

# LA FUNCION CONSULTIVA DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS, CON ESPECIAL REFERENCIA AL CONSEJO DE ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTONOMAS (\*)

Por

ERNESTO GARCIA-TREVIJANO GARNICA

Letrado del Consejo de Estado

*SUMARIO: I. Organos consultivos y organos «staff».—II. Notas características de los organos consultivos en sentido estricto: A) Separación del órgano decisor. B) Ambito de competencias. C) Estructura colegial (composición y nombramiento de sus miembros; su neutralidad). D) Dictamen anterior a la decisión; dictámenes vinculantes: ¿son impugnables directamente?—III. Institucionalización de la audiencia a los interesados a través de organos inexactamente calificados como consultivos.—IV. El Consejo de Estado como órgano consultivo genuino: 1. Organos de relevancia constitucional. 2. Disociación *nomen iuris* y función (y posición) real del Consejo de Estado. 3. Su actuación como órgano de las Comunidades Autónomas. 4. Inviabilidad de sostener que a través del Consejo de Estado se fiscaliza a las Comunidades Autónomas. 5. Distinta intensidad del artículo 107 de la Constitución según se trate de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas. 6. Una ley del Estado puede prever la intervención del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas: límites. 7. Idea finalista de la intervención del Consejo de Estado: función garantizadora; posibilidad de su sustitución por organos consultivos de las Comunidades Autónomas. 8. Los organos consultivos «homologables».—V. Función arbitral del Consejo de Estado: una visión de futuro.*

## I. ORGANOS CONSULTIVOS Y ORGANOS STAFF

Abordar un ámbito como el de la Administración consultiva exige, a mi juicio, delimitar previamente de qué se está hablando. Asistimos en la actualidad a una proliferación de órganos llamados consultivos, que bajo una misma o similar denominación, integran una panoplia de órganos de muy variada índole. Por ello, más que hablar de «órgano consultivo», habría que referirse a «órganos consultivos» en un sentido amplio y plural, expresión ésta en la que se integrarían —admitiendo dicha acepción amplia— aquellos órganos que, aun no reuniendo las características propias de los órganos consultivos en sentido estricto, tienen como función primordial la de ilustrar o asesorar a los órganos activos.

(\*) El presente texto constituye sustancialmente la conferencia que tuve ocasión de impartir en la Universidad de Verano de Denia (julio de 1993), en el curso titulado «El funcionamiento de las Administraciones Públicas», dirigido por don Fernando LEDESMA BARTRET.

Pero antes de entrar en el examen de los órganos consultivos y de sus características propias, conviene recordar la clásica distinción entre órganos activos, deliberantes, consultivos y de control, clasificación especialmente útil para alcanzar a comprender, por lo que ahora interesa, la función propia de los órganos consultivos.

En efecto, tradicionalmente se ha señalado que los órganos activos son aquellos que deciden o resuelven. Los deliberantes (que no hay que confundir con los consultivos) hacen posible la toma de decisión por parte del órgano activo, pero no resuelven directamente. Así, se ha puesto el ejemplo clásico del Consejo de Ministros, que, salvo raras excepciones, constituye un «órgano colegiado imperfecto», en el sentido de que las decisiones no las adopta por mayoría, sino que existe una preeminencia del Presidente del Gobierno. Junto a ellos están los órganos de control, que fiscalizan la actividad de los demás órganos. Finalmente, nos encontramos con los órganos consultivos, cuya finalidad consiste en ilustrar a los órganos que han de adoptar las decisiones. No emiten declaraciones de voluntad (aunque los actos que adopten, normalmente informes o dictámenes, sean voluntarios, como cualquier acto jurídico), sino que se trata de declaraciones de juicio.

La configuración actual de las relaciones e integración de los distintos órganos citados no es sino el resultado fundamentalmente del esquema napoleónico. Como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA en el prólogo a la traducción española del libro de MOONEY (*Principios de la Organización*), durante el Antiguo Régimen existían sustancialmente dos formas de administrar: la de un hombre o la de una asamblea. El esquema napoleónico, bajo el principio formulado por SIEYÈS («deliberar es función de muchos y administrar es el hecho de uno sólo»), se reunirán ambos tipos de órganos distinguiendo el poder del que ejecuta y del que supervisa. Precisamente la reunión de los dos sistemas, distinguiendo, sin separarlos, el poder del que debe ejecutar del que supervisa y decide es, en palabras de TOCQUEVILLE, el único gran descubrimiento en materia de Administración Pública frente al Antiguo Régimen.

Pues bien, bajo este nuevo esquema y a medida que el intervencionismo se va haciendo más incisivo, se presenta con mayor intensidad la necesidad de asesoramiento a los órganos activos, lo que provocará la proliferación del asesoramiento «rápido» a través de los denominados órganos *staff*.

Pero, como hemos dicho, existe una gran variedad de órganos consultivos (en sentido amplio), que podríamos dividir sustancialmente en dos grandes bloques. Los denominados órganos *staff* y los órganos consultivos propiamente dichos. No se ocultan las dificulta-

des de encuadrar en muchas ocasiones a determinados órganos en uno de los citados bloques, pues aun dentro de ellos podría decirse que existe una graduación.

Junto a ello, también hay que hacer referencia (en este aspecto me detendré más adelante) a la actual proliferación de órganos inexactamente denominados consultivos y cuya finalidad no es sino institucionalizar la audiencia a los sectores interesados (mediante la representación de éstos en el seno de un órgano colegiado) en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.

Partiendo de la citada división en dos grandes bloques, convendría inicialmente, aunque sea de manera breve, referirnos a las notas que caracterizan a los denominados órganos *staff*. La expresión *staff and line* constituye una formulación norteamericana cuyo origen se encuentra en la estructura y organización del propio ejército, ante la necesidad de establecer determinados órganos de asesoramiento alrededor de la jefatura. Dicha expresión «órgano *staff*» se encuentra firmemente acuñada en nuestra doctrina, y aun con la variedad de órganos que suelen integrarse bajo dicha denominación, pueden establecerse desde un punto de vista general determinadas notas características.

En efecto, la nota más determinante consiste en la cercanía del órgano *staff* al activo, hasta tal punto que en ocasiones se ha señalado que «cuasi deciden». Existe una conexión, de mayor o menor intensidad, entre órgano activo y órgano asesor, integrándose éste en la propia estructura departamental. El órgano activo precisa de un asesoramiento rápido y cercano a él, que le permita adoptar las decisiones tras el asesoramiento inmediato de un órgano cualificado a tal fin.

En este tipo de órganos de asesoramiento se evitan en la medida de lo posible las solemnidades propias de los órganos consultivos estrictos, precisamente para permitir la adopción rápida de decisiones.

Ello no significa, no obstante, que este tipo de órganos deban ser necesariamente unipersonales, sino que existen numerosos ejemplos de órganos colegiados que podrían encuadrarse sin dificultad dentro del grupo de los órganos *staff*, por su cercanía y dependencia del órgano activo.

Como he destacado, existe una gran variedad según su carácter multidisciplinar o no, su función exclusivamente técnica o jurídica y, fundamentalmente, según su mayor o menor dependencia del órgano activo al que asesora. Porque no puede negarse que aun dentro de los propios órganos *staff*, existe una distinta graduación según su cercanía y dependencia del órgano al que asesora.

Así, por ejemplo, no podría negarse que la posición es sustancial-

mente distinta entre los Gabinetes de los Ministros y el Consejo Superior del Ministerio de Industria, o entre un Secretario General Técnico y el Consejo de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas. Es evidente que la dependencia es sustancialmente mayor en el caso del Gabinete o de las Secretarías Generales Técnicas frente a los ejemplos citados del Consejo Superior del Ministerio de Industria o del Consejo de Obras Públicas, órganos estos últimos colegiados, integrados en la propia estructura departamental y que, aun cuando no puedan calificarse estrictamente como órganos consultivos propiamente dichos, sí gozan de una mayor separación respecto del órgano activo o decisor.

## II. NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS EN SENTIDO ESTRICTO

Pero hechas estas aclaraciones previas, interesa destacar fundamentalmente las notas que caracterizan a los órganos consultivos propiamente dichos, para referirnos posteriormente a la posición concreta del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas, especialmente tras los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

De esta manera, podríamos dividir en cuatro las notas características de los órganos consultivos en sentido estricto. A saber:

### A) *Separación del órgano decisor*

En primer lugar, este tipo de órganos se caracterizan por situarse fuera de la estructura departamental, precisamente porque se busca la distancia respecto del órgano activo decisor.

Esta configuración no obedece a un simple capricho, sino que tiene un objetivo claro y preciso: se estima que la separación respecto del órgano activo es necesaria para la emisión de juicios objetivos; se evita así la influencia que podría ejercer tal órgano activo sobre el consultivo al evacuar su informe o dictamen, influencia que de existir desnaturalizaría la función de este último.

En otras palabras, se busca la neutralidad, que no se preserva, al menos de la misma manera, en el caso de los órganos *staff*, precisamente por la aludida cercanía al centro de toma de decisión. Es más, podría decirse que muchas veces al órgano decisor no le interesa precisamente la neutralidad del órgano *staff*. Con ello no quiere en modo alguno infravalorarse la función que tienen encomendada los

citados órganos *staff*, pues cualquiera que conozca mínimamente la Administración podrá constatar la importancia y necesidad de este tipo de órganos, sino simplemente de situar a cada órgano de asesoramiento (en sentido amplio) en el lugar que le corresponde.

He señalado que una de las formas de preservar la neutralidad del órgano consultivo (exigible no sólo respecto al Gobierno sino también frente a la oposición) consiste en mantener una separación o distanciamiento entre el propio órgano consultivo y el activo o consultante.

Sin embargo, no hay que confundir *separación* con *incomunicación*, como a veces ocurre. En ocasiones, si no es indispensable la comunicación sí al menos es aconsejable, puesto que permite al órgano consultivo conocer con una mayor exactitud la realidad subyacente a la consulta que se le formula, realidad que a veces no es deducible —con el alcance mínimo exigible— de los fríos papeles que integran un expediente administrativo. A tal fin responde, por ejemplo, la posibilidad que tiene el Consejo de Estado de conceder audiencia directamente a los interesados cuando así se le solicite, o incluso a iniciativa del propio Consejo de Estado (art. 18.1 de su Ley Orgánica reguladora 3/1980, de 22 de abril).

Es evidente, no obstante, que la referida comunicación, en cualquier caso, debe producirse desde la distancia que impone la particular función del órgano consultivo, precisamente —se insiste— para preservar su función propia y evitar su desnaturalización convirtiéndolo realmente en un órgano *staff*.

## B) *Ambito de competencias*

Los órganos consultivos se caracterizan porque suelen tener competencias generales, no simplemente sectoriales sobre materias determinadas. Así acaece con el Consejo de Estado, frente a lo que ocurre, por ejemplo, con el Consejo de Obras Públicas. El primero tiene competencias consultivas sobre materias variadas, mientras que el segundo se circunscribe al ámbito propio del Departamento dentro de cuya estructura se integra.

## C) *Estructura colegial (composición y nombramiento de sus miembros. Su neutralidad)*

En tercer lugar, los órganos consultivos tradicionalmente se han caracterizado por su estructura colegiada. La razón hay que encon-

trarla en la necesidad de dar adecuado cumplimiento a su función específica, como es la de ilustrar. Para ello, nada mejor que reunir distintos puntos de vista en el seno de un mismo órgano, que incluso pueden llegar a exteriorizarse a través de votos particulares.

En efecto, sin perjuicio de lo que a continuación se señala, constituyen órganos colegiados perfectos, en el sentido de que los informes o dictámenes (producto natural de este tipo de órgano consultivo) es el resultado de un régimen de mayorías interno. En otras palabras, el parecer que emite el órgano consultivo no es sino el resultado de un procedimiento de elaboración interno, más o menos complejo, en el que el régimen de mayorías es decisivo a tal efecto. Aunque haya habido disparidad de pareceres en el seno del órgano colegiado consultivo, el informe o dictamen será único, de manera similar a como acontece con los órganos colegiados activos, en los que la voluntad es única (resultado de la aplicación del régimen de mayorías) con independencia de la disparidad de pareceres internos que hayan podido existir. Dos conclusiones iniciales, a mi juicio, cabría extraer de estas afirmaciones:

— En primer lugar, que el informe o dictamen de un órgano consultivo es propiamente el de la mayoría, pues es ésta la que constituye el juicio emitido por el órgano consultivo considerado como tal. El voto particular es en realidad un instrumento que permite dejar constancia de la posición discrepante de alguno o algunos de los miembros que integran el órgano colegiado, pero sin que pueda erigirse —a elección del órgano consultante— en sustituto del dictamen de la mayoría.

El voto particular podrá tener los efectos que sean, incluso para preservar la propia responsabilidad del miembro discrepante, pero, como se dice, no podrá sustituir al dictamen de la mayoría, problema éste que podría plantearse especialmente en casos en los que el dictamen tuviera un carácter vinculante o incluso obstativo. Si el dictamen fuera simplemente no vinculante (regla general) el órgano consultante evidentemente podría seguir el parecer del órgano consultivo manifestado a través del dictamen de mayoría, podría seguir asimismo el contenido del voto particular (que no es estrictamente el juicio emitido por el órgano consultivo) o, finalmente, podría incluso apartarse de los criterios manifestados tanto en el dictamen de la mayoría como en el voto particular.

— En segundo lugar, para poder hablar estrictamente de órgano consultivo colegiado hay que desechar su configuración como órgano colegiado imperfecto, o el reconocimiento de una especie de derecho de veto al presidente de dicho órgano.

Si el presidente decide, de tal forma que los dictámenes no se aprueban en el seno del órgano colegiado a través del régimen de mayorías (lo que daría lugar a admitir la existencia de un órgano colegiado imperfecto), se estaría desnaturalizando absolutamente la función del órgano consultivo, máxime si el nombramiento del presidente de dicho órgano depende, como es normal, de los órganos activos mismos.

Pero tampoco parece admisible a mi juicio, al menos para hablar con rigor de órgano consultivo propiamente dicho, admitir que, aunque rija en el seno del órgano colegiado el régimen de mayorías, se reconozca al presidente (o a otro miembro) de dicho órgano un derecho de veto sobre los acuerdos relativos a materias determinadas.

Esta afirmación no es fruto de un análisis de laboratorio, sino que tiene una constancia real palpable. Así, por ejemplo, cabría traer a colación lo dispuesto al respecto en el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, por el que se desarrolló parcialmente la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. En el Capítulo Primero del Título Primero de dicha norma se regula el Consejo del Patrimonio Histórico, configurándose sustancialmente como un órgano consultivo. Pues bien, en el artículo 6.6 de dicho Real Decreto se dispone que el funcionamiento y régimen de acuerdos del Consejo se ajustará a lo establecido en la Ley Procedimental sobre órganos colegiados, excepto determinados asuntos, respecto de los cuales «sólo se considerarán válidamente adoptados (los acuerdos) si el presidente del Consejo vota con la mayoría».

Es evidente que en estos casos se está dando una preeminencia al presidente que, si no llega a la intensidad de los que hemos denominado «órganos colegiados imperfectos», sí denota una pérdida de la neutralidad precisa de todo órgano consultivo. Previsiones como la que se comenta pueden producir una evidente disfunción, puesto que puede darse el caso de que si el presidente y la mayoría de miembros del órgano colegiado tienen pareceres distintos en relación con una materia en la que se reconozca el referido derecho de veto, nos encontraríamos con acuerdos adoptados por el órgano colegiado —en términos del citado artículo 6.6— que no se «consideran válidamente adoptados», sin que sea posible tan siquiera adoptar un acuerdo que «se considere válidamente adoptado» en tanto se mantenga la referida discrepancia entre el presidente y la mayoría de los miembros del órgano colegiado.

Con independencia de esta disfunción, que daría lugar a la existencia de acuerdos no válidamente adoptados (sin posibilidad —se insiste— de llegar a un acuerdo válidamente adoptado), lo cierto es

que se pierde u olvida la propia *ratio* de la estructura colegial que caracteriza a los órganos consultivos, y a la que ya hemos hecho referencia. Si de lo que se trata es de preservar la neutralidad del órgano consultivo integrando, además, en su seno personas de distintas procedencias que permitan un rico intercambio de pareceres, el reconocimiento del derecho de veto al presidente da al traste con esta configuración, no pudiendo hablarse entonces con rigor de verdadero órgano consultivo en sentido estricto.

En definitiva, es preciso preservar el origen variado de los integrantes del colegio, debiendo formar éste su voluntad (en este caso su declaración de juicio) a través del sistema de mayorías.

Pues bien, dos órdenes de problemas pueden suscitarse en relación con los integrantes de un órgano colegiado consultivo: en primer lugar, ¿pueden formar parte del mismo titulares de órganos activos?; en segundo término, podría plantearse cómo preservar la neutralidad de los miembros del órgano consultivo: ¿movilidad o inamovilidad?

En cuanto a la primera interrogante, constituye una cuestión que recientemente se ha suscitado en relación con el artículo 99.2 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. Este precepto legal establece que la Administración Sanitaria del Estado estará asistida por comisiones consultivas multidisciplinares integradas por expertos designados por sus relevantes méritos profesionales, científicos y sanitarios, así como, en su caso, representantes de los consumidores y usuarios, cuya constitución, composición y procedimiento de actuación se determinará reglamentariamente.

Precisamente en trance de constituir un órgano al amparo de dicho precepto legal —cuya integración dentro del grupo de los órganos consultivos en sentido estricto es cuando menos discutible— se produjo la polémica que ahora suscito, precisamente porque se preveía que formarían parte del órgano consultivo titulares de órganos activos (miembros natos). A mi juicio, cabría llegar en tales casos a las dos conclusiones siguientes:

— En primer término, no es inviable jurídicamente —y existen ejemplos de ello— que formen parte de los órganos colegiados consultivos los titulares de órganos activos decisorios. Es más, en ocasiones puede incluso presentarse como aconsejable tal integración, puesto que permitirá al órgano consultivo un mejor conocimiento de la realidad sobre la que va a emitir su juicio.

— En segundo lugar, y dicho esto, es a mi juicio imprescindible en cualquier caso que nunca los titulares de los órganos activos que forman parte del órgano consultivo constituyan la mayoría, puesto

que si así fuera se desnaturalizaría su función, produciéndose una evidente confusión órgano consultante-órgano consultivo. Se estaría convirtiendo a este último en realidad en un simple órgano justificador de las decisiones adoptadas (o que pretendan adoptarse) por los órganos activos, función que, como es obvio, no es propia de los órganos consultivos.

· En cuanto a la segunda cuestión suscitada, es decir, cómo preservar la neutralidad (frente a cualquier injerencia externa) de los miembros del órgano consultivo, se ha suscitado desde antaño la polémica relativa a si tales miembros deben gozar de inamovilidad para preservar dicha neutralidad o si, por el contrario, son mayores las desventajas de admitir la inamovilidad, al menos total.

Podrían apuntarse ventajas y desventajas de ambas posibilidades, es decir, amovilidad o inamovilidad. Es cierto que una amovilidad amplia puede traer consigo el sometimiento de hecho de los miembros del órgano colegiado consultivo al Gobierno de turno, pues de éste dependerá su continuidad y, por tanto, podrían intentar hacer méritos para mantenerse en su puesto.

Frente a ello, la inamovilidad total puede traer consigo la relajación en la preparación misma de los integrantes del órgano consultivo, e incluso podría llegar a crearse un grupo hostil al propio Gobierno. MELLADO, a finales del siglo XIX, ya anunciaba estos peligros y optaba porque los miembros fueran amovibles por necesidad y por conveniencia: por necesidad, para evitar la creación de un cuerpo hostil (incluso políticamente) al Gobierno correspondiente. Llevados por sus inclinaciones políticas y con la garantía de no perder su puesto, podría convertirse de hecho el órgano consultivo en un grupo de oposición al Gobierno. Por conveniencia, porque —señalaba MELLADO— pueden llevarse al órgano colegiado a miembros peritos, que difícilmente podría darse ante una inamovilidad total.

Es cierto que los peligros apuntados tanto en un caso como en otro lo son potencialmente y no quiero decir que deban darse necesariamente en la realidad, toda vez que no puede desconocerse que la neutralidad de los miembros de un órgano colegiado viene dada primordialmente por la propia asunción personal de la función que realizan. Si desconocen esta realidad, ya se adopte el criterio de la amovilidad amplia o el de la inamovilidad total, la neutralidad quedaría seriamente en entredicho.

Pero cualquiera que sea la solución que se adopte en cada caso, es preciso al menos que el nombramiento de los miembros de los órganos consultivos propiamente dichos reúna las siguientes notas características:

1. El nombramiento debe otorgarse por un plazo mínimo de tiempo suficiente para evitar influencias o injerencias externas, plazo que, a mi juicio, convendría que fuera superior a una legislatura.

2. Durante dicho período de tiempo, el nombrado deberá ser inamovible, salvo renuncia o enfermedad, y en este último caso previa tramitación del oportuno expediente donde se constate objetivamente tal enfermedad. Sin este requisito de la inamovilidad en modo alguno podría hablarse de autonomía e independencia de los miembros del órgano consultivo y, en definitiva, de este mismo.

3. El nombramiento, además, debe recaer en personas que permitan aportar diversos puntos de vista al órgano consultivo, evitando la creación de órganos consultivos políticamente afines, pues si así se hiciera se llegaría finalmente a la destrucción del propio órgano consultivo, al perder todo su sentido.

D) *Dictamen anterior a la decisión; dictámenes vinculantes: ¿son impugnables directamente?*

La última característica de los órganos consultivos propiamente dichos (aunque es predicable en realidad de todos los órganos consultivos en sentido amplio) consiste en que el informe o dictamen sea anterior a la decisión a adoptar. Difícilmente puede ilustrarse (función propia del órgano consultivo) si ya se ha adoptado la decisión por parte del órgano activo.

De ahí que sea rechazable la postura en alguna ocasión sostenida incluso por el propio Tribunal Supremo consistente en admitir la subsanación de la omisión de un dictamen preceptivo. Y es rechazable, al menos en relación con los órganos consultivos genuinos, porque ¿de qué serviría subsanar la omisión de un dictamen, es decir, que el órgano consultivo emita el dictamen con posterioridad a la decisión ya adoptada? La función del órgano consultivo no ha sido concebida en estos casos para valorar *a posteriori* la corrección o incorrección de una decisión en cuyo procedimiento de elaboración debía haber informado (por tanto de manera previa a su adopción).

Se trata, por ello, de ilustrar al órgano activo para que adopte la decisión procedente (desde un punto de vista jurídico o, como en el caso del Consejo de Estado, jurídico-administrativo, dado que también valora aspectos de oportunidad y conveniencia) y no, en cambio, emitir un juicio sobre la posible revocación (en sentido amplio) de la decisión ya adoptada sin el previo y preceptivo dictamen. No es procedente admitir la subsanación del dictamen en estos casos a tra-

vés de su emisión *a posteriori* y, por tanto, cuando no puede hacerse otra cosa que, en su caso, revisar de oficio la decisión ya adoptada.

En definitiva, el informe debe ser anterior a la decisión a adoptar, pues su finalidad estriba precisamente en ilustrar previamente al órgano activo. Sin embargo, no puede ocultarse que en nuestro ordenamiento jurídico existe algún caso —y constituye la excepción— en el que el dictamen del órgano consultivo se emite o puede emitirse con posterioridad. Así se dispone en el artículo 22.6 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado en cuanto prevé que, en los casos de impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, puede solicitarse el dictamen del Consejo de Estado con carácter previo o posterior a la interposición del recurso. La práctica demuestra que, teniendo en cuenta el corto lapso de tiempo para impugnar tales disposiciones y resoluciones, el dictamen del Consejo de Estado se solicita *a posteriori*, con lo que en la mayoría de los casos carece ya de sentido, al menos con la intensidad que le debe ser propia.

Junto a ello se suscita si el informe o dictamen que emite el órgano consultivo puede ser o no obligatorio para el órgano activo. En este sentido, se ha señalado que los «consejos» son en esencia no obligatorios o vinculantes, pues en otro caso se estaría convirtiendo al órgano consultivo en activo o decisor.

Y sin negar que, efectivamente, la regla general es que los informes y dictámenes carecen de efecto vinculante, en nuestro ordenamiento jurídico se ha previsto, en cambio, dicho carácter vinculante en supuestos de especial gravedad, como acontece, por ejemplo, en el caso de la revisión de oficio de los actos administrativos (actual art. 102 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

En estos casos es evidente que el contenido del dictamen adquiere una preeminencia notable, llegando incluso el órgano consultivo, en este caso el Consejo de Estado, a decidir aun indirectamente sobre la procedencia o no de la revisión de oficio del acto administrativo en cuestión, máxime si se mantiene —como es procedente a mi juicio— que la Administración tiene un verdadero deber de retirar del mundo jurídico sus actos cuando adolezcan de un vicio de nulidad radical.

Sin necesidad de ahondar en este aspecto, sí quiero destacar, en cambio, una cuestión que creo de vital importancia, y que consiste en delimitar si en tales casos de dictámenes vinculantes le cabe o no al órgano consultante —cuando esté disconforme con el contenido del dictamen— impugnarlo directamente.

Es conocido que el dictamen del Consejo de Estado constituye un

acto de trámite (voluntario en cuanto es un acto jurídico, si bien emana una declaración de juicio) que se inserta dentro de un procedimiento administrativo y que, como tal, no es impugnabile de manera autónoma. Podrá impugnarse el acto que ponga fin al procedimiento, acto en el que se reflejarán los vicios que hayan podido cometerse durante la tramitación del procedimiento, en este caso, por ejemplo, la omisión del propio dictamen del Consejo de Estado o su adopción, *verbi gratia*, sin el *quorum* indispensable en el seno del Consejo de Estado.

Pero si ésta es la regla general, más discutible es que pueda mantenerse sin más cuando estamos ante dictámenes vinculantes. Porque, en realidad, ¿qué puede hacer el órgano consultante cuando pretende revisar de oficio un acto que estima adolece de un vicio de nulidad radical y el Consejo de Estado emita un dictamen desfavorable? Ante esta situación cabría adoptar una de las dos posiciones siguientes: mantener que el órgano consultante debe concluir el procedimiento de revisión de oficio dictando un acto en el que se declare la improcedencia de la revisión de oficio (como consecuencia del sentido desfavorable del dictamen), para posteriormente declararlo lesivo y provocar un pronunciamiento por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa acerca de la existencia o no del citado vicio de nulidad radical; en segundo lugar, también podría mantenerse —y esto es lo que me interesa destacar— si en tales casos el dictamen del Consejo de Estado, aunque sea un acto de trámite, impide de alguna manera la prosecución del procedimiento, permitiendo de esta manera su impugnación de manera autónoma. En las pocas ocasiones en que se ha pronunciado la doctrina sobre el particular, se ha admitido la recurribilidad (J. A. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La impugnación de los actos de trámite*, Montecorvo, 1993) si puede considerarse el dictamen acto suficiente decisor y eficaz.

### III. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA A LOS INTERESADOS A TRAVÉS DE ÓRGANOS INEXACTAMENTE CALIFICADOS COMO CONSULTIVOS

Expuestas las notas características de los órganos consultivos, procede entrar ya en el examen de la posición institucional del Consejo de Estado, especialmente tras los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, y sus relaciones con las Comunidades Autónomas. No obstante, conviene aclarar antes algo que ya apunté inicialmente: en ocasiones se califican como consultivos órganos que no son tales en sentido estricto, a través de los cuales pretende darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 130.4 de la Ley de Proce-

dimiento Administrativo de 1958 (audiencia a los interesados en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general).

En efecto, existe una incesante proliferación de órganos colegiados a través de los cuales pretende darse cumplimiento a la necesidad de otorgar audiencia, en trance de elaborar disposiciones de carácter general, a los sectores interesados. Cualquiera que haya tenido contacto con procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general, habrá podido constatar que una de las dificultades que con mayor pujanza se presenta en tales casos consiste en delimitar a quién otorgar audiencia, toda vez que, por un lado, la omisión de dicha audiencia puede traer consigo la nulidad de la disposición adoptada y, por otro, la gran cantidad de asociaciones y entidades que pueden considerarse interesadas, podría comportar la inviabilidad de tramitar y aprobar en plazos razonables tales disposiciones.

Precisamente para solventar de alguna manera tal dificultad, proliferan en la actualidad órganos en ocasiones mal llamados consultivos en cuyo seno se da entrada a los sectores interesados, de tal forma que se institucionaliza la audiencia a tales interesados mediante la solicitud del informe de dicho órgano.

La proliferación de los mismos es consecuencia directa de la variación operada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del alcance del artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, vigente en este aspecto. Sin ahondar en esta cuestión, cabe recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha pasado fundamentalmente por las tres posiciones sucesivas siguientes: inicialmente se mantenía —teniendo en cuenta la literalidad del artículo 130.4 citado— que existía una amplia discrecionalidad para someter o no a audiencia de los sectores interesados los proyectos y disposiciones administrativas. Posteriormente, el Tribunal Supremo restringió dicha discrecionalidad al sostener que la Administración debía (no simplemente podía) someter a audiencia de los interesados los proyectos de disposiciones administrativas cuando pudieran afectar gravemente a sus intereses. En estos casos, la audiencia se erigía en un trámite preceptivo (no simplemente facultativo). Por último, la tesis que prevalece en la actualidad consiste en mantener el carácter preceptivo de dicha audiencia, posición a la que se ha llegado teniendo en cuenta el contenido del artículo 105, apartado a), de la Constitución, que si bien establece simplemente que «la Ley regulará» la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, sí se deduce del mismo el espíritu favorable a la necesidad de otorgar dicha audiencia.

Podrían ponerse numerosos ejemplos de órganos de este tipo,

bastando quizá con citar el Consejo de Consumidores y Usuarios previsto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984.

#### IV. EL CONSEJO DE ESTADO COMO ÓRGANO CONSULTIVO GENUINO

Pues bien, hechas las precisiones anteriores, podríamos decir que el órgano consultivo por excelencia es el Consejo de Estado. No se trata ahora de abordar su composición y funcionamiento, aunque sí creo de interés —y obligado teniendo en cuenta el estado de la discusión— tratar la cuestión relativa a su posición institucional y sus relaciones con las Comunidades Autónomas.

Existen tres pronunciamientos sustanciales del Tribunal Constitucional sobre el Consejo de Estado: las Sentencias 814/1989, 56/1990 y más recientemente la Sentencia 204/1992. Teniendo en cuenta la doctrina sentada por estas Sentencias, cabría obtener las siguientes conclusiones:

##### 1. *Órgano de relevancia constitucional*

El Consejo de Estado es un órgano de relevancia constitucional, aspecto sobre el que quizá no se haya incidido suficientemente, buscando en ocasiones, según se verá más adelante, la explicación a la intervención de dicho órgano en relación con las Comunidades Autónomas en otras técnicas (por ejemplo, el «préstamo de órganos» o la «Administración impropia») que no se acomodan estrictamente a la realidad en este caso.

Como tal órgano de relevancia constitucional, goza de una garantía institucional evidente que tiene una doble consecuencia inmediata:

— No es posible su desaparición, ni siquiera a través de una Ley Orgánica, de tal manera que sería preciso una reforma constitucional para que el Consejo de Estado dejara de existir.

— Pero, además, tampoco sería posible alterar, ni siquiera por Ley Orgánica, su función genuina, como es la de emitir dictámenes. En otras palabras, sería contrario a la Constitución mantener nominalmente la existencia del Consejo de Estado vaciándole de su función propia como es —se insiste— emitir declaraciones de juicio sobre los asuntos que se le consulten.

Cuestión distinta es que la intervención del Consejo de Estado —que dependerá de su Ley Orgánica reguladora— pueda ser mayor

o menor, o incluso en relación con las Comunidades Autónomas, por ejemplo, pueda llegar a desaparecer sin que por ello se infrinja la Norma Fundamental (aspecto éste sobre el que más adelante volveré).

## 2. *Disociación «nomen iuris» y función (y posición) real del Consejo de Estado*

Se produce una disociación entre el *nomen iuris* y la función (y posición) real del Consejo de Estado. La expresión «órgano consultivo del Gobierno» está superada en la realidad en su literalidad, ya se tome «Gobierno» en sentido subjetivo (pues no sólo el Gobierno consulta al Consejo de Estado), ya objetivo (no sólo se solicita el dictamen del Consejo de Estado en asuntos de gobierno, sino que interviene en relación con la actividad administrativa en general).

La definición contenida en el artículo 107 de la Constitución responde a una tradición histórica, junto con la definición como Supremo Órgano Consultivo «en materia de gobierno y administración», y que estuvo presente en el seno de la discusión de la propia Constitución. Y no cabe extraer conclusiones definitivas acerca de una definición que contiene una importante connotación o arrastre histórico, pero que en su literalidad no responde ni a la realidad de la función que realiza el Consejo de Estado, ni tampoco a la posición que le corresponde en el Estado de las Autonomías. Hay que rechazar, por tanto, una interpretación meramente literalista del artículo 107, como, a mi juicio, hace correctamente el Tribunal Constitucional.

## 3. *Su actuación como órgano de las Comunidades Autónomas*

El Consejo de Estado se configura como un órgano de las Comunidades Autónomas cuando interviene en asuntos de competencia de éstas; y no pertenece a la Administración activa (a ninguna de ellas). Es un «órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece» (Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1990).

Como tal, está dotado de independencia funcional frente a la Administración del Estado y a las demás Administraciones Públicas, pues, en definitiva, es un órgano consultivo del Estado-Comunidad.

No sin cierta agudeza se ha intentado buscar una explicación al hecho de que el Consejo de Estado, que se incrusta formalmente en la estructura de la Administración del Estado, se convierta en un órgano de las Comunidades Autónomas cuando emite su dictamen en

asuntos de competencia de estas últimas. Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1992 (apelación 705/90) se ha hablado de las técnicas de «préstamo de órganos» o de la «Administración impropia», acuñadas en otros ordenamientos —así lo recuerda la propia Sentencia— basados en la existencia de una división vertical (o territorial) de poderes, que un órgano del Estado es utilizado por una Comunidad Autónoma —para evitar una duplicación organizativa y burocrática estimada no necesaria— que deviene, para la función que realiza, órgano autonómico, aunque pertenezca a la organización del Estado y sólo funcionalmente en sentido impropio a la de la Comunidad Autónoma que de él se sirve.

Y digo que se trata de una visión aguda que intenta buscar una explicación al hecho de que un órgano que, al menos formalmente, se integra en una Administración distinta, intervenga —con independencia funcional— en asuntos de otra entidad pública distinta que goza de autonomía. Sin embargo, a mi juicio, no es ésta la vía adecuada para explicar el engarce del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas (y también, por qué no, con las Corporaciones Locales).

En efecto, no se trata con rigor de un caso de «préstamo de órganos» o de «órgano fiduciario», entre otras razones porque uno de los elementos fundamentales para poder hablar de préstamo de órgano en sentido estricto consiste en que tanto prestamista (entidad que presta su órgano) como prestatario (entidad que se vale del órgano prestado) deben manifestar libremente su consentimiento. En realidad, la actuación (y su correlativa validez y eficacia) del órgano debe estar reconocida libremente por la entidad que se vale de dicho órgano, puesto que si se le impone su actuación no podría hablarse ya con rigor de «préstamo de órganos» o de «órgano fiduciario», pudiendo incluso llegar a plantearse —si nos mantuviéramos en este campo— la posible infracción del principio de autonomía de las Comunidades Autónomas.

En efecto, si la citada teoría del «préstamo de órganos» podría tener una mayor consistencia si las consultas al Consejo de Estado por parte de las Comunidades Autónomas fueran todas de carácter facultativo, no la tiene, en cambio, cuando la consulta se prevé con carácter preceptivo, como acaece en nuestro ordenamiento jurídico en relación con determinadas materias. Si mantuviéramos que la Administración del Estado presta a la Comunidad Autónoma su órgano que es el Consejo de Estado y, además, se tratara de un «préstamo obligado», habría quizá que dar la razón a aquellos que han mantenido que la intervención del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas supone, cuando se establece como obliga-

toria la consulta, una vulneración del principio de autonomía de dichas Comunidades Autónomas.

Tampoco sirve, a mi juicio, para explicar la incardinación del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas la denominada «Administración impropia», debida fundamentalmente a Feliciano BENVENUTI, que en un artículo titulado *L'organizzazione impropria della pubblica amministrazione* («Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1956, núm. 4), comentaba el alcance del artículo 118 de la Constitución italiana, en cuanto que deducía la existencia de una Administración que debía llamarse impropia en cuanto que un ente superior podía valerse para el ejercicio de sus propias funciones de un órgano de un ente menor.

Tampoco esta explicación es satisfactoria si la trasladamos a la posición del Consejo de Estado según nuestro ordenamiento jurídico vigente. No se trata de que un ente superior se valga de un órgano de un ente inferior para el ejercicio de sus competencias, sino que, en todo caso, se trataría de la situación inversa. Pero aun admitiendo que pueda hablarse también de «administración impropia» cuando un ente inferior se vale de un órgano de un ente superior, lo cierto es que en estos casos también debería ser libre la decisión del ente que intenta valerse de un órgano ajeno, pues si se le impone se estaría incidiendo —en lo que interesa en cuanto a las Comunidades Autónomas— en su autonomía constitucionalmente reconocida.

Además, tanto en un caso como en otro («préstamo de órganos» y «administración impropia»), el órgano que actúa para otra entidad pública no realiza competencias propias sino de la entidad pública que se vale del mismo. Precisamente dichas técnicas se han utilizado para evitar la duplicidad burocrática, pero siempre partiendo de la base de que el ente público está ejercitando sus competencias propias aunque sea a través de un órgano ajeno, sin que, por tanto, tales competencias se transfieran «en propiedad» a la entidad en la que se integra el órgano prestado.

Como digo, a mi juicio no sirven dichas teorías para explicar la posición del Consejo de Estado, por las razones (algunas de ellas ya aludidas) siguientes: la consulta al Consejo de Estado se impone en ocasiones a las Comunidades Autónomas, de tal manera que no puede hablarse propiamente de que exista una decisión libremente adoptada por la propia Comunidad Autónoma para que el Consejo de Estado intervenga en asuntos de su competencia; la imposición a las Comunidades Autónomas de la intervención de un órgano de la Administración del Estado podría traer consigo la vulneración del principio de autonomía constitucionalmente reconocido; el Consejo de Estado, además, no ejercita competencias ajenas cuando intervie-

ne en asuntos de las Comunidades Autónomas, sino que interviene dentro del ámbito de sus propias competencias, emitiendo precisamente dictámenes en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico así lo establezca de manera preceptiva o cuando voluntariamente se le requiera por los órganos legislativos a tal efecto.

En realidad, la explicación hay que encontrarla en la propia configuración del Consejo de Estado como órgano de relevancia constitucional. Aunque formalmente se incruste dentro de la organización de la Administración del Estado, funcionalmente es ajeno a dicha organización y a cualquier otra. No se trata de que un órgano de la Administración del Estado se incruste en la organización de la Comunidad Autónoma (lo que podría ir contra la capacidad de autoorganización de éstas), ni que la Administración del Estado preste, como se dice, a la Comunidad Autónoma un órgano, sino que el Consejo de Estado *es* (cuando dictamina un asunto de la Comunidad Autónoma) un órgano de la propia Comunidad Autónoma. Por ello, sencillamente dictamina un órgano que en dicho instante podría decirse es de la Comunidad Autónoma, sin que, por ello, se produzca, por tanto, vulneración de la autonomía reconocida a las Comunidades Autónomas por la Constitución.

El hecho de que el Consejo de Estado se nutra de los Presupuestos Generales del Estado en nada altera esta conclusión, pues también otros órganos de relevancia constitucional se nutren de dichos Presupuestos (por ejemplo el Tribunal de Cuentas, aunque dependa de las Cortes) sin que se plantee una posible vulneración de la autonomía de las Comunidades Autónomas cuando dicho Tribunal ejerce su fiscalización en relación con tales Comunidades Autónomas. Se trata en realidad de un órgano de relevancia constitucional que, con independencia del presupuesto de que se nutra, así como de su incrustación formal, funcionalmente (que es el aspecto definitivo) es independiente, ajeno a la Administración del Estado y a la Administración activa en general, a cuyo fin se le reconoce la autonomía precisa para hacer realidad dicha independencia funcional.

#### 4. *Inviabilidad de sostener que a través del Consejo de Estado se fiscaliza a las Comunidades Autónomas*

La consecuencia de todo ello es la imposibilidad de hablar de técnica de tutela de la Administración del Estado hacia la Comunidad Autónoma, a través del Consejo de Estado. Es inviable, máxime tras la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, mantener que el Consejo de Estado constituya un instrumento a través del cual la Ad-

ministración del Estado de alguna manera controla o fiscaliza la actuación de las Comunidades Autónomas, incidiéndose así en la autonomía de estas últimas. Como tuve ocasión de exponer en otro lugar, podrá preverse la intervención del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas de una manera más o menos amplia, o incluso si se quiere puede llegar a excluirse casi en su totalidad la exigencia del previo dictamen del Consejo de Estado cuando se trata de cuestiones relacionadas con competencias de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, lo que no podrá ya es, para argumentar a favor de tal exclusión, decir que, en caso contrario, se produciría una interferencia de la Administración Central en las Autonómicas. Creo que tales dudas han quedado ya definitivamente disipadas por el Alto Tribunal.

5. *Distinta intensidad del artículo 107 de la Constitución según se trate de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas*

No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional, concretamente en su Sentencia 204/1992, llega a una conclusión que creo de especial interés: el artículo 107 de la Constitución tiene mayor virtualidad frente al Gobierno Central. La explicación de esta aseveración consiste en que el citado precepto constitucional impone necesariamente la intervención del Consejo de Estado (en los términos previstos en su Ley Orgánica) en relación con la Administración Central, mientras que «no se puede deducir que la Constitución imponga la intervención consultiva del Consejo de Estado en relación con la actuación de los Gobiernos y Administraciones de las Comunidades Autónomas».

Podría decirse, por tanto, que la garantía de la intervención del Consejo de Estado no está prevista en la misma medida en relación con la Administración Central y con las Autonómicas, de tal forma que no sería contrario a la Constitución que la Ley Orgánica del Consejo de Estado, por ejemplo, no previera su intervención en relación con las Comunidades Autónomas, sin que tampoco, por ejemplo, en las normas sobre procedimiento administrativo común se dispusiera tal intervención. En tales casos, al menos desde un punto de vista constitucional, no se estaría vulnerando el artículo 107 de la Constitución, afirmación que no podría mantenerse en la misma medida si se tratara de la Administración Central.

6. *Una ley del Estado puede prever la intervención del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas: límites*

La intervención del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas puede venir establecida por una ley del Estado. Así lo afirma la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992, y más concretamente por la Ley Orgánica del Consejo de Estado. No obstante, el Alto Tribunal se cuida de establecer que la citada Ley Orgánica no es atributiva de competencias y debe respetar el Título VIII de la Constitución.

Por supuesto, una ley autonómica puede prever la intervención del Consejo de Estado, conclusión ésta lógica si se mantiene, como se ha hecho, la independencia funcional del Consejo de Estado y, en definitiva, que actúa como un órgano propio de la Comunidad Autónoma cuando se trata de asuntos de competencia de éstas. En cualquier caso, la exigencia de la intervención del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas a través de una ley estatal debe tener presente siempre el contenido del artículo 149.1.18 de la Constitución, en cuanto reconoce la competencia del Estado para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común. No sería respetuoso con el principio de autonomía de las Comunidades Autónomas que el Estado, fuera de sus competencias, impusiera a través de una ley estatal la intervención del Consejo de Estado en relación con materias de las Comunidades Autónomas (posibilidad ésta perfectamente admisible para las Comunidades Autónomas a través de una ley propia).

7. *Idea finalista de la intervención del Consejo de Estado: función garantizadora; posibilidad de su sustitución por órganos consultivos de las Comunidades Autónomas*

Un aspecto importante recogido en la Sentencia citada del Tribunal Constitucional 204/1992, y que ya había tenido reflejo previamente en el contenido de determinadas leyes (por ejemplo, en la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local), consiste en que lo que importa es la función garantizadora de la intervención del Consejo del Estado. Esa función garantizadora es predicable, no solamente frente a los administrados, que observarán cómo un órgano con autonomía orgánica y funcional emite con objetividad un dictamen en asuntos de su interés, sino también —y a veces se olvida— frente a la propia Administración, toda vez que, aunque en ocasiones puede resultar

molesto el Consejo de Estado, es preferible un buen consejo (aunque sea contrario a la pretensión del órgano activo), que una mera aquiescencia o justificación más o menos endeble del objetivo perseguido por dicho órgano activo.

Pues bien, en la interpretación de las relaciones entre el Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas debe latir necesariamente una idea finalista. No importa tanto —con las precisiones que a continuación diré— quién deba emitir el dictamen, cuanto que haya un órgano consultivo (autónomo) que cumpla la función garantizadora en el seno del procedimiento.

Sobre esta idea finalista, y con respeto a la capacidad de autoorganización de las Comunidades Autónomas, puede sustituirse la intervención del Consejo de Estado por el equivalente de la Comunidad Autónoma (si hubiera sido creado). En este aspecto, podría decirse que la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992 tiene una doble lectura:

— En primer lugar, declara constitucional el artículo 23, 2.º párrafo, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, en cuanto establece que «el dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes».

Es conocida la intensa y rica discusión doctrinal sobre el particular. Las posiciones (sistematizadas por ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Cívitas, 1991) han sido sustancialmente las siguientes:

a) Inconstitucionalidad del artículo 23, 2.º párrafo, por entenderlo contrario al principio de autonomía. Las Comunidades Autónomas tienen reconocida la autonomía por la Constitución, de tal manera que la Ley Orgánica del Consejo de Estado no puede imponer preceptivamente la emisión de un dictamen por parte de un órgano central en asuntos de competencia de las Comunidades Autónomas. Esta posición ha sido expresamente rechazada por el Tribunal Constitucional.

b) En el polo opuesto se ha sostenido que el artículo 23, 2.º párrafo, es perfectamente constitucional, toda vez que el Consejo de Estado es un órgano del Estado-Comunidad y, por tanto, no existe técnica de tutela alguna cuando interviene en relación con las Comunidades Autónomas. Como hemos dicho, la Administración central no fiscaliza a las Comunidades Autónomas indirectamente a través del Consejo de Estado.

c) Se ha sostenido que el citado artículo 23, párrafo 2.º, de la

Ley Orgánica del Consejo de Estado es aplicable únicamente en relación con competencias transferidas en virtud del artículo 150.2 de la Constitución, posición ésta que ha sido expresamente rechazada también por el Alto Tribunal al señalar que el referido artículo 23 no hace suya la distinción en función de las competencias asumidas. Sostiene en este sentido que «en efecto, y aunque este párrafo pueda admitir distintas interpretaciones gramaticales [se refiere al artículo 23, párrafo 2.º], como se ha puesto de relieve en el debate doctrinal y jurisprudencial sobre el mismo, no es ni mucho menos evidente que se esté refiriendo o pueda estar refiriéndose tan sólo a algunos tipos de competencias de las Comunidades Autónomas, según su origen, y no a las demás. Antes al contrario, las competencias correspondientes que el precepto menciona parecen referirse a todas aquellas que hayan sido asumidas por las Comunidades Autónomas, sin que la ley distinga entre las asumidas por vía estatutaria o a través de las formas previstas en el artículo 150 CE». En otras palabras, no cabe discriminar la intervención del Consejo de Estado en función de la materia asumida o la vía seguida para su asunción.

d) También se ha mantenido, por último, que el dictamen del Consejo de Estado solamente era exigible (tratándose de una actividad reglamentaria) en relación con los reglamentos autonómicos de leyes estatales. Esta ha sido precisamente la postura que sostuvo durante cierto tiempo el propio Consejo de Estado e incluso el Tribunal Supremo en algunas sentencias.

El Tribunal Constitucional, de alguna manera, ha zanjado esta rica polémica afirmando la plena constitucionalidad del artículo 23 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

— Pero por otro lado, la citada Sentencia 204/1992 tiene otra lectura que no cabe desconocer y que consiste en la posibilidad de sustituir en bloque, en asuntos de competencia de la Comunidad Autónoma, la intervención del Consejo de Estado por el equivalente de la Comunidad Autónoma. Esta conclusión es congruente con la referida interpretación finalista (correcta a mi juicio) que debe presidir este ámbito. Como digo, lo importante es que exista la garantía y que la preste un órgano adecuado para ello, aunque pueda no ser el Consejo de Estado.

Evidentemente, la posibilidad de sustituir en bloque la intervención del Consejo de Estado por el equivalente de la Comunidad Autónoma es viable salvo que la Constitución directamente, los Estatutos de Autonomía (como acaece por ejemplo con el de Andalucía) o la

propia ley autonómica prevean la intervención del Consejo de Estado, supuestos en los que ya no será admisible —y así lo reconoce el Tribunal Constitucional— la sustitución en dichas materias del Consejo de Estado por el órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Cabría añadir, asimismo, aquellos supuestos en los que una ley estatal así lo disponga, dentro del marco establecido en el artículo 149.1.18 de la Constitución.

#### 8. *Los órganos consultivos «homologables»*

La consecuencia lógica de esta idea finalista y, por tanto, de la posibilidad de sustitución en bloque del Consejo de Estado, consiste en que el órgano consultivo de la Comunidad Autónoma que vaya a sustituirle deba reunir determinadas características. No es difícil adivinar la preocupación que late en este sentido en la Sentencia citada 204/1992, en la que se habla de dicho órgano consultivo de la Comunidad Autónoma como «equivalente» al Consejo de Estado, «semejante», «de características parecidas», y el Tribunal Supremo (por ejemplo su Sentencia citada de 14 de enero de 1992) habla incluso más claramente de órgano consultivo «homologable» al Consejo de Estado.

Es evidente que si dicho órgano consultivo no reúne las características específicas para hablar propiamente de un órgano consultivo en sentido estricto, no se estaría alcanzando la garantía que se pretende y, con ello, se estaría incluso vulnerando la propia Ley Orgánica del Consejo de Estado (e indirectamente la Constitución) en cuanto dispone la intervención del Consejo de Estado (de un órgano consultivo genuino en definitiva) en relación con determinadas materias.

Constituye éste un problema de solución casuística, debiendo analizarse caso por caso si el órgano consultivo de la Comunidad Autónoma que pretenda sustituir al Consejo de Estado es o no homologable a éste. En cualquier caso, creo de interés dar determinadas pautas que deberán tomarse en consideración ante la eventual creación de órganos consultivos por las Comunidades Autónomas:

— Deberán gozar de autonomía, lo que implica evitar la confusión órgano activo/órgano consultivo. No podría considerarse como un órgano homologable al Consejo de Estado (precisamente porque no goza de autonomía y de la separación precisa que caracteriza a los órganos consultivos), por ejemplo, una Comisión de Secretarios Técnicos. Así lo señaló el Tribunal Supremo en su citada Sentencia

de 14 de enero de 1992, al establecer precisamente que una Comisión de Secretarios Técnicos del Principado de Asturias no era en modo alguno homologable al Consejo de Estado, solución ésta plenamente acertada. Frente a lo que inicial y erróneamente podría pensarse, no se trata simplemente de que un órgano informe o dictamine antes de tomar la decisión, sino que ese órgano —se insiste— tiene que tener unas características precisas.

— Deberá gozar de una estructura colegiada. No puede hablarse estrictamente de órgano consultivo genuino si dicho órgano es de carácter unipersonal. La propia finalidad de reunir distintas opiniones o visiones en el seno de un mismo órgano no existiría evidentemente si se tratara de un órgano unipersonal.

— Además, los miembros de dicho órgano deben gozar de una garantía de inamovilidad, al menos durante un tiempo mínimo razonable (que, a mi juicio, debería exceder de una legislatura), precisamente para garantizar la neutralidad. Si se previera una amovilidad amplia de los miembros del órgano consultivo, podría llegar a negarse el carácter equivalente u homologable del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma correspondiente.

— Por último, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992 —adelantándose de alguna manera a la previsible proliferación de estos órganos—, deberán ser «de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica».

Para concluir este aspecto no tengo por menos que insistir, al menos desde el punto de vista de la oportunidad, sobre la improcedencia de que proliferen, especialmente tras la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992, órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, que no van a constituir en muchas ocasiones sino una duplicidad innecesaria en una época en la que precisamente se intenta racionalizar la Administración a través de técnicas como la de la delegación intersubjetiva, sistema de préstamo de órganos, etc. Quizá habría que insistir en la invitación a conocer el Consejo de Estado, sus potencialidades y, finalmente, un aspecto también importante, especialmente en época de crisis, como es que el Consejo de Estado, cuando interviene en relación con las Comunidades Autónomas, es un órgano de las Comunidades Autónomas que, además, no le supone a éstas coste alguno, pues se nutre de los Presupuestos Generales del Estado.

## V. FUNCIÓN ARBITRAL DEL CONSEJO DE ESTADO: UNA VISIÓN DE FUTURO

No quiero concluir sin hacer una brevísima referencia a un aspecto del Consejo de Estado en el que espero se incida en un futuro próximo. Consiste en potenciar su posible función arbitral, aspecto que ya ha sido puesto de manifiesto por algún sector de la doctrina, pero en el que creo necesario insistir, especialmente en una época en la que los Tribunales se encuentran absolutamente desbordados. La posibilidad de concluir controversias entre la Administración y los administrados a través de un laudo adoptado por el Consejo de Estado, es, además, congruente con la propia idea que late en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto que se fomentan las conciliaciones, mediaciones, pactos y, en fin, incluso las terminaciones convencionales.

Pues bien, dentro de este espíritu se inserta perfectamente la posibilidad de reconocer al Consejo de Estado una función arbitral, para lo cual, a mi juicio, sería preciso tener presentes, al menos inicialmente, los dos aspectos siguientes: por un lado, la función arbitral del Consejo de Estado debería referirse a sectores perfectamente delimitados, en los que pudiera experimentarse su viabilidad y efectividad real, para, posteriormente, ir ampliándolo a otros sectores; por otro, debería tratarse de un arbitraje con sometimiento obligado para una de las partes, concretamente para la Administración. Es decir, si el administrado voluntariamente quiere someter a la decisión arbitral del Consejo de Estado una controversia surgida, por ejemplo, en relación con un contrato administrativo, la Administración debería quedar vinculada a ese arbitraje y, en definitiva, al laudo que en su momento pudiera dictar el Consejo de Estado. Sin perjuicio de que pueda ahondarse en este camino en el caso de que el legislador finalmente acoja esta propuesta, lo cierto es que sería ilusorio pretender someter a arbitraje posibles controversias entre la Administración y los administrados si previamente exigimos el sometimiento voluntario de ambas partes, pues de todos es conocida la dificultad que existiría para que la Administración formase válidamente su voluntad de someterse a un arbitraje.

