estas AAI ha llevado a una parte de la doctrina a buscar una inspiración en el Consejo Constitucional, siendo un primer paso para sugerir, por éste y otros motivos, la constitucionalización de estas AAI (117).

Si examinamos, por último, nuestro sistema, en la práctica totalidad de los casos encontramos residenciada en el Gobierno la potestad de designar los miembros de estos órganos; así lo son el Gobernador del Banco de España, el subgobernador y los Consejeros, lo son igualmente el Presidente y los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia, nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda; una fórmula similar se sigue para el Presidente y el Vicepresidente del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, mientras que de los restantes Consejeros tres son nombrados por el ministro de Economía y Hacienda, accediendo por último al Consejo, como consejeros natos, el director general del Tesoro y el subgobernador del Banco de España.

La fórmula de nombramiento más compleja nos la ofrece la Ley 15/1980, de 22 de abril, respecto del Consejo de Seguridad Nuclear; el nombramiento corresponde al Gobierno, pero el Congreso de los Diputados tiene un derecho de veto sobre los nombramientos, que puede ejercer, por mayoría de tres quintos, en un período de un mes (118). No es el Consejo de Seguridad Nuclear, sin embargo, el

(116) La variedad en el sistema administrativo francés es tal que parece impertinente intentar siquiera una valoración pormenorizada; un esquema resumen puede encontrarse en GÜEDON, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, págs. 64 y ss.

(117) Así, entre otros, respecto del primer aspecto y en relación con la CSA, MORANGE, «Le Conseil Supérieur de l'audiovisuel», en *RFDA*, n. 2, 1989, pág. 241.

(118) El juicio de la doctrina, entendiendo este derecho de veto en manos del Congreso como una garantía relevante, debe ser ponderado; así, LÓPEZ RAMÓN, sin restar importancia al trámite de comunicación previa y a la facultad de veto en manos del Congreso, reconoce la dificultad de conseguir articular una mayoría de rechazo de los nombramientos comunitarios; vid. «El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración Independiente», *op. cit.*, pág. 207.

ente en que el protagonismo del Congreso de los Diputados es mayor; así, a título de ejemplo, la elección por el Congreso de los Diputados de la mitad de los miembros del Consejo de Administración del Ente Público RTVE, correspondiendo la elección de la otra mitad al Senado, siempre por mayorías cualificadas, articulándose así un sistema que traslada a instancias de gestión administrativa el pluralismo político que se integra en las Cámaras (119).

Por último, respecto de la única AAI con estructura monocrática de dirección, el nombramiento del Director de la Agencia de Protección de datos corresponde igualmente al Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia, «de entre quienes componen el Consejo Consultivo», siendo previsible que este nombramiento recaiga en el vocal del Consejo «representante de la Administración», que a su vez ha sido designado por el Gobierno.

Dos elementos del estatuto orgánico vienen, a nuestro juicio, a construir la clave de la independencia de estos entes: en primer lugar el sistema de incompatibilidades que garantiza la independencia frente a los intereses privados que en el sector estén presentes, ya hemos manifestado nuestra preferencia por entender este elemento más como una regla que expresa el principio de imparcialidad que la independencia, principio que entendemos que se orienta siempre a las relaciones entre poderes; sin embargo, algunas de las prohibiciones que integran el sistema de incompatibilidades tienen como objeto también consagrar la independencia de estos órganos, en realidad de sus miembros (pero como colegio del órgano) frente a las estructuras de poder político, pues «la lógica misma de la independencia de las AAI, cara al poder político, obliga a introducir una incompatibilidad entre la función de miembro de estas instancias y las funciones gubernamentales o parlamentarias» (120); ello no es óbice, sin embargo, para que, en algunos supuestos, la integración de algunos miembros de estas AAI venga dada justamente por ostentar la titularidad de determinados órganos (121).

(119) Sobre los procesos de selección de los miembros del Consejo de Administración del Ente Público RTVE, vid. GARCÍA LLOVET, *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Madrid, 1991, donde ya manifestábamos las reservas hacia este proceso de selección; PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, 1990, págs. 238 y ss.; también ESTEVE PARDO, *Régimen Jurídico-Administrativo de la Televisión*, Madrid, pág. 276, todos ellos con críticas a una fórmula insatisfactoria.

(120) GUEDON, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., pág. 76; la cuestión de las incompatibilidades como elemento del estatuto orgánico que garantiza la independencia ya había sido subrayada por SABOURIN, «Les autorités administratives indépendantes», *AJDA*, n. 5, 1983, pág. 283.

(121) De ello encontramos ejemplos no sólo en el sistema francés, sino también en nuestro ordenamiento; la situación adquiere mayor complejidad, si ello es posible, cuando estos consejeros natos lo son en razón de su pertenencia a otra AAI; es éste el

La estabilidad de los miembros de los órganos colegiados de dirección de las instancias y el correlativo desapoderamiento del Gobierno de la potestad de remoción de éstos representan la culminación de las disposiciones estatutarias que garantizan la independencia orgánica de estas AAI.

La prohibición del cese de los miembros de los órganos citados, a salvo de causas tasadas que la misma norma contempla y la fijación de un período de permanencia en el cargo, son la defensa última de esa garantía; pero a ello podemos añadir la prohibición de renovación del mandato; esta última afirmación requiere una explicación complementaria: en efecto, la posibilidad de renovar el mandato puede significar un poderoso instrumento de influencia, del órgano que detenta la potestad de nombramiento, respecto de los titulares de los órganos citados (122).

El estatuto de las distintas AAI ofrece, sin embargo, una disciplina variada de la estabilidad (permanencia y prohibición de remoción), encontramos así entre nosotros manifestaciones intensas de esta garantía, junto con regulaciones que nos permiten ser escépticos respecto de su funcionalidad protectora.

La garantía de estabilidad más completa la ofrecen las previsiones sobre el cese del Presidente, Vicepresidente y Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia, contenidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio; en efecto, a salvo de los supuestos comunes (renuncia, incompatibilidad, incapacidad) que no operan como proceso de remoción, este último sólo es posible por causa de «incumplimiento grave de los deberes de su cargo *a propuesta de las tres cuartas partes del Tribunal*» (art. 23.1) lo que priva al Gobierno de la iniciativa para proceder, incluso en estos supuestos extremos, al cese de los miembros del órgano. Unas garantías importantes ofrece la regulación vigente respecto del Consejo de Seguridad Nuclear al haber previsto un trámite de comunicación del cese, por causa motivada en la misma línea que en el supuesto anterior, al Congreso de los Diputados con un régimen igual al del nombramiento.

La regulación es distinta en el caso del Consejo de la CNMV y del Gobernador y Consejeros del Banco de España; dejando a un lado el régimen de los Consejeros natos en razón de su cargo que sigue el régimen de este último, las garantías respecto de los restantes Conse-

caso, como hemos visto, del subgobernador del Banco de España, en relación con la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

(122) Entre nosotros, sin embargo, LÓPEZ RAMÓN considera la posibilidad de renovación como un elemento más de la garantía de la independencia; vid. «El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración Independiente», *op. cit.*, pág. 207; en la posición que nosotros mantenemos, GUEDON, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pág. 75.

jeros y respecto del Gobernador no tienen la misma intensidad al permitir su cese por el Gobierno, previo expediente instruido por el Ministerio de Economía, exigiéndose, en la Ley del Mercado de Valores, además la concurrencia del incumplimiento grave de sus funciones.

El elemento orgánico juega, por todo lo expuesto, un papel de primera magnitud en la definición de la independencia de estos entes.

3. *La articulación sectorial de las AAI*

Tratar de identificar las causas que han producido la aparición de las AAI en nuestros sistemas administrativos nos obliga a preguntarnos por su articulación sectorial, por la identificación de esos ámbitos de actividad, especialmente «sensibles» al intervencionismo estatal (123), desde las tesis neoliberales, es aquí el caso de los ámbitos de actuación relacionados con la economía y de aquellos otros relacionados con la regulación y control de determinadas actividades vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales (124).

Se configuran así dos sectores que, aunque pueden parecernos distintos y separados, se nos presentan en numerosas ocasiones como yuxtapuestos; es el caso de la ordenación del sector audiovisual, donde el elemento garantista de los derechos fundamentales, en este caso las libertades de la comunicación, no puede hacernos olvidar que nos encontramos en presencia de una actividad empresarial que representa una parte importante de la economía nacional.

La tendencia a colocar la actividad de ordenación de las libertades, nos referimos naturalmente a la ordenación administrativa, fuera del poder de disposición de las instancias políticas, parece explicarse desde una pretensión de garantía del sistema democrático; al estimar la funcionalidad existente entre ejercicio de derechos y desarrollo correcto de los procesos de representación (legitimación) de un Estado Democrático de Derecho.

La «neutralización» de una actividad pública de ordenación de sectores económicos (seguros, mercado de valores), o bien de la función misma de policía del mercado, naturalmente no en su integridad, que los poderes públicos tienen atribuida (defensa de la competencia), integra el segundo campo de actuación de las AAI.

La explicación de este segundo campo de actuación es más compleja;

(123) Sobre la definición de sectores sensibles, en realidad sobre su imposible determinación apriorística, vid., entre otros, MASSERA, «"Autonomia" e "independenza" nell'amministrazione dello Stato», en *Studi in onore M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, págs. 480 y ss.; también LONGOBARDI, «Le "amministrazioni indipendenti" profili introduttivi», en *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, Milano, 1991, pág. 187.

(124) Vid., en este sentido, PISIER, «Vous avez dit indépendantes? Reflexions sur les AAI», en *Pouvoirs*, n. 46, 1988, págs. 74 y ss.

por un lado, los sectores normalmente afectados son claves en la gestión de la política económica que el Gobierno integra en su función de dirección política de la nación, pero simultáneamente las reservas hacia esta interferencia política en el mercado es una constante histórica (125).

La taxonomía de esta articulación sectorial de las AAI puede complicarse extraordinariamente si a la identificación de los ámbitos materiales (libertades y mercado) añadimos la individualización de los sujetos destinatarios de los procesos de ordenación; en efecto, éstos bien pueden ser los particulares bien pueden ser instancias administrativas (es éste el caso del Mediateur francés, los Defensores Cívicos en Italia, de la CADA de nuevo en Francia) o incluso las organizaciones políticas y candidatos en las confrontaciones electorales (excluida la calificación de AAI en nuestro ordenamiento de la Administración electoral, encontramos en Francia la Comisión Nacional de cuentas de Campaña y de financiamiento político, Ley de 15 de enero de 1990, y la Comisión para la transparencia financiera de la vida política, Ley de 11 de marzo de 1988).

Preferimos una clasificación sectorial que atienda a las dos funciones: regulación y garantía que estas AAI tienen encomendadas alternativa o acumulativamente (126).

Así encontramos en el sistema francés, y sólo refiriéndonos a las AAI de mayor relevancia institucional, un primer bloque integrado por las AAI instituidas en el ámbito de las libertades y derechos fundamentales, entre las que hay que destacar dos con una estrecha imbricación: la CADA (Comisión para el acceso a los documentos administrativos) y la CNIL (Comisión Nacional de la Informática y las libertades); siendo diferentes sus campos de actuación en ocasiones se superponen, pero sólo la CNIL es titular de un poder reglamentario propio, mientras que la naturaleza de las funciones de la CADA comprende tan sólo la emisión de recomendaciones y consultiva a propósito de su ámbito de actuación (127).

(125) Así comenta GALBRAITH: «La regulación de la actividad económica es, sin duda, la actividad pública menos elegante y agradecida. Casi todo el mundo se opone a ella por principio; su única justificación es que es un mal menor», en *The Great Crash 1929*, Boston, 1954, edición castellana sobre la 2.ª edición, Barcelona, 1987, pág. 60; naturalmente GALBRAITH no compartía este criterio; hay que aclarar, además, que la regulación a la que se refiere no es sólo aquella que se articula desde el plano jurídico, sino que atiende también a procesos de naturaleza exclusivamente económica; por último, el mismo GALBRAITH reconoce que la intervención de los Bancos Centrales es justamente la que provoca menor rechazo, y ello, añadimos nosotros, probablemente en razón de su nivel de independencia respecto del poder político.

(126) Sobre las dos misiones de las AAI, vid., entre otros, MAISL, «Les autorités administratives indépendantes: protection des libertés ou régulation sociale», en *LAAI*, op. cit., págs. 56 y ss.

(127) Sobre la CADA y, en general, la problemática de la transparencia administrativa y el acceso a los documentos e información en manos de la Administración, puede

La actividad de estas dos AAI se desenvuelve en un terreno especialmente delicado, pues frente a las libertades que la CADA tiene encomendadas proteger (inmediatamente el derecho de acceso a los documentos administrativos y mediatamente las libertades de la comunicación) se elevan importantes valores constitucionales y derechos fundamentales; así, por ejemplo, el derecho a la intimidad y la protección de datos personales, o el secreto profesional, siendo instituida justamente la CNIL para garantizar este equilibrio (128).

La creación de la Agencia de protección de Datos ha venido, recientemente, a ocupar el espacio organizativo e institucional que en Francia esta encomendado a la CNIL; no existe, sin embargo, entre nosotros un ente equivalente a la CADA; la regulación de un derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, reconocido constitucionalmente en el artículo 105.b) del texto constitucional, parecía imponer una Autoridad con competencias en la materia, el legislador más reciente ha preferido obviar una opción organizativa que quizá entendía fuente de futuros problemas (129).

Un segundo bloque lo integran, dentro del ámbito de las libertades, las AAI en el sector audiovisual, donde, junto a la CSA, encontramos, con un campo de actuación más modesto y una autonomía funcional muy limitada, el Mediateur del Cinema.

Las características del sistema audiovisual, donde confluyen el ejercicio de las libertades de la comunicación con el ejercicio de actividades empresariales de importantes dimensiones económicas, así como la importancia en la conformación de la opinión pública de

verse BRAIBANT, «Droit d'accès et droit à l'information», en *Mélanges Charlier*, París, 1981, específicamente sobre la CADA, págs. 708 y ss., poniendo de manifiesto el salto cualitativo existente entre la antigua CADA y la CNIL; también en el mismo volumen puede verse, MAISL, «Une nouvelle liberté publique: la liberté d'accès aux documents administratifs», especialmente págs. 839 y ss.; más recientemente LASSERRE, LENOIR, STIRN, *Le transparence administrative*, París, 1987, especialmente págs. 130 y ss.; también vid. ROUX, «La transparence administrative en France», en *Annuaire Européen d'Administration Publique*, vol. XII, 1989, págs. 56 y ss.; el número monográfico está dedicado en su integridad a una perspectiva comparada del derecho de acceso a los documentos administrativos.

(128) Así, a título de ejemplo de cómo se manifiestan estas tensiones, el *arrêt* del Consejo de Estado de 7 de diciembre de 1990, donde entra en juego el secreto médico y las obligaciones para el buen funcionamiento del servicio público de sanidad, que exijan un seguimiento de la actividad prestacional que realiza el personal sanitario, siendo clave la determinación de la posición de la CNIL.

(129) Nos referimos naturalmente a la Ley 30/1992, en la que la regulación detallada de este derecho se ve empañada por la ausencia de una Autoridad Independiente que lo garantice; no es la citada ausencia el único elemento criticable de la normativa reseñada así, y sin detenernos en más detalles, la limitación del acceso a los *archivos muertos* (aquellos que recogen los expedientes cuya tramitación ha finalizado); para toda esta temática, vid. EMBID IRUJO, «El Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos», en LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen jurídico...*, op. cit., Capítulo V, págs. 99 y ss.

estos medios, pretenden ser las causas explicativas de la neutralización de las autoridades administrativas que tienen encomendada la regulación del sector, tanto en su proyección normativa como en la ejecución de ésta, así otorgamiento de autorizaciones y régimen de inspección y sanción (130).

La tendencia a someter el sector audiovisual a la regulación de una instancia independiente se confirma en Italia, donde al Garante per l'editoria, que tenía atribuidas funciones de vigilancia sobre la transparencia y el pluralismo en la prensa, Ley 416, de 5 de agosto de 1981, modificada por Ley 67, de 25 de febrero de 1987), le sucede el *Garante per la radiodiffusioni e l'editoria*, que no sólo incorpora nuevas potestades, sino que, además, extiende sus funciones al conjunto de la comunicación social (131).

En nuestro ordenamiento no encontramos una neutralización de las autoridades de regulación del sector audiovisual, pues la denominada «parlamentarización» de los entes públicos de gestión de los servicios de radio y televisión se mueve en un plano bien distinto como ya hemos señalado.

Un último ámbito de actuación lo constituyen sectores clave la economía; así, las intervenciones públicas en el mercado de valores (entre nosotros, la CNMV; en Francia, la COB; en Italia, la CONSOB), la defensa de la competencia (en nuestro ordenamiento, el Tribunal de Defensa de la Competencia; en el sistema francés, el Consejo de la Competencia), o el sector de seguros (en Italia, el ISVAP).

(130) Las primeras referencias a las AAI tiene justamente como objeto las distintas AAI en el ámbito de la comunicación audiovisual, así como a la CADA y a la CNIL; el panorama, ya lo hemos mencionado con anterioridad, no es muy satisfactorio en lo que respecta a la estabilidad de la normativa, así como del entramado institucional; así encontramos en el año 1982 la Alta Autoridad para el Audiovisual, antecesora de la Comisión Nacional de la Comunicación y las Libertades, creada en el año 1986, a la que a su vez sucedió el actual Consejo Superior del Audiovisual; para una aproximación a estos cambios nos remitimos a la bibliografía citada con anterioridad de CHEVALLIER sobre las sucesivas reformas del sector; añadimos ahora, respecto de las funciones de la Alta Autoridad para el Audiovisual, vid. ROUX, «L'émission "Parlons France" et les pouvoirs de la Haute Autorité de la communication audiovisuelle», en comentario al *arrêt* del Consejo de Estado de 20 de mayo de 1985, con un examen de los distintos poderes atribuidos a la Alta Autoridad, *RFDA*, n. 4, 1985, págs. 556 y ss., el acto impugnado era una recomendación, lo que nos pone en antecedentes sobre la variedad y novedad de los instrumentos de intervención de los que disponen estas autoridades administrativas; también de consulta obligada en la evolución del panorama del sector audiovisual, la DCC de 18 de septiembre de 1986, en cuyos primeros Considerandos se examina el problema de la sustitución de la Alta Autoridad del Audiovisual por la CNCL. Para la CSA, vid. CHEVALLIER, «De la CNCL au Conseil Supérieur de l'audiovisuel», en *AJDA*, 1989, confirmando el reforzamiento de la autonomía funcional de la AAI para el audiovisual, págs. 66 y ss.

(131) Sobre el Garante per l'editoria, *vid.*, por todos, CORASANITI, «Comentario al artículo 6.º» de la Ley 223, de 6 de agosto de 1990, en el volumen *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, dirigido por ROPPO y ZACCARIA, Milano, 1991. págs. 93 y ss.

El fin último perseguido, con la creación de estas instituciones de intervención en la economía, no es otro, según un sector de la doctrina, que la protección de los ciudadanos «frente a los abusos de posición dominante» (132), pero aquí el criterio legitimador de una nueva forma de regulación como alternativa a la «desregulación» no es un dato despreciable.

Una consideración aparte merecen los Bancos centrales, que ejercen una función de ordenación del sector bancario, normalmente en una independencia orgánica y funcional, pero que añaden a ello una función de regulación del mercado monetario y del conjunto de la actividad económica desde un plano estrictamente económico (determinación de tipos de interés en el crédito a disposición de la Banca privada, circulación monetaria, tasas de reserva, intervención sobre el valor de las monedas nacionales), actividades estas últimas en las que actúan con una relativa independencia de los órganos de dirección política de la Nación.

El artículo 3.º de la Ley 30/1980, de 21 de junio, resume, respecto del Banco de España, los dos niveles de actuación que acabamos de reseñar: «El Banco de España tendrá a su cargo la puesta en circulación de la moneda metálica y la emisión de los billetes de curso legal, y administrará y regulará la circulación de monedas y billetes de acuerdo con las necesidades de la economía...; actuará como Banco de Bancos; centralizará las reservas metálicas y de divisas y el movimiento de los cobros y pagos con el exterior, y desarrollará en su vertiente interior y exterior la política monetaria de acuerdo con los objetivos generales fijados por el Gobierno, *instrumentándola del modo que considere más adecuado para el cumplimiento de los fines a alcanzar...*», a lo que añade, como segundo nivel de actividad, «el Banco de España ejercerá las funciones relativas a la disciplina e inspección de las entidades de crédito y ahorro en él registradas».

La delegación de las funciones de ordenación del sector del crédito se habían iniciado ya en el año 1962 por dos Decretos Leyes de 29 de noviembre y de 6 de diciembre, funciones y potestades que se irán incrementando a lo largo de los años setenta (133); pero lo decisivo

(132) FRANCHINI, «Le autorità amministrativa indipendente», *op. cit.*, pág. 559.

(133) Sobre los problemas de legitimidad constitucional de los instrumentos normativos a disposición del Banco de España, instrumentos normativos que disciplinan, entre otras materias, la relación de los Bancos con sus clientes, vid. T. R. FERNÁNDEZ, «Los poderes normativos del Banco de España», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 13, 1984; también ARAGÓN, «Las fuentes de la contratación bancaria. En particular el problema de los estatutos de los Bancos y de las Circulares del Banco de España», en *REDC*, n. 35, 1992, págs. 48 y ss.; criticando las tesis sobre la calificación del sector bancario como objeto de un «ordenamiento sectorial», así como la construcción de las relaciones entre el Banco de España y los Bancos del sistema a partir del principio de relaciones de sujeción especial, para justificar con todo ello no sólo los

en la Ley de 21 de junio de 1980, que será complementada en relación con las potestades de ordenación del sistema bancario por la Ley de 29 de julio de 1988, es la autonomía que reconoce al Banco de España (134).

Una autonomía, y unas potestades derivadas de esa autonomía en su proyección funcional, que ha sido interpretada de formas muy distintas por la doctrina; así, para T. R. FERNÁNDEZ «el Banco de España, así configurado legalmente..., no es algo exterior al grupo organizado de entidades que constituyen el ordenamiento sectorial del crédito y la banca, llamado a vigilarlo desde fuera y a corregir, también desde fuera, sus eventuales desviaciones, *sino parte de él* y parte esencial además en la medida que, *desde dentro del mismo*, lo vertebra y lo dirige» (135).

El Banco de España resulta de este modo copartícipe, al menos a nivel de ejecución, de la orientación de la política económica que fija el Gobierno; convirtiéndose así en la AAI de mayor importancia, en cuanto a la trascendencia social, de nuestro sistema administrativo (136).

La conclusión final respecto de la articulación sectorial de las AAI es ciertamente preocupante; en efecto, de generalizarse con éxito el

poderes normativos del Banco de España, sino también un debilitamiento del principio de reserva de ley en materia sancionatoria.

(134) Relativizando en parte esta autonomía, MARTÍN RETORTILLO, S., estudio preliminar al volumen por él dirigido, *Estudios de Derecho Público Bancario*, Madrid, 1987, pág. 26; aunque advierta igualmente sobre la necesidad de establecer un equilibrio entre las necesidades reales de la política monetaria y la instrumentación de políticas económicas por parte del Gobierno; la calificación de «Organismo Autónomo Neutral», en JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Los Organismos Autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*, op. cit., aunque señala la falta de definición de la independencia en el estatuto orgánico; también sobre el estatuto del Banco de España, vid. recientemente FRANCH I SAGUER, *Intervención Administrativa sobre Bancos y Cajas de Ahorro*, Madrid, 1992, págs. 162 y ss.; admitiendo la calificación como «Organismo Autónomo Neutral», pero negándole trascendencia efectiva, en tanto que, desde su punto de vista, no configura un régimen diferenciado.

(135) T. R. FERNÁNDEZ, «El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis», estudio preliminar al volumen por él dirigido, *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, 2.ª edición, Madrid, 1991, pág. 21; una tesis de la que parecería derivar sin dificultad un régimen de relaciones de sujeción especial entre las entidades crediticias y el Banco de España, entendiendo aquél como connatural a la naturaleza doméstica de la relación; para una tesis contraria a esta última interpretación, GARCÍA DE ENTERRÍA, «Significado general del Anteproyecto», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 28, 1987, pág. 703; tampoco parece llevar hasta sus últimas consecuencias T. R. FERNÁNDEZ esa naturaleza de ordenamiento sectorial que proclama, vid. «Los poderes normativos del Banco de España», op. cit., pág. 9, en nota.

(136) Una posición de la que ha dado buena cuenta la jurisprudencia de nuestro TC, para el que «Va de suyo que el Banco de España forma parte de la Administración en su vertiente institucional o indirecta y es la primera autoridad monetaria, a quien corresponden las funciones relativas a la disciplina e inspección de las entidades de crédito y ahorro, para lo cual se le dota de las simétricas potestades, entre las cuales debe destacarse la reglamentaria y la sancionadora» (STC 135/1992, de 5 de octubre; también, en el mismo sentido, STC 178/1992, de 16 de noviembre).

discurso legitimador de estas AAI, y mientras éste identifique los sectores claves de la economía y las libertades públicas con la exigencia de una neutralización institucional, en definitiva la libertad y propiedad, poco restará de los poderes de la Administración más relevantes integrados en la Administración pública al uso.

Nos encontraremos, en efecto, ante una futura Administración de estructura no sólo policéntrica, sino también, y en un plano distinto, polisindial; un sistema de Consejos independientes a los que se confiaría el gobierno real de amplios sectores de la vida social.

4. *La autonomía funcional y los problemas de constitucionalidad del sistema de AAI*

El análisis de las AAI no quedaría completo si no planteáramos un examen crítico de la oportunidad y coherencia de la creación y difusión de entes administrativos de esta naturaleza.

Los problemas que se plantean son de primera magnitud, cuestionándose además por una parte de la doctrina, la constitucionalidad del sistema en sí mismo considerado, y ello desde su principio matriz, la posibilidad de la independencia de entes y órganos administrativos respecto del Gobierno.

La crítica, pues, no se dirige a un órgano o ente en concreto, a su oportunidad individualmente considerada; lo que pretendemos cuestionar es el sistema en su conjunto desde los principios básicos del orden constitucional.

Sin embargo, antes de examinar brevemente los problemas nucleares de la constitucionalidad de las AAI conviene que nos detengamos un momento en dos cuestiones conectadas en este nivel constitucional, pero de naturaleza mucho más concreta.

Nos referimos, naturalmente, a la compatibilidad entre el sistema constitucional de fuentes y la atribución a estos entes de la potestad reglamentaria, así como a la exigencia constitucional de un control jurisdiccional de los actos de estas AAI.

Respecto de la primera cuestión, la atribución de una potestad normativa, de extensión material limitada y previa concreta habilitación legal, es práctica reiterada en el proceso de creación de estos entes; así, por sólo citar algunos ejemplos, entre nosotros, en primer lugar las Circulares del Banco de España (137); en el mismo sentido se produce el reconocimiento *ex lege* de esta potestad normativa a la

(137) Vid. T. R. FERNÁNDEZ, «Los poderes normativos del Banco de España», *op. cit.*; también ARAGÓN, «Las fuentes de la contratación bancaria...», *op. cit.*, pág. 57, admitiendo que, previa habilitación legal expresa, no hay crítica posible a la constitucionalidad de dichas circulares.

Comisión Nacional del Mercado de Valores en el artículo 15 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, Circulares que se dictaran en desarrollo de los Decretos que en la materia dicte el Gobierno o en las Ordenes del Ministerio de Economía y Hacienda (138); sin embargo, tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como el Consejo de Seguridad Nuclear sólo tienen, de acuerdo con sus leyes de organización, la facultad de elevar propuestas al Gobierno de este contenido.

La exigencia de dotar a estas AAI de poderes normativos propios parece ineludible para garantizar funcionalmente su independencia; sin embargo ello ha de hacerse con las máximas cautelas, si tenemos en cuenta que incluso las Ordenes Ministeriales han sido objeto de reserva por parte de la doctrina en cuanto a su constitucionalidad (139); es obligado hacer una referencia al ordenamiento francés, donde el Consejo Constitucional ha debido enfrentarse a idéntico problema, dando una respuesta firme, pero congruente a la vez con las garantías del sistema constitucional, así como con la independencia funcional de los entes; pero allí el problema no se sitúa tanto en la órbita de la exigencia de la habilitación legal como en la posibilidad de delegar funciones constitucionalmente reservadas al Primer Ministro (140).

Entre nosotros, y respecto a los poderes reglamentarios delegados por el Gobierno en el Banco de España, hemos de tener presente la reciente doctrina de nuestro Tribunal Constitucional para el que «La desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma. Efectivamente, la habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el artículo 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos que lo componen y a instituciones como el Banco de España. Asesor de aquél y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia» (141).

(138) Sobre la potestad reglamentaria de la Comisión Nacional del Mercado de Valores vid. JIMÉNEZ BLANCO, *Derecho Público del Mercado de Valores*, op. cit., págs. 102 y ss.

(139) Así, GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, op. cit., págs. 205 y ss., reiterando la exigencia de habilitación legal específica, a salvo, claro está, de la potestad doméstica de organización de las unidades administrativas.

(140) A propósito del problema que nos ocupa, varias decisiones, entre las últimas la 91/304, de 15 de enero de 1992, donde reconoce legítima la potestad reglamentaria del CSA sólo en los supuestos en que ésta establezca medidas de alcance limitado y en un campo limitado, y siempre, naturalmente, que exista una previa habilitación legal; también sobre la limitación de la potestad reglamentaria de la CSA vid. *arrêt* del Consejo de Estado de 16 de noviembre de 1990, «Conclusiones del Comisario del Gobierno», en *AJDA*, 1991, pág. 215.

(141) STC 135/1992, de 5 de octubre; el pronunciamiento del TC es favorable a la

Debemos hacer referencia, en segundo lugar, al problema constitucional de la garantía del control judicial de los actos de las AAI.

La cuestión ha suscitado en Francia un cierto interés de la doctrina (142), inclinándose sin embargo mayoritariamente por la necesidad de garantizar este control (143).

La independencia que se proclama de estos entes no puede pretender extenderse incluso frente al control judicial; al menos entre nosotros entendemos que juega con toda su eficacia la previsión contenida en los artículos 106 y 117 del texto constitucional, así como las garantías derivadas del artículo 24.1.

Así lo entendió en su día nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia de 10 de octubre de 1983 (144). Nuestro legislador se apresuró a tomar buena nota de ello, y en la actual Ley de Defensa de la Competencia se establece, como no podía ser de otra manera, la impugnabilidad en vía contenciosa de las resoluciones del Tribunal; iguales previsiones se contienen, respecto de las resoluciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en la Ley 24/1988, de 28 de julio.

Nos resta por examinar con un alcance general la constitucionalidad misma del sistema de las AAI.

La posible inconstitucionalidad de las AAI ha preocupado incluso al Consejo de Estado en Francia, que resumía, en su Informe anual al Gobierno y al Presidente de la República correspondiente al año 1986, las serias objeciones que el modelo parece plantear.

legitimidad constitucional del reconocimiento de una potestad reglamentaria derivada del Banco de España, derivada a partir de un proceso de delegación por parte de su titular originario o a partir de una determinación *ex lege*; pero nuestro TC no fundamenta, sin embargo, la constitucionalidad de esta potestad, pues no puede deducirse de la función asesora y, respecto de su función de ejecutor «inmediato», ésta se realiza desde un principio general de independencia, cuestionándose por lo mismo la «inmediatez» (orden de continuidad entre el mandato y su realización), quebrándose así una posible continuidad en la titularidad de la potestad como justificación última.

(142) Vid. AUTIN, «Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat est-il pertinent?», en *RDSP*, 1991, donde reconoce que la tentación de contestar negativamente a la pregunta que titula su estudio es fuerte, con argumentos que no son, en el plano de la eficacia, desdeñables; así, añadir a los complejos procedimientos de un órgano colegiado, con una pretensión de eficacia, un régimen de recursos en vía contenciosa parece ciertamente absurdo, pág. 1565.

(143) El mejor resumen de la polémica doctrinal puede encontrarse en TEITGEN-COLLY, «Les instances de régulation et la Constitution», en *RDSP*, n. 1, 1990, págs. 228 y ss.

(144) En ella, el Tribunal declaraba el efecto derogatorio del texto constitucional, en concreto de sus disposiciones contenidas en los artículos 24.1, 106.1 y 117.5, en relación con su Disposición Derogatoria, sobre la prohibición contenida en la entonces vigente Ley de Defensa de la Competencia, de 20 de julio de 1963; pero ya el propio Tribunal Supremo había reconocido la impugnabilidad en vía contenciosa de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, y ello en fecha bien temprana; así, Sentencia de 10 de marzo de 1969, vid *SOSA WAGNER, Jurisdicciones Administrativas Especiales, op. cit.*, págs. 106 y ss.

Pese a la extensión de la cita entendemos que es un punto de partida necesario en el examen que nos espera; el Informe citado afirma:

«El sistema constitucional francés distingue el poder ejecutivo, el poder legislativo y la autoridad judicial, ciertamente separados de forma menos rígida que en los Estados Unidos; por ejemplo, según nuestro sistema, el Parlamento controla al Gobierno, responsable ante él. La Constitución actual no ha derogado estas costumbres. Ella precisa que el Gobierno, que determina y conduce la política de la nación, dispone de la Administración y que él es responsable ante el Parlamento. Así pues, en la medida en que ella es independiente (del Gobierno), y pese a todo administrativa, que la distingue de la autoridad judicial (también independiente en virtud del artículo 64 de la Constitución), una autoridad escapa al control que ejerce el Parlamento sobre el Gobierno y, por consiguiente, sobre la Administración. Las autoridades administrativas independientes constituyen una categoría no prevista por la Constitución, y difícilmente conciliable con el equilibrio de poderes diseñado por ésta» (145).

El juicio de otros sectores doctrinales en Francia ha sido más complejo; así, para AUTIN no existe una exigencia constitucional de articulación de un sistema de AAI, pero tampoco existe un obstáculo constitucional a su organización; en realidad, para AUTIN la Constitución es indiferente a las AAI, pronunciándose, sin embargo, en contra de su constitucionalización (146).

Constitucionalización de estas AAI que se presenta, en ocasiones, como fórmula para superar los déficits de legitimidad constitucional que parecen encontrarse en este sistema (147).

Otras voces cuestionan que sea posible, constitucionalmente posible, privar de su potestad de dirección, de disposición, reconocida en el artículo 20 de la Constitución, al Gobierno de la Repúbli-

(145) EDCE, 1987, París, 1987, pág. 53. Informe preparado por la Sección de Informes y Estudios, fue aprobado por el Pleno del Consejo de Estado en sesión de 5 de febrero de 1987.

(146) AUTIN, «Les autorités administratives indépendantes et la Constitution», en *La Revue Administrative*, 1988, págs. 333 y ss.; del mismo autor, «Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: une autre mode de regulation», *RDPSP*, n. 5, 1988, pág. 1227.

(147) Así, DELCROS, «Le CSA, une nouvelle institution constitutionnelle», *AJDA*, 1988, pág. 467.

ca (148); la solución de colocar estas «instancias de regulación» fuera del sistema administrativo y, por lo tanto, fuera de ejecutivo y de la esfera de disponibilidad del Gobierno, resulta extremadamente discutible desde una premisa constitucional: la libertad del legislador ordinario está necesariamente limitada en orden a manipular el sistema de relaciones entre los poderes públicos.

Entre nosotros encontramos tesis favorables a la plena constitucionalidad de las AAI como modelo de organizaciones administrativas no sujetas a la dirección del Gobierno (149); pero encontramos también opiniones que cuestionan seriamente su constitucionalidad (150).

Nuestra postura al respecto es clara:

a) El legislador no está facultado para disponer de las competencias constitucionalmente atribuidas a otro órgano o poder constitucional; no puede, por tanto, privar al Gobierno de la potestad de dirección sobre la Administración Pública que tiene reconocida ex artículo 97.

b) La voluntad del Gobierno de neutralizar una parte del aparato administrativo, con la colaboración del Parlamento mediante el instrumento formal de la ley, es igualmente irrelevante; el Gobierno no puede, sin fraude del texto constitucional, eximirse de la responsabilidad que los poderes de dirección tiene implícita.

c) El legislador no puede manipular el sistema de distribución de funciones entre los distintos órganos constitucionales incorporando un «cuarto poder»; queda así excluida una vía distinta, pero que conduciría a los mismos resultados, de legitimar constitucionalmente a las AAI, colocándolas fuera de la Administración, al considerarlas «instancias de regulación».

d) Por último, cualquier intento de generalizar el modelo de las AAI chocará frontalmente con el sistema de heterodeterminación de

(148) TEITGEN-COLLY, «Les instances de regulation et la Constitution», *op. cit.*, págs. 218 y ss.

(149) Así, LÓPEZ RAMÓN entiende que «bajo la óptica del principio de legalidad en la organización administrativa no parece existir ningún problema para admitir la corrección jurídica de instituciones y órganos administrativos no sometidos al poder de dirección del Gobierno por voluntad expresa del propio Parlamento, manifestada en una ley», en *El Consejo de Seguridad Nuclear: Un ejemplo de Administración Independiente*, *op. cit.*, pág. 193.

(150) PARADA VÁZQUEZ, para quien «ningún precepto constitucional autoriza genéricamente al legislador a imputar por ley ordinaria esa plena capacidad de dirección y de responsabilidad, y que pudiera constituir una suerte de coartada de irresponsabilidad para los supuestos de defectuoso funcionamiento de los servicios y funciones que dependen del poder ejecutivo», *Derecho Administrativo*, tomo II, *op. cit.*, pág. 281, aunque admita que en algunos supuestos una garantía constitucionalmente prevista permita esta autonomía.

os fines de la Administración Pública; sistema que actúa a partir del doble circuito Parlamento-Ley y Gobierno-Potestad de dirección; doble circuito que es garantía de legitimidad de la actividad de la Administración Pública, más allá de su legitimación por la eficacia, hoy tan proclamada.