

ORGANOS CONSULTIVOS (*)

POR

TOMÀS FONT I LLOVET

Profesor titular de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. CONCEPTO DE ÓRGANO CONSULTIVO.—III. CLASES DE ÓRGANOS CONSULTIVOS: 1. *Tipología general*. 2. *Organos institucionalizados en la función consultiva*. 3. *Organos de apoyo inmediato*. 4. *Organos consultivos y de representación de intereses*.—IV. LA ACTIVIDAD CONSULTIVA: 1. *Objeto*. 2. *Régimen jurídico desde la perspectiva procedimental*. 3. *Actos consultivos de órganos colegiados*. 4. *Consultas preceptivas e informes vinculantes*.—V. EL CONSEJO DE ESTADO: 1. *Regulación actual*. 2. *Naturaleza*. 3. *Composición y organización*. 4. *Competencia*. 5. *Problemática actual*.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PRELIMINAR

Entre las distintas clasificaciones de que pueden ser objeto los órganos administrativos, una de las más usuales es aquella que los divide en órganos activos, consultivos y de control (1). Se trata de una clasificación que atiende a un criterio funcional, es decir, a la naturaleza de la función que el ordenamiento atribuye a cada uno de los órganos que componen la estructura administrativa.

Si se acepta tal distinción y, en consecuencia, se reconoce sustantividad propia a la categoría de órganos consultivos, puede ya establecerse que el elemento que caracteriza al propio concepto de órgano consultivo es la naturaleza de la actividad desarrollada por este tipo de órganos, es decir, la actividad consultiva.

La existencia de una específica función consultiva dentro del conjunto de las actividades de los poderes públicos no suscita discusión alguna (2). Ello es así tanto al nivel estrictamente adminis-

(*) El presente trabajo se ha realizado para la correspondiente voz de la «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix». Agradezco la amabilidad de su director, don Buenaventura Pellisé, que me ha permitido reproducirlo en esta REVISTA.

(1) Vid., por todos, J. A. GARCÍA-TREVILJANO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2.ª ed., Madrid, Editorial «Revista de Derecho Privado», 1971, tomo II, vol. I, pág. 222, y R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, 8.ª ed., Madrid, Tecnos, 1983, tomo I, vol. 2, pág. 50, así como la voz *Organos Administrativos* de J. A. SANTAMARÍA, en esta misma Enciclopedia.

(2) Vid. los estudios ya clásicos de P. CORSO, *La funzione consultiva*, Padova, 1942, y GASPARRI, *L'attività consultiva*, Pisa, 1942.

trativo como en el ámbito de la organización política estatal de carácter general. En relación con este último aspecto, recuérdese que el artículo 92.1 de la Constitución establece que «las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos» (3), con lo que se prefigura la existencia de un órgano político de carácter consultivo constituido por el conjunto de los ciudadanos convocados a referéndum. No obstante, vamos a dejar de lado este fenómeno para centrarnos en los órganos consultivos de naturaleza administrativa.

Los órganos consultivos ocuparon un destacado papel en la organización administrativa del Estado del Antiguo Régimen. El ejercicio regio del poder absoluto se apoyaba en la labor de los distintos Consejos que rodeaban a la figura del monarca de manera que estos organismos constituían la verdadera estructura del aparato administrativo y de ellos surgieron, precisamente, los órganos unipersonales político-administrativos de carácter superior (4). Pero los Consejos de la monarquía no se limitaban a desarrollar una labor de consulta y asesoramiento, sino que ejercían también funciones de naturaleza jurisdiccional y administrativa. Esta última función, no obstante, fue pasando progresivamente a manos de los órganos unipersonales (5), de manera que, entrado ya el siglo XIX, se detecta en la estructura administrativa española la presencia de una organización casi exclusivamente consultiva que mantiene, con todo, funciones jurisdiccionales, primero bajo el sistema de la justicia administrativa retenida y luego ya de forma delegada. El Consejo de Estado, que es el núcleo de esta organización, perdería, en fin, toda función jurisdiccional para quedar en órgano supremo de naturaleza estrictamente consultiva.

Esta brevísima alusión histórica sirve para destacar el arraigo de la función consultiva, que se ha consolidado ahora en la posición del Estado contemporáneo, si bien, como veremos, con unas caracte-

(3) Véase la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de regulación de las distintas modalidades de referéndum. En relación con ella, véase, entre otros, M. RAMÍREZ, «Democracia directa y Constitución: Problemática y desarrollo legislativo», en el volumen por él dirigido *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Zaragoza, Ed. Pórtico, 1982.

(4) Véanse, con carácter general, la obra ya clásica del conde de TORREANAZ, *Los Consejos del Rey durante la Edad Media*, Madrid, 2 tomos, 1884-1890, y el completo estudio histórico de J. M. CORDERO DE TORRES en su libro *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944.

(5) Vid J. A. ESCUDERO, *Los Secretarios de Estado y del Despacho*, 2.ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976.

terísticas particulares que derivan tanto de la configuración jurídica del Estado social de Derecho como de las modernas técnicas de organización administrativa.

II. CONCEPTO DE ÓRGANO CONSULTIVO

Habida cuenta de estas consideraciones iniciales, una primera aproximación al concepto de órgano consultivo nos conduce a afirmar que se trata de aquel órgano administrativo al que el ordenamiento le atribuye con carácter permanente la función de aconsejar, asesorar y suministrar elementos de juicio a los demás órganos de la Administración Pública y, de forma señalada, a los órganos activos que manifiestan la voluntad resolutoria de la Administración.

Sobre la base de esta definición elemental, pueden excluirse ya del concepto estricto de órganos consultivos aquellos órganos de la Administración que prestan información y asesoramiento a los ciudadanos —oficinas de información al público previstas en el artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo—, cuya actividad, por lo general, carece de relevancia jurídica, excepto cuando la información se emite en forma de certificado, al que el ordenamiento puede atribuir determinados efectos jurídicos (6). De todos modos, bien podría entenderse que en tales supuestos el órgano administrativo no formula juicios u opiniones, que es lo propio de la actividad consultiva, sino que declara el conocimiento de unos datos que obran en su poder.

En segundo lugar, también es ajeno a nuestro tema el fenómeno de la participación consultiva o informativa de los ciudadanos dentro de un procedimiento administrativo: encuestas previas a la iniciación de un procedimiento, períodos de información pública durante su tramitación, emisión de informes por organismos o entidades privadas no integradas en la organización administrativa, etc. En todos estos supuestos se formulan opiniones o juicios, pero los mismos no proceden de órganos administrativos y, por consiguiente, no son imputables a ningún sujeto público. Estructuralmente distinta a esta participación funcional es el fenómeno de la participación

(6) Es el caso, por ejemplo, de los certificados de información sobre aprovechamiento urbanístico regulados en el artículo 44 de la Ley catalana de 9 de enero de 1984, sobre Medidas de adecuación del Ordenamiento urbanístico de Cataluña, y en los artículos 176 y sigs. de su Reglamento, certificados cuyo contenido vincula a la Administración en el momento de otorgar la oportuna licencia.

orgánica, en la que los elementos externos a la Administración se integran o incrustan en la propia organización pública. Cuando dicha organización ejerce funciones consultivas estaremos en presencia de verdaderos órganos consultivos, si bien por su especial composición ofrecen una problemática peculiar, de la que nos ocuparemos más adelante.

Para completar esta elemental delimitación conceptual conviene recordar que en la estructura administrativa contemporánea son muy numerosos los órganos que sólo parcialmente son consultivos, es decir, que el ordenamiento, junto a las funciones de naturaleza consultiva, les asigna funciones de administración activa de diverso signo —ya sean resolutorias y de carácter externo, ya sean de planificación, coordinación, propuesta, etc. Así, por ejemplo, la Ley de Reforma Universitaria, en su artículo 23, señala que «al Consejo de Universidades le corresponden las funciones de ordenación, coordinación, planificación, propuesta y asesoramiento que le atribuye la presente Ley». Por otra parte, los órganos consultivos de composición o estructura participada, a los que se ha aludido, aun en el caso que formalmente sólo tengan atribuidas funciones consultivas, en la realidad suelen desarrollar simultáneamente otra importante función cual es la de composición o integración de los intereses representados. Todas estas circunstancias dificultan el análisis global de la Administración consultiva, que se verá matizado y relativizado por la heterogeneidad de los supuestos que incluye.

III. CLASES DE ÓRGANOS CONSULTIVOS

Según se acaba de indicar, la tipología de los órganos consultivos puede llegar a ser muy variable. Este dato podría justificar la necesidad de proceder una exhaustiva clasificación de los órganos consultivos, que derivaría inmediatamente en una suma de clasificaciones dispares de discutible utilidad dogmática. Además, a los órganos consultivos les son de aplicación las clasificaciones generales de los órganos administrativos, excepción hecha, naturalmente, de aquella que da vida justamente a la propia categoría de órganos consultivos (7). Vamos a limitarnos, por tanto, a poner de relieve única-

(7) Me remito, en consecuencia, a las diversas tipologías elaboradas por la doctrina, de las que son suficientemente indicativas las contenidas en las obras citadas en la nota 1.

mente los tipos de órganos consultivos más significativos, anunciando ya de antemano que se descarta voluntariamente toda pretensión de complitud.

1. *Tipología general*

Puede ser interesante, en este sentido, recoger el ensayo que realizó GARCÍA DE ENTERRÍA (8), quien distingue, en primer lugar, los órganos institucionales en la función consultiva de aquellos otros que se constituyen *ad hoc* para atender una consulta determinada. Los primeros tienen asignada la función consultiva con carácter permanente y general, mientras que los segundos suelen ver limitada su actividad tanto temporalmente como por la materia específica sobre la que deben informar. Ejemplo de estos últimos serían las comisiones o comités de encuesta, de investigación, de propuesta, etc., que elevan sus conclusiones en forma de dictamen o informe. La primera de las categorías citadas, la de los órganos institucionalizados o permanentes, es la que incluirá la mayor parte de los órganos consultivos integrados en la estructura estable de la Administración Pública. Junto a los dos tipos señalados, el citado autor añade una tercera manifestación de la actividad consultiva, que genéricamente denomina «informaciones», y que englobaría tanto las informaciones públicas que pueden introducirse en un procedimiento administrativo como las consultas solicitadas a organismos portadores de intereses —Cámaras Oficiales, Colegios Profesionales, etc.— y los informes emitidos por órganos de la Administración activa con competencias o intereses conexos con la cuestión a decidir por otro órgano. Como puede apreciarse, esta heterogénea categoría hace referencia más bien a las formas de la actividad consultiva (perspectiva funcional) y no tanto a los órganos consultivos (perspectiva orgánica), pero no deja de tener su interés, como comprobaremos más adelante.

(8) En su trabajo «Estructura orgánica y administración consultiva», incluido en su libro *La Administración española*, 3.ª ed., Madrid, Alianza Ed., 1972, pág. 136. Otra tipología, aunque de escasa funcionalidad, en Y. WEBER, *L'Administration consultative*, París, LGDJ, 1968, págs. 62-69.

2: *Organos institucionales en la función consultiva*

Centrándonos ya en los órganos consultivos más genuinos, es decir, los que desarrollan la función consultiva con carácter permanente e institucionalizado, cabe formular una ulterior distinción que contempla con todo realismo la fenomenología presente en la actual organización administrativa. Se trata de una clasificación que atiende simultáneamente a criterios funcionales y estructurales.

De acuerdo con ello, puede identificarse, en primer lugar, el tipo clásico de órgano consultivo consolidado por el sistema napoleónico, que ofrece por lo general una composición colegiada y cuyos miembros son portadores de especiales conocimientos técnicos o de una particular experiencia administrativa. Los órganos de este tipo se encuentran formalmente separados de los órganos de la Administración activa a los que deben asesorar, y el ejercicio de su actividad consultiva suele realizarse previa consulta, de manera solemne, por escrito, y en forma de dictamen. El Consejo de Estado sería el ejemplo más significativo de esta clase de órganos consultivos. Es cierto, no obstante, que también los órganos unipersonales son susceptibles, en ocasiones, de ser encuadrados en el anterior esquema, como sucede con las Asesorías jurídicas y económicas de los distintos Departamentos ministeriales, cuya actividad asesora se manifiesta en la forma indicada.

La figura del Consejo de Estado, por su relevancia, será objeto de estudio específico en un epígrafe posterior. En cuanto a la actividad consultiva de las Asesorías jurídicas ministeriales, basta señalar que ha sido desempeñada tradicionalmente por los abogados del Estado (9), bajo un régimen de profesionalidad y de independencia respecto de los órganos activos común en prácticamente todos los países que gozan de este tipo de asistencia jurídica (10),

(9) Véase, sobre sus orígenes, S. MARTÍN-RETORTILLO, *La creación de la Dirección General de lo Contencioso*, núms. 100-102 de esta REVISTA, vol. III, 1983, págs. 1875 y sigs.; según anuncia el autor, este trabajo forma parte de una obra más amplia sobre el Cuerpo de Abogados del Estado, de próxima publicación.

(10) Para un conocimiento exhaustivo de dicha labor asesora ejercida por los abogados del Estado o instituciones similares de los distintos países, véanse las ponencias al II Congreso Jurídico Internacional organizado por el Cuerpo de Abogados del Estado bajo el título *La asistencia jurídica de la Administración del Estado en el ejercicio de la función consultiva*, Madrid, 1983, vol. 2, y en él, para el ordenamiento español, la ponencia *La función de asesoramiento jurídico prestada en España por los Abogados del Estado*, págs. 233-258. Por su parte, GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pág. 23, entiende que el asesoramiento prestado por las Abogacías del Estado y por las Asesorías Jurídicas no se produce

aunque dependientes funcionalmente, igual que las Abogacías del Estado en la Administración Periférica, de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. El Real Decreto 850/1985, de 5 de junio, ha reorganizado los Servicios Jurídicos del Estado y con ellos los que desempeñaban la función consultiva de asesoramiento en Derecho, pasando ahora de la órbita del Ministerio de Hacienda, donde tradicionalmente venían encuadrados funcionalmente, al ámbito del Ministerio de Justicia. Conviene señalar que esta reorganización deriva de la unificación del Cuerpo de Abogados del Estado con otros cuerpos de letrados llevada a cabo por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y que ha sido desarrollada, en este punto, por el Real Decreto 849/1985, de 5 de junio, que regula el Cuerpo Superior de Letrados del Estado, resultante de la citada unificación.

3. *Organos de apoyo inmediato*

En la actualidad es ya unánime la opinión de que el anterior tipo de órganos consultivos —especialmente los de estructura colegial— no siempre resulta adecuado para solventar las necesidades de asesoramiento constante e inmediato que requieren los altos órganos de la Administración activa y, en este sentido, las modernas técnicas de organización administrativa han ido dando cuerpo a una nueva forma de estructurar y de desarrollar la labor de asesoramiento bajo unos presupuestos distintos. Se trata de los denominados órganos de *staff* o de Estado Mayor (11), que se encuentran formalmente insertos dentro de la estructura de la Administración activa, pero al margen de la estricta línea jerárquica. La funcionalidad de este tipo de órganos es bien distinta de la de los órganos consultivos clásicos. En efecto, si estos últimos, como hemos dicho, se relacionan con los órganos activos de una manera solemne, formalizada, distanciada, no permanente y en relación con consultas concretas, la técnica del *staff*, que bien podríamos denominar «organización de apoyo», presupone un contacto inmediato y constante entre el órgano activo y el asesor. La actividad de este último es permanente por cuanto no requiere consulta previa, sino que puede actuar a iniciativa propia;

con el suficiente distanciamiento del órgano activo, por lo que entiende que se trata de órganos de *staff*, a los que nos referiremos a continuación.

(11) Vid. las interesantes apreciaciones de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estructura orgánica y Administración consultiva*, cit. en la nota 8.

es informal, ya que no se expresa en el dictamen solemne, sino que, incluso, puede manifestarse oralmente debido a la proximidad entre los dos órganos, y es, en definitiva, general, puesto que no está limitada por los términos de una consulta formal. Además, el contenido mismo de la actividad consultiva de estos órganos excede de la estricta formulación de un juicio u opinión, ya que, por regla general, desarrollan al mismo tiempo funciones de estudio, informe, propuesta, recogida de información y documentación, etc., esto es, una genérica labor de asistencia y apoyo que, a pesar de todo, coincide sustancialmente en su objeto con la función de los demás órganos consultivos, es decir, auxiliar a los órganos activos en la adopción de sus resoluciones.

Naturalmente, esta moderna versión de los órganos consultivos reviste múltiples variantes. Así, pueden ser de estructura unipersonal o bien colectiva, si bien en este último supuesto el funcionamiento interno no acostumbra a seguir las reglas de la formación de la voluntad de los órganos colegiados, sino que se permite la actuación individualizada de cada uno de sus miembros. En cualquier caso, las características de estos órganos de apoyo facilitan la expresión de un asesoramiento no sólo estrictamente técnico o técnico-jurídico, sino también con matices técnico-políticos, más acordes con la naturaleza de la actividad a la que deben prestar asistencia.

Nuestra organización administrativa actual contempla varios ejemplos de estos centros de apoyo y asesoramiento. Se acostumbra a señalar, como buena muestra de los mismos, a las Secretarías Generales Técnicas de los Departamentos, generalizadas a partir de 1956 y reguladas en el artículo 19 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, donde se les asigna, entre otras, las funciones de asistencia técnica y administrativa a los ministros (12). Más recientemente han adquirido un papel relevante los denominados Gabinetes, concebidos como órganos específicos de asistencia política y técnica a los altos cargos del Gobierno y de la Administración y que probablemente responden con mayor fidelidad a la idea genuina del *staff* que las propias Secretarías Generales Técnicas. Como se ha dejado dicho, este tipo de órganos desarrollan una tarea de asesoramiento y auxilio general que alcanza a todas las vertientes de la actividad político-administrativa de los altos órganos de man-

(12) Vid. A. CARRO MARTÍNEZ, «Secretarías Generales Técnicas», en el volumen colectivo *Estudios de Derecho Administrativo. Libro jubilar del Consejo de Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1972, págs. 259 y sigs.

do (13). En nuestro ordenamiento positivo, el Gabinete fue incluido entre los órganos de apoyo al presidente del Gobierno contemplados en el Real Decreto 2761/1977, de 28 de octubre, y posteriormente regulado por Decreto de 1 de septiembre de 1978. En la actualidad, la Ley 10/1983, de 16 de agosto, de Organización de la Administración Central del Estado prevé la existencia de un Gabinete de la Presidencia del Gobierno, «órgano de asistencia política y técnica» que ha de prestar especial auxilio al presidente y al vicepresidente del Gobierno en el desempeño de sus funciones (art. 16), así como de los correspondientes Gabinetes de los ministros y secretarios de Estado (art. 10) (14). Debe señalarse, en fin, que en la mayoría de las Comunidades Autónomas se han creado también los Gabinetes de sus respectivas Presidencias (Andalucía, La Rioja, Canarias) e incluso de los consejeros (Aragón), con similares funciones de asistencia y apoyo.

4. *Organos consultivos y de representación de intereses*

Una categoría distinta a las mencionadas hasta ahora es la constituida por aquellos órganos consultivos que, presentando una formación colegiada, obedecen en su composición a criterios representativos. Es decir, se trata de órganos cuyos miembros, o al menos parte de ellos, no son designados por la Administración activa en razón de sus conocimientos cualificados o de su experiencia administrativa, como sucede por lo general en los colegios consultivos técnicos constituidos por «expertos» (Consejo de Estado, Consejo de Obras Públicas, etc.), sino que proceden de la elección o designación llevada a cabo por organizaciones públicas o privadas, portadoras de determinados intereses, a los que representan en el seno del colegio.

Como se comprenderá enseguida, la función institucional de consulta o asesoramiento que desarrollan este tipo de órganos reviste una significación peculiar sustancialmente distinta de la desarrollada por los órganos consultivos anteriormente estudiados. En el

(13) Con carácter general, véase G. THUILLIER, *Les cabinets ministériels*, París, PUF, 1982.

(14) La ordenación de estos Gabinetes había sido ya desarrollada por el Real Decreto 3773/1982, de 22 de diciembre, sobre la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno, y por el Real Decreto 3775/1981, de la misma fecha, que fija la estructura y el régimen del personal de los Gabinetes de los ministros y secretarios de Estado.

caso presente, nos hallamos ante una importante manifestación del fenómeno de la participación en la Administración, formalizada aquí a través de la inclusión de los portadores de intereses externos dentro de la organización administrativa. La particularidad de este supuesto radica en que el órgano público que integra a dichos representantes no tiene atribuidas funciones resolutorias o de control, expresión máxima de esa participación orgánica, sino únicamente consultivas.

La difusión de este tipo de órganos consultivos participados se corresponde con el progresivo desarrollo del Estado intervencionista en el ámbito económico y de las prestaciones sociales (15), y constituye en la actualidad una característica de la organización del Estado social y democrático avanzado (16). A través de la consulta a estos órganos, la Administración activa puede integrar dentro del interés público que genéricamente sirve a una serie de intereses colectivos, difusos o sectoriales, según los casos, de los que son portadores determinados grupos u organizaciones sociales (usuarios, consumidores, sindicatos, etc.) representados en el colegio consultivo.

Presentado así el fenómeno, deben formularse inmediatamente algunas precisiones. Por una parte, indicar que estas técnicas participativas pueden llegar a desvirtuar la legitimación de la Administración en la legalidad, y por tanto en los órganos institucionales democráticos, produciéndose una desviación hacia una hipotética socialización de la organización administrativa (17). Por otro lado, existe el riesgo evidente de que la participación de estos grupos sociales, aun en forma de consulta, en la toma de las decisiones administrativas, produzca una integración o corresponsabilización de aquéllos en éstas, disminuyendo así la capacidad de defensa de los intereses representados (18).

(15) Vid. el temprano trabajo de JORDANA DE POZAS, «Ensayo sobre la Administración consultiva de fomento en España (1917)», recogido en *Estudios de Administración Local y General*, Madrid, IEAL, 1961, págs. 431 y sigs.

(16) Véase, en general, F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milán, 1974, así como el libro ya citado de Y. WEBER, *L'administration consultative*.

(17) Esta observación alcanza su mayor significado cuando se refiere a la participación en órganos resolutorios y no meramente consultivos. Véase, en tal sentido, L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración Pública*, Madrid, Civitas, 1983, págs. 10 y sigs.

(18) Se trata de una opinión cada vez más aceptada. Véase, entre otros, J. CHEVALIER, *La participation dans l'Administration française. Discours et pratique*, «Revue d'Administration Publique», núm. 37, 1976, pág. 117; a quien sigue M. SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Madrid, CEC,

Conviene señalar, asimismo, que los órganos consultivos participados presentan una tipología muy variada. Frente a los supuestos normales de participación externa, pueden destacarse aquellos colegios cuyos miembros representan a organizaciones portadoras de intereses generales, es decir, a otras Administraciones Públicas distintas de la que ostenta el interés general primario al que sirve la función consultiva. De esta forma se produce en el seno del órgano consultivo y en el ejercicio de la correspondiente actividad un fenómeno de colaboración entre Administraciones Públicas, que puede favorecer la obtención de resultados coordinados o cooperativos de particular interés en sistemas organizativos descentralizados (19). Un ejemplo reciente de ello se encuentra en el artículo 58.1 de la Ley de Bases de Régimen Local, de 2 de abril de 1985, que dispone lo siguiente: «Las leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas podrán crear, para la coordinación administrativa, órganos de colaboración de las Administraciones correspondientes con las Entidades Locales. Estos órganos, que serán únicamente deliberantes o consultivos, podrán tener ámbito autonómico o provincial y carácter general o sectorial.»

En cuanto a los órganos consultivos formados con representantes de intereses sociales difusos o colectivos, se ha destacado la diversidad de supuestos que pueden producirse (20): representación de una única categoría de intereses, de varias categorías de intereses más o menos homogéneos, representación de intereses contrapuestos (por ejemplo, empresarios y trabajadores), composición tripartita de representantes de intereses contradictorios y de la propia Administración, etc. Naturalmente, la labor consultiva difiere, en su efectividad, en cada uno de los casos citados, ya que, en presencia de una única categoría de intereses, es fácil derivar en una intervención corporativa, mientras que la concurrencia de intereses contrapuestos exige que se realice, en el seno del órgano consultivo, una composición e integración de los mismos antes de elevar la opinión del citado órgano de la Administración resolutoria.

1980, concretando para la participación consultiva en págs. 207 y sigs.; también, M. CAMELLI, *Amministrazione e interessi organizzati nell'ordinamento italiano: gli organi di partecipazione*, ponencia en las «III Jornadas Jurídicas» de la Facultad de Derecho de Lérida, 1985.

(19) La relación entre organización consultiva y organización descentralizada ha sido estudiada, entre otros, por A. MARTÍNEZ MARÍN en *Consultas administrativas y sistema político-administrativo en Italia*, «DA», 189, 1981, y en *Sistema político-administrativo y Administración consultiva en Bélgica*, «DA», 195, 1982.

(20) Así, SÁNCHEZ MORÓN, *La participación...*, cit., págs. 215 y sigs.

No es necesario extenderse más sobre este tipo de órganos consultivos, radicando su sustantividad en la función participativa que desempeñan, tema éste que excede de nuestro objeto de estudio (21). Baste señalar que nuestro ordenamiento actual contempla un gran número de órganos consultivos de este signo. Por limitarnos al nivel superior recuérdese que la propia Constitución, en su artículo 131.2 prevé la creación de un Consejo que facilite el asesoramiento y la colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas en la elaboración por el Gobierno de los proyectos de planificación de la actividad económica general (22), modelo éste que se ha seguido también en alguna Comunidad Autónoma (23). Y es precisamente en el ámbito de las Comunidades Autónomas donde se está desarrollando un gran impulso a la creación de órganos consultivos participativos de variada índole, con lo que se confirma una de las razones que justifican el sistema autonómico, a saber: la aproximación de la Administración a la sociedad y la participación de ésta en aquélla (24).

En fin, indicamos la existencia en nuestra organización administrativa de algunos órganos consultivos que son simultáneamente de participación de intereses externos y de colaboración entre Administraciones Públicas. Tal es el caso del Consejo Superior de la Función Pública, creado por la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984 y definido en su artículo 6.1 como «el órgano superior colegiado de coordinación y consulta de la política de Función Pública, así como de participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas» (25).

(21) Para el mismo, me remito a las obras citadas en la nota 18, a las que puede añadirse el trabajo de M. SÁNCHEZ MORÓN, *El principio de participación en la Constitución española*, núm. 89 de esta REVISTA, 1979, págs. 171 y sigs.; y, más en general, el de S. MUÑOZ MACHADO, *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración*, núm. 84 de esta REVISTA, 1977, págs. 519 y sigs.

(22) Consejo, todavía no constituido, que se corresponde con los denominados Consejos Económicos y Sociales generalizados en las democracias europeas y sobre cuya utilidad es común mantener serias dudas. Vid., por ejemplo, SÁNCHEZ MORÓN, *El principio de participación en la Constitución*, cit., pág. 203.

(23) Véase la Ley vasca 4/1984, de 15 de noviembre, sobre el Consejo Económico y Social Vasco, «ente consultivo del Gobierno para hacer efectiva la participación de los distintos intereses económicos y sociales en la política económica».

(24) Sirvan de ejemplo los organismos creados en el ámbito laboral, para las cuales pueden verse, entre otros, A. MARTÍN VALVERDE y F. RODRÍGUEZ SAÑUDO, «Los Consejos de Trabajo y de Relaciones Laborales de Cataluña, País Vasco y Andalucía», en la obra colectiva *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, Madrid, IEF, 1984, vol. III, págs. 1781 y sigs.

(25) Para un completo análisis, referido al caso italiano, de las diversas funciones consultivas, participativas, de relación, etc., que se producen en los órganos

IV. LA ACTIVIDAD CONSULTIVA

Ya se ha indicado al inicio de este estudio que el concepto mismo de órgano consultivo viene determinado por la naturaleza de la actividad o función que el ordenamiento atribuye a esta clase de órganos. Procede ahora, en consecuencia, detenerse brevemente en el análisis del régimen jurídico de la función consultiva (26).

Hay que significar, en primer lugar, no obstante, que en determinados supuestos el ejercicio de la actividad consultiva, desde un punto de vista formal, presenta escasa relevancia para el Derecho. Ello es así especialmente cuando tal actividad se produce de manera informal, es decir, más correctamente, al margen de un procedimiento formalizado, lo que ocurre en la mayor parte de las actuaciones de los órganos de apoyo o *staff* de los altos cargos, cuya inmediatez al órgano activo, sobre todo en el caso de los Gabinetes, les permite prestar su consejo o asesoramiento sin que éste tenga, en sí mismo, trascendencia externa alguna. Un caso distinto se presenta, en cambio, cuando el ordenamiento prevé expresamente la intervención consultiva de uno de estos órganos dentro de un procedimiento. Es lo que ocurre con las Secretarías Generales Técnicas, que, de acuerdo con el artículo 130.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, deberán informar los proyectos de disposición de carácter general. En estos supuestos, el informe del órgano de apoyo adquiere la relevancia jurídica propia de la actividad consultiva ordinaria, esto es, la desarrollada por los órganos institucionalizados en el ejercicio permanente de la función consultiva, y que a continuación veremos en sus trazos más significativos.

Se admite con carácter general que la actividad consultiva tiene una naturaleza auxiliar respecto a la actividad administrativa o ejecutiva ordinaria, de manera que el acto concreto en que se manifiesta la función se califica de acto auxiliar o instrumental, e igual denominación recibe el órgano que emite dicho acto (27). Tal calificación deriva de la consideración de que la actividad primaria o principal de la Administración consiste en la emisión de actos que declaran

colegiados, M. CAMMELLI, *L'amministrazione per collegi. Organizzazione amministrativa e interessi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1980.

(26) Con carácter general, vid. los estudios de CORSO y de GASPARRI, citados en la nota 2, y el de WEBER, citado en nota 8, especialmente págs. 223 y sigs.

(27) Vid., extensamente, G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Milán, Giuffré, 1956, págs. 178 y sigs. y 213 y sigs. En el mismo sentido, GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado*, cit., tomo II, vol. I, pág. 229, refiriéndose, en concreto, al Consejo de Estado.

la voluntad administrativa, mientras que los actos consultivos contienen únicamente declaraciones de opinión, juicio o apreciación que están dirigidas a auxiliar al órgano decisorio en la adopción de una resolución.

La calificación como auxiliar del acto consultivo no impide, sin embargo, que al mismo se le reconozca la naturaleza de acto jurídico; más en concreto, al provenir de un órgano administrativo, se admite comúnmente que se trata de un verdadero acto administrativo. En virtud de ello, los actos dictados por los órganos consultivos en el ejercicio de su función institucional se encuentran sometidos al régimen jurídico común a todos los actos administrativos, si bien es evidente que cuentan con unas características especiales que derivan de su particular *objeto*, así como del hecho de que este tipo de actos son en realidad actos de *trámite* dentro de un procedimiento que finaliza normalmente con una resolución administrativa. Además, los actos consultivos emitidos por órganos *colegiados* estarán sujetos a las normas específicas aplicables a la actividad de estos últimos.

1. *Objeto*

El objeto de la actividad consultiva varía según el tipo de órgano que la ejerce. En muchos casos, el dictamen o acto consultivo tiene por objeto apreciar la *legalidad* de una actividad que se propone realizar la Administración, lo cual significa que el órgano consultivo formulará su opinión en base a criterios jurídicos o jurídico-administrativos. Tal es, por ejemplo, la regla general para la función consultiva desarrollada por el Consejo de Estado.

En otras ocasiones, el objeto de la consulta requiere valorar los aspectos de *oportunidad* y de conveniencia que están implicados en el asunto, lo que sucede por lo general en el asesoramiento prestado por los Gabinetes y otros órganos de *staff*, pero también en otros casos, como puede ser el propio Consejo de Estado cuando «lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante» (28).

Están, en fin, los denominados dictámenes o informes *técnicos*, expresión con la que se quiere aludir, con cierta imprecisión, a los que versan sobre aspectos no jurídicos de la materia y que se emiten

(28) «... así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines», artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

en base a conocimientos y criterios aportados por la ciencia o la técnica, pero que naturalmente tienen una relevancia jurídica notable. Piénsese, por ejemplo, en la función de este tipo de informes dentro del proceso de concreción de los conceptos jurídicos indeterminados: así, el informe médico para fijar la concurrencia de una incapacidad física; o el informe del arquitecto municipal en un expediente de declaración de ruina.

Sea cual sea el objeto del acto consultivo, el contenido del mismo es siempre la expresión de una opinión, apreciación o juicio, como ya se ha repetido antes. Ello quiere decir que el acto consultivo no es un acto discrecional, puesto que tal categoría es únicamente aplicable a los actos que manifiestan una declaración de voluntad de la Administración (29). La valoración de la oportunidad no es, por tanto, un caso de discrecionalidad administrativa, sino más rectamente la expresión de un verdadero consejo dentro de una relación que debe ser, en tal caso, de confianza entre el órgano consultante y el que emite su parecer. Tal vez en relación con los informes técnicos pudiera hablarse de una «discrecionalidad técnica», fenómeno distinto, como se sabe, de la discrecionalidad en sentido estricto, aunque cabría discutir si tal discrecionalidad técnica se produce en el informe o bien en el acto resolutorio (30).

2. Régimen jurídico desde la perspectiva procedimental

Desde una perspectiva procedimental, los actos consultivos deben ser calificados, en principio, como actos de trámite. De ahí, precisamente, el carácter de actos instrumentales que antes se ha señalado, puesto que todos los actos que se producen en la tramitación del procedimiento van encaminados a preparar o a hacer posible la resolución final.

La regla general es que los actos consultivos se incluyan dentro de la fase de instrucción del procedimiento (31), pero existen algu-

(29) M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milán, Giuffré, 1979, I, págs. 845 y sigs.

(30) Cabría distinguir, además, aquellos casos en que el informe técnico contiene una propuesta de resolución, lo que nos obligaría a averiguar el carácter vinculante o no de la misma. En relación con la discrecionalidad técnica, véanse, entre otros, A. SÁNCHEZ BLANCO, *La discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y concursos*, «REDA», 30, 1981, págs. 563 y sigs.; y E. COCA VITA, *Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica*, núms. 100-102 de esta REVISTA, 1983, vol. III, págs. 1039 y sigs.

(31) Así, por ejemplo, los artículos 84 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo.

nas excepciones notables que conviene señalar. En concreto, la propia Ley de Procedimiento Administrativo exige que el informe de la Asesoría Jurídica y, en su caso, el dictamen del Consejo de Estado, se produzcan después de la fase de audiencia al interesado y, en consecuencia, en el momento inmediatamente anterior a la propuesta de resolución (32). No obstante, GARRIDO FALLA ha matizado esta última conclusión en relación a determinados informes o dictámenes, entendiendo concretamente, entre otros extremos, que cuando concurren en un mismo expediente el informe del Consejo de Obras Públicas y el dictamen del Consejo de Estado, ambos actos consultivos son posteriores a la propuesta de resolución (33).

Dada su calidad de actos de trámite, los informes y dictámenes no pueden ser objeto de recurso, aunque sí puede interponerse reclamación en queja con relación a ellos. Naturalmente, esta regla debe ser comprendida en sus justos términos, significando que los actos de trámite no son impugnables autónoma o separadamente, pero, desde luego, al impugnar el acto resolutorio podrán hacerse valer los vicios que concurren en los actos de trámite. En relación con los actos consultivos, ello tiene especial aplicación en los supuestos de falta de solicitud del informe o dictamen cuando aquélla resulta preceptiva u obligatoria.

Por otra parte, puede pensarse que en determinadas circunstancias el acto consultivo pueda ser considerado como uno de los denominados actos de trámite «cualificados» que son susceptibles de impugnación independiente. Como se sabe, esto último sucede con aquellos actos de trámite que producen indefensión o que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, especialmente porque deciden de forma directa o indirecta el fondo del asunto (34). Pues bien, una hipótesis de este tipo sólo sería aplicable, a lo sumo, a aquellos actos consultivos que tengan carácter vinculante absoluto para el órgano resolutorio, puesto que sólo en este caso el dictamen o informe significaría una decisión sobre el fondo del asunto. Pero, en realidad, tales informes ni impiden por sí solos la continuación del procedimiento ni resuelven verdaderamente el fondo del asunto, ya que en ningún caso contienen una voluntad administra-

(32) Ello resulta de la combinación entre los apartados 1 y 2 del artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

(33) Véase F. GARRIDO FALLA, *Informes y dictámenes en el procedimiento administrativo*, «DA», 140, 1971, págs. 11 y sigs.

(34) Vid. artículo 113.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 37.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

tiva. Será el acto definitivo, de acuerdo, eso sí, con el dictamen vinculante, el que formalmente decida la cuestión formando con él un acto complejo que será el que, en fin, pueda ser recurrido (35).

3. *Actos consultivos de órganos colegiados*

En fin, tiene relevancia también el fenómeno de la colegialidad en relación al régimen de los actos consultivos, puesto que, como se ha señalado, es usual que la función consultiva de una cierta trascendencia esté atribuida a órganos colectivos o de composición colegiada. En tales supuestos, el acto consultivo que se integra en un determinado procedimiento es fruto, a su vez, de otro procedimiento dirigido exclusivamente a formar la voluntad, o la opinión, más correctamente, del órgano consultivo, a partir de la actuación individual de cada uno de sus miembros. La regularidad de este segundo procedimiento no es en absoluto irrelevante, como se sabe, para la validez del acto consultivo y, en definitiva, para la del acto resolutorio que ponga fin al expediente (36).

4. *Consultas preceptivas e informes vinculantes*

El artículo 85 de la Ley de Procedimiento Administrativo dice en su primer apartado que «los informes pueden ser preceptivos o facultativos, vinculantes o no vinculantes», para establecer a continuación la regla general de que, «salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes». Estos preceptos sugieren algunas cuestiones de interés.

En primer lugar, hay que señalar la incorrección lógica y dogmática que supone clasificar a los informes y, en general, a los actos consultivos en *preceptivos* o *facultativos*. Estas dos categorías vienen a indicar la obligatoriedad o no de solicitar el informe o dictamen, de manera que sólo son de aplicación a la actividad del órgano de la Administración activa que instruye o, en su caso, resuelve el ex-

(35) Véase, sobre este extremo, J. A. GARCÍA-TREVIJANO, «Dictámenes vinculantes del Consejo de Estado y recurso contencioso-administrativo», en el *Libro-Homenaje a Royo-Villanova*, Madrid, Ed. Moneda y Crédito, 1977, págs. 319 y sigs.

(36) No es preciso extenderse más sobre este punto. Véase, en relación con estos temas, entre otros, P. A. JIMÉNEZ LUNA, *Procedimiento y acto complejo en los colegios representativos (En torno a la teoría de la colegialidad)*, núm. 98 de esta REVISTA, 1982, págs. 107 y sigs.

pediente. Es decir, que podrá ser obligatorio o facultativo, esto es, libre, para el órgano activo solicitar un informe o dictamen, pero la emisión del mismo por parte del órgano consultivo será en todo caso preceptiva. Esto último significa que el acto consultivo es un acto *debido*, de emisión obligada por parte del órgano consultivo, quien no puede rehusar hacerlo (37), especialmente si se trata de un órgano consultivo institucionalizado, aunque sí le cabe solicitar una ampliación de antecedentes para el caso de que entienda insuficientes para pronunciarse aquellos que le hayan sido suministrados (38).

En definitiva, es la *solicitud* del dictamen, la consulta, la que puede ser preceptiva o facultativa (39). En tal sentido, es más correcta la expresión contenida en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado: «La *consulta* al Consejo será preceptiva cuando en ésta o en otras leyes así se establezca, y facultativa en los demás casos.»

Una cuestión espinosa en relación con las consultas preceptivas y que, en cambio, no acostumbra a suscitar polémicas es la que atañe a la verdadera función que representa este tipo de actividades. Debe tenerse presente sobre este extremo que la genuina función consultiva, estrictamente asesora, habría de responder exclusivamente a las necesidades del órgano activo. Es decir, es este último el que tiene a su cuidado la satisfacción de una determinada parcela del interés público, y sólo él puede apreciar si le conviene o no solicitar un asesoramiento para ejercer las competencias que tiene atribuidas. La verdadera consulta, en principio, debería aparecer como una simple facultad del órgano activo (40), el cual contaría con una organización auxiliar de asesoramiento a la que acudiría cuando él mismo lo estimase necesario.

Este planteamiento no encaja, como se adivinará, con la figura de la consulta preceptiva que viene impuesta obligatoriamente por el ordenamiento. En estos casos, hay que admitir por fuerza que la actividad consultiva no representa estrictamente una función de ver-

(37) El Reglamento Provisional de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña contempla la posibilidad de que dicho organismo rehúse emitir su dictamen en determinados supuestos. Vid. artículo 14 del Decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalidad 429/1981, de 2 de noviembre.

(38) Vid. en tal sentido, el artículo 18.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 22 de abril de 1980.

(39) Véanse las precisiones de FERRARI, *Gli organi ausiliari*, cit., págs. 211 y sigs.

(40) Vid. A. PÉREZ-TENESSA, *Perspectivas del Consejo de Estado*, «REDA», 22, 1979, pág. 347.

dadero asesoramiento o consejo. Al contrario, ahí es donde se manifiesta más abiertamente esa función añadida, complementaria y, a veces, incluso preponderante en el fenómeno consultivo cual es la función de *garantía* (41) y que viene a desembocar, en definitiva, en un medio de *control* de la Administración activa. En el supuesto de dictámenes de carácter jurídico o jurídico-administrativo, se trataría de un control previo de legalidad, mientras que en las consultas preceptivas a organismos de representación de intereses predominarían las funciones de control o reducción de la discrecionalidad administrativa y de tutela de los intereses representados (42).

La apreciación que se acaba de manifestar viene avalada por ciertos preceptos del ordenamiento positivo que expresan bien claramente esta contigüidad entre función consultiva y función de control a que nos referimos. Tómese, por ejemplo, el primer párrafo del artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, donde se lee que «en el ejercicio de la función consultiva el Consejo de Estado *velará por la observancia* de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico». Más expresiva aún es la disposición contenida en el número 5 del mismo artículo: «Corresponderá en todo caso al Consejo de Ministros resolver en aquellos asuntos en que, siendo preceptiva la consulta al Consejo de Estado, el Ministro consultante disienta del parecer del Consejo» (43). Como puede verse, la consulta preceptiva no sólo reúne esta característica de obligar al órgano activo a solicitar asesoramiento o consejo, sino que, además, le obliga a aceptar el parecer del órgano consultivo, sin que formalmente esté calificado de vinculante (44), so riesgo de perder la competencia para resolver. Es decir, la consulta preceptiva lleva conexo un mecanismo de alteración del sistema de atribución de competencias que no se adice con el objetivo estrictamente asesor

(41) Así, FERRARI, *op. cit.*, págs. 224 y sigs., y también, aunque desde otra perspectiva, WEBER, *L'Administration consultative*, cit., pág. 49.

(42) Ideas próximas a estas reflexiones, referidas a las consultas al Consejo de Estado, han sido manifestadas en los últimos tiempos, aunque con diversos matices, por PÉREZ-TENESSA, *Perspectivas del Consejo de Estado*, cit., y por L. TOLIVAR ALAS, *Renovación legislativa y Consejo de Estado*, «REDA», 31, 1981, págs. 683 y sigs. Este último autor destaca con acierto cómo lo activo, lo consultivo y lo fiscalizador no ha gozado nunca de una distinción neta y tajante, y cómo esta confusión pervive aún en la legislación más reciente.

(43) En el mismo sentido, el artículo 10.13 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

(44) GARCÍA-TREVIJANO, *Dictámenes vinculantes*, cit., pág. 323, califica estos supuestos como dictámenes «quasi-vinculantes». Sobre ellos volveremos enseguida en el texto.

de la función consultiva y que, en cambio, es más propio de las relaciones administrativas de control.

Debe recordarse, en fin, que la falta de solicitud de un informe o dictamen, cuando tal consulta es preceptiva u obligatoria, puede viciar la validez del acto resolutorio y sin posibilidad de convalidación (art. 53.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo), con lo que la función consultiva viene a perder buena parte de su carácter auxiliar o instrumental para adquirir una relevancia externa decisiva propia de los actos de garantía o de control.

Hemos aludido también a los dictámenes o informes *vinculantes*. Respecto a ellos cabe hacer también algunas breves observaciones. Con carácter general, recordemos, con TOLIVAR ALAS, que «es doctrina pacífica el que los dictámenes vinculantes no son actividad consultiva» (45). En efecto, cuando el órgano activo debe resolver inexorablemente de acuerdo con el parecer del órgano consultivo, en realidad se produce una compartición de la competencia decisoria entre ambos órganos o, en términos similares, se está en presencia de un acto complejo formado indisolublemente por la manifestación de juicio y la manifestación de voluntad (46). No hay, pues, verdadero consejo, sino que se produce de forma consecutiva y con idéntico contenido, el binomio juicio-medida propio de la actividad de control (47).

Por otra parte, parece oportuno operar una distinción dentro de los dictámenes vinculantes. En efecto, GARCÍA-TREVIJANO distingue entre los dictámenes de *vinculación absoluta* y los de *vinculación parcial* o quasi-*vinculantes* (48). En el primer supuesto, el órgano activo se halla obligado a actuar y a hacerlo según el contenido del informe o dictamen, es decir, se ve privado de toda libertad para decidir si dicta o no la resolución y, por supuesto, para decidir sobre el contenido de la misma. Por el contrario, la vinculación parcial o relativa sólo afectaría al contenido de la decisión, que habría de ser

(45) TOLIVAR ALAS, *Renovación legislativa*, cit., pág. 687, y los autores allí citados.

(46) GARCÍA-TREVIJANO, *Dictámenes vinculantes*, cit., pág. 329.

(47) Vid. la parte titulada «Aproximación a una teoría general del control», en la obra de L. TOLIVAR ALAS, *El control del Estado sobre las Comunidades Autónomas*, Madrid, IEAL, 1981, con completas referencias bibliográficas. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 5 de agosto de 1983 sobre el Proyecto de LOAPA (F. J. 41), al negar que los dictámenes no vinculantes del Consejo de Estado sobre las Comunidades Autónomas sean instrumentos de control, parece admitir *a contrario*, que sí lo son los que tienen carácter vinculante.

(48) En *Dictámenes vinculantes*, cit., pág. 323, y también en *Tratado de Derecho Administrativo*, II, 2, cit., pág. 676.

contforme al dictamen, pero, en cambio, el órgano activo sería libre para no actuar, esto es, para no adoptar la resolución. En realidad, la eficacia de este tipo de dictámenes se limita a impedir que el órgano activo pueda actuar en contra del informe, pero no se vincula en los demás aspectos de la actividad. Por ello, a esta clase de dictámenes vinculantes se les ha denominado *obstativos* (49), especialmente cuando lo que se exige para poder resolver es el informe favorable del órgano consultivo: no se puede dictar el acuerdo resolutorio si el informe no es favorable, pero puede no dictarse aunque sí sea favorable el informe.

Se han señalado como ejemplos de esta clase de dictámenes parcialmente vinculantes los que debe emitir el Consejo de Estado en los procedimientos de anulación de oficio de los actos administrativos (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento) y en la modificación de planes de urbanismo que suponga cambio de zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes y espacios libres (art. 50 de la Ley del Suelo). Ahora bien, según una amplia corriente doctrinal, en el supuesto del artículo 109 de la Ley de Procedimiento —actos nulos de pleno derecho—, la Administración no sólo *puede* anular tales actos cuando el dictamen del Consejo de Estado sea favorable a ello, sino que *debe* hacerlo forzosamente, ya que en tal precepto se prevé una acción de nulidad «que constituye a la Administración en la obligación de dictar un pronunciamiento expreso sobre la misma, cuyo sentido concreto, positivo o negativo, viene determinado por la opinión que manifiesta al respecto el Consejo de Estado» (50).

Deste este punto de vista, en fin, también tendría naturaleza obstativa cualquier dictamen preceptivo del Consejo de Estado, puesto que, según ya se ha dicho, cuando el ministro disienta de tal informe, la competencia resolutoria se traslada al Consejo de Ministros: lo único que no puede hacer el ministro es dictar la resolución en contra del criterio del órgano consultivo (51).

En cualquier caso, no es ocioso señalar que la eficacia vinculante de determinados actos consultivos —y que por eso mismo dejan de ser tales—, se proyecta exclusivamente sobre los órganos de la Administración activa, y en concreto sobre el órgano consultante,

(49) Así, A. PÉREZ HERNÁNDEZ, *El Consejo de Estado*, Madrid, 1965, pág. 19, y J. A. SANTAMARÍA, «Voz *Órgano Administrativo*», en esta Enciclopedia.

(50) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 4.ª ed., Madrid, Cívitas, 1983, pág. 570. Postura opuesta, en cambio, es la expresada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1984.

(51) Los supuestos indicados de vinculación parcial o relativa, en GARCÍA-TREVIJANO, *locs. cit.*, en nota 49.

pero no va más allá. Con ello se quiere rechazar la postura adoptada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1974 que desestimó el recurso interpuesto contra una resolución del Consejo de Ministros por el simple hecho de que ésta había sido adoptada de acuerdo con el previo dictamen vinculante del Consejo de Estado, entendiendo el Tribunal que no podía anular dicha resolución ya que se había dictado en el único sentido permitido por el ordenamiento. Como ha señalado acertadamente GARCÍA-TREVIJANO, la sentencia citada no distingue los dos niveles de la eficacia vinculante a que hemos aludido aquí, por lo que, en realidad, la solución que acepta el Tribunal Supremo viene a significar la creación de una nueva causa no prevista de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo (52). Por el contrario, debe sostenerse que la consulta, en este caso al Consejo de Estado, no hace inmunes a los actos administrativos al control de legitimidad en sede jurisdiccional (53).

V. EL CONSEJO DE ESTADO

A lo largo de las páginas precedentes hemos realizado continuas referencias al Consejo de Estado. La singular relevancia de este órgano consultivo aconseja llevar a cabo una breve consideración específica del mismo (54).

1. Regulación actual

La Constitución de 1978 ha optado por incluir una referencia expresa al Consejo de Estado, y lo ha hecho en el artículo 107 en los términos que siguen: «El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia.»

Durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Constitución se discutió abiertamente la oportunidad misma de esa mención

(52) Vid. GARCÍA-TREVIJANO, *Dictámenes vinculantes*, cit., pág. 331.

(53) SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 12 ed., Nápoles, Jovene, 1979, pág. 277.

(54) En el tomo V de esta Enciclopedia (1953) figura la voz *Consejo de Estado*, con un completo estudio de B. PELLISÉ PRATS, al que remito en su totalidad. Ahora se trata únicamente de actualizar, dado el tiempo transcurrido, cuanto allí quedó expuesto e incorporar las innovaciones más significativas que se han producido en la legislación relativa al Consejo de Estado.

al Consejo de Estado (55), prevaleciendo, en fin, la postura favorable, si bien se acabaran reduciendo al mínimo las demás alusiones a este órgano que se proponían para otros preceptos constitucionales. De todas formas, ha quedado consagrada a nivel constitucional, en el artículo 153, *b*), la intervención preceptiva del Consejo de Estado previa al control por el Gobierno del ejercicio de funciones delegadas a las Comunidades Autónomas.

El citado artículo 107, por tanto, no sólo ha constitucionalizado la existencia del Consejo de Estado, sino incluso algunas de sus características —supremo órgano consultivo del Gobierno—, a las que nos referiremos inmediatamente, y ha establecido a continuación una reserva de ley orgánica para la regulación de su composición y competencia. Dicha reserva ha sido cumplida por la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y en ejecución y desarrollo de la misma se ha dictado el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado. En estos dos textos se encuentra, pues, la ordenación institucional básica del órgano consultivo supremo, que debe ser completada con el conjunto de disposiciones sectoriales que aluden a la intervención del Consejo en las distintas materias y, además, con la correspondiente normativa en tema de incompatibilidades y de reforma de la función pública que afecta a la posición de los miembros del Consejo de Estado y a la de los letrados que están a su servicio.

2. *Naturaleza*

Si hemos de creer al artículo 107 de la Constitución, el Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. La propia Constitución y las referidas normas reguladoras de este órgano han desmentido enseguida la realidad de esta concepción o, cuando menos, han venido a destacar su notable imprecisión.

Por un lado, el Consejo de Estado no es solamente órgano consultivo *del Gobierno*, entendido éste en términos constitucionales (art. 98.1 de la Constitución) como órgano colegiado, sino que también presta su asesoramiento al presidente del Gobierno y a los mi-

(55) Vid. F. GARRIDO FALLA, «Comentario al artículo 107», en los *Comentarios a la Constitución*, por él dirigidos, 1.ª ed., Madrid, Cívitas, 1980, pág. 1078, y muy ampliamente, desde una postura crítica, L. MARTÍN-RETORTILLO, *Materiales para una Constitución*, Madrid, Akal, 1984, págs. 284 y sigs.

nistros individualmente considerados y, aún más, a los presidentes de las Comunidades Autónomas o, más precisamente, a estas últimas a través de su presidente (56).

En segundo lugar, la previsión misma de abundantes consultas preceptivas al Consejo de Estado y el carácter vinculante de algunos de sus dictámenes ponen en cuestión la naturaleza estrictamente *consultiva* de la función desarrollada por el Consejo, ya que en estos supuestos tal función adquiere unos matices tendencialmente fiscalizadores o de control preventivo de legalidad. Sobre este extremo, opinable, por supuesto, ya nos hemos pronunciado con anterioridad, por lo que sobra aquí cualquier otra precisión, debiendo reiterar únicamente que el Consejo de Estado en la actualidad no ejerce exclusivamente funciones consultivas.

En último término, tampoco el carácter de *supremo* órgano consultivo se cumple en todos los casos. Ello es ciertamente así en el ámbito propio de la competencia institucional del Consejo —consultas jurídicas o jurídico-administrativas—, y se traduce en la prohibición de que en los asuntos dictaminados por el Consejo de Estado se puedan recabar informes a otros órganos de la Administración (57). Por el contrario, para otras facetas de la actividad del Gobierno no sólo no está prevista la intervención del Consejo de Estado, sino que se establece expresamente la intervención de otro órgano con funciones consultivas y asesoras. Ello ocurre, por ejemplo, en la elaboración por el Gobierno de los proyectos de ley de planificación general de la economía, para cuyo caso el artículo 131.2 de la Constitución prevé la creación de un Consejo con representación de las Comunidades Autónomas, sindicatos y organizaciones profesionales, empresariales y económicas que deberá asesorar al Gobierno en esta materia. La relevancia constitucional de este Consejo y de sus funciones hacen presumir el carácter supremo del mismo en el ámbito que le está reservado por la propia Constitución (58).

Una vez hechas las anteriores precisiones, procede concluir so-

(56) Artículos 20 y 23 de la Ley Orgánica. Sobre el último aspecto citado, me remito a L. TOLIVAR ALAS, *El Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas*, «REDA», 28, 1981, págs. 63 y sigs., especialmente págs 73 a 76, y a J. M. RODRÍGUEZ OLIVER, *Las competencias consultivas del Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas*, «REDA», 33, 1982, págs. 257 y sigs.

(57) Artículo 2.4 de la Ley Orgánica.

(58) Vid. el comentario de L. M. CAZORLA al citado artículo 131.2 en GARRIDO (dir.), *Comentarios a la Constitución*, cit., pág. 1379.

bre la naturaleza y características generales del Consejo de Estado a partir de su actual regulación.

El Consejo de Estado es el prototipo de órgano colegiado institucionalizado en el ejercicio de la función consultiva. Estas notas determinan los rasgos esenciales de su posición jurídica. Así, se encuentra formalmente separado de los órganos de la Administración activa y es independiente del resto de la estructura administrativa, aunque se le considere como parte de la misma por su tradicional ubicación. En cualquier caso, lo cierto es que es ajeno a toda relación organizativa de tipo jerárquico y que desarrolla su función propia «con autonomía orgánica y funcional», y ello con el objetivo de «garantizar su objetividad e independencia», quedando sometido, por supuesto, a la Constitución y a las leyes (59). Parafraseando a SANDULLI, puede decirse que el Consejo de Estado es un órgano auxiliar del Estado-comunidad y no del Estado-Administración, y que se constituye en un poder autónomo sometido a la legalidad (60).

La autonomía e independencia del Consejo de Estado, que no está integrado en ninguno de los Departamentos ministeriales (61), se manifiesta a través de distintos elementos. Así, por ejemplo, el Consejo elabora su propio presupuesto, que se integrará como una sección dentro de los Presupuestos Generales del Estado (62), y, asimismo, propone al Gobierno la aprobación de su propio Reglamento Orgánico (63). Por otra parte, interviene de forma decisiva en la provisión por los letrados del Estado de los puestos de trabajo del Consejo, ya que es su Comisión Permanente quien fija los criterios de valoración de los méritos y su presidente quien resuelve los concursos (64).

La independencia del Consejo se refleja también por el hecho de que se requiere preceptivamente su informe para la separación del cargo de los consejeros permanentes, para cuyo nombramiento, sin embargo, no se exige tal requisito (65). Igualmente, se exige el dictamen del Pleno del Consejo para los «anteproyectos de ley o pro-

(59) Artículo 1.2 de la Ley Orgánica.

(60) SANDULLI, *Manuale*, cit., pág. 277.

(61) Artículo 1.3 del Reglamento Orgánico. El artículo 17.2 del mismo Reglamento dispone, además, que el presidente del Consejo asume las atribuciones que son propias de los jefes de Departamento ministerial.

(62) Artículo 26 de la Ley Orgánica.

(63) Disposición final 3.ª de la Ley Orgánica.

(64) A diferencia de lo que ocurre con los demás puestos de trabajo asignados a los letrados del Estado: artículo 7.1 y 3 del Real Decreto 849/1985, de 5 de junio.

(65) Artículo 21.8 de la Ley Orgánica.

yectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado» (66). En fin, al presidente y a los consejeros permanentes les es de aplicación el sistema de incompatibilidades establecido con carácter general para los altos cargos de la Administración del Estado (67).

3. *Composición y organización* (68)

El Consejo de Estado tiene una estructura colegiada y actúa en Pleno o bien en Comisión Permanente, según la trascendencia de los asuntos que debe informar y que la ley señala en cada caso.

El Pleno del Consejo de Estado está compuesto por el presidente, el secretario general, ocho consejeros permanentes, diez consejeros natos y diez consejeros electivos. El *presidente* es nombrado libremente por el Gobierno entre juristas de reconocido prestigio y experiencia en asuntos de Estado, y el *secretario general*, nombrado también por el Gobierno, es propuesto por el propio Consejo de Estado de entre sus letrados mayores.

Los demás miembros, los consejeros, se dividen en tres categorías, según se ha indicado. Los *consejeros natos* son aquellos que pertenecen al Consejo de Estado por razón del cargo que ocupan, y que, según la ley actual, son los siguientes: el director de la Real Academia Española y los presidentes de las Academias de Ciencias Morales y Políticas, y de Jurisprudencia y Legislación; el fiscal general del Estado; los presidentes de la Junta de Jefes del Estado Mayor, del Consejo General de la Abogacía y de la Comisión General de Codificación; el director general de lo Contencioso del Estado, y el director del Centro de Estudios Constitucionales, así como el presidente del Consejo previsto en el artículo 131.2 de la Constitución, a que hemos aludido en varias ocasiones.

(66) Artículo 21.6 de la Ley Orgánica.

(67) Según la Ley Orgánica 13/1983, de 26 de noviembre, que modifica en los términos expresados el artículo 12.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. El aludido régimen de incompatibilidades es el regulado por la Ley 25/1983, de 26 de diciembre. Por otra parte, el presidente y los consejeros de Estado gozan de aforamiento en las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Supremo para las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo y para la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra ellos, respectivamente: artículos 56 y 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985.

(68) Para todo este apartado, véanse los artículos 3 a 15 de la Ley Orgánica y, más extensamente, los artículos 9 a 90 del Reglamento Orgánico.

Por su parte, los diez *consejeros electivos* son nombrados por el Gobierno para un período de cuatro años entre personas que hayan ocupado destacados cargos políticos o representativos, como son diputado o senador, magistrado del Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, miembro del Consejo General del Poder Judicial, ministro o secretario de Estado, presidente o consejero de una Comunidad Autónoma, presidente del Tribunal de Cuentas, presidente de la Junta de Jefes del Estado Mayor, embajador procedente de la carrera diplomática, alcalde de capital de provincia o presidente de Diputación y organismo similar, y rector de Universidad.

En fin, los ocho *consejeros permanentes* son también nombrados por el Gobierno, pero sin límite de tiempo, entre personas que sean o hayan sido ministro, presidente o consejero de una Comunidad autónoma; profesor de Universidad o altos funcionarios con más de quince años de servicio; académicos, general de los Cuerpos Jurídicos, o, en fin, consejero o letrado mayor del propio Consejo de Estado. Estos son los consejeros más genuinos, que dan continuidad a la labor del Consejo, componen la Comisión Permanente, junto con el presidente y el secretario general, y cada uno de ellos preside una de las Secciones en que se organiza el Consejo de Estado. El Reglamento Orgánico del Consejo exige que al menos dos de estos consejeros deben proceder del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado, lo cual es de dudosa legalidad, ya que esta exigencia no sólo no se contempla en la Ley Orgánica, sino que fue expresamente rechazada por las Cortes al discutir el texto de la Ley (69).

En resumidas cuentas, puede decirse que la composición del Consejo de Estado responde plenamente a las características propias de este organismo: nombramiento de la gran mayoría de sus miembros por el Gobierno, lo que es lógico en un órgano que debe asesorar al mismo y que, por tanto, debe contar con su confianza, y, junto a ello, la alta cualificación técnico-jurídica, a la que se une la experiencia en cargos de responsabilidad política o institucional.

El Consejo de Estado está asistido por un reducido número de *letrados* que desempeñan las funciones de estudio, preparación y re-

(69) En efecto, el artículo 7.2 del Proyecto remitido por el Gobierno establecía que «tres Consejeros Permanentes, al menos, habrán de proceder del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado con la categoría de Letrado Mayor». El informe de la ponencia aceptó las tres enmiendas que proponían la supresión de todo el epígrafe, si bien justificando tal aceptación en que en él «se contempla una materia que deberá ser objeto del consiguiente Reglamento», criterio este último que nos parece objetable, habida cuenta, además, de que es el propio Consejo quien propone al Gobierno su Reglamento, según ya se ha indicado.

dación de los proyectos de dictamen que debe emitir el Consejo. Tradicionalmente tales funciones han estado reservadas, hasta fechas muy recientes, al Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado, uno de los cuerpos de élite de la alta burocracia española que han alcanzado mayor prestigio por su especial preparación y competencia, lo que ha redundado, sin duda, en beneficio de la calidad e importancia de la doctrina jurídico-administrativa sentada por el Consejo de Estado.

No obstante lo anterior, la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, de 2 de agosto de 1984 (Disposición Adicional novena, 1.4) ha creado el Cuerpo Superior de Letrados del Estado, integrando en él a los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado junto a los que formaban parte de los Cuerpos de Abogados del Estado, Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia y de Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En ejecución y desarrollo de esta disposición, el Real Decreto 849/1985, de 5 de junio, al que se ha aludido ya antes, regula diversos aspectos relativos a la provisión de puestos de trabajo y competencias administrativas sobre los funcionarios del nuevo cuerpo, y en dicha regulación puede observarse un trato específico para los puestos de trabajo en el Consejo de Estado y para los funcionarios que les ocupen. El Anexo del citado Real Decreto señala en treinta y cinco el número de puestos de trabajo del Consejo de Estado adscritos con carácter exclusivo al Cuerpo Superior de Letrados del Estado.

4. *Competencia*

Dentro de su posición institucional propia, puede decirse que la competencia del Consejo de Estado es de carácter general, esto es, que debe emitir dictamen «en cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno o sus miembros, o las Comunidades Autónomas a través de sus presidentes». Lo cierto es, sin embargo, que la competencia específica ordinaria del Consejo viene determinada en realidad por los asuntos en los que su consulta tiene carácter obligatorio o preceptivo. La prolijidad de tales supuestos aconseja reproducir los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica. El primero de ellos dice así:

«El Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en los siguientes asuntos:

ORGANOS CONSULTIVOS

1. Proyectos de Decretos legislativos.
2. Anteproyectos de Leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales.
3. Dudas y discrepancias que surjan en la interpretación o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales en los que España sea parte.
4. Problemas jurídicos que suscite la interpretación o cumplimiento de los actos y resoluciones emanadas de organizaciones internacionales o supranacionales.
5. Reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional.
6. Anteproyectos de Ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado.
7. Transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento o arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos.
8. Separación de consejeros permanentes.
9. Asuntos de Estado a los que el Gobierno reconozca especial trascendencia o repercusión.
10. Todo asunto en que, por precepto expreso de una Ley, haya de consultarse al Consejo de Estado en Pleno.»

Por su parte, el artículo 22 dispone:

«La Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos:

1. En todos los tratados o convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado.
2. Disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales.
3. Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones.
4. Anteproyectos de Ley Orgánica de transferencias o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas.

5. Control del ejercicio de funciones delegadas por el Estado a las Comunidades Autónomas.

6. Impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo o posterior a la interposición del recurso. En este último caso el Gobierno acordará en la misma sesión interponer el recurso y formular la consulta.

7. Conflictos de atribuciones entre los distintos Departamentos ministeriales y cuestiones de competencia.

8. Recursos administrativos de súplica o alzada que deban conocer en virtud de disposición expresa de una Ley el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno o la Presidencia del Gobierno.

9. Recursos administrativos de revisión.

10. Revisión de oficio de los actos administrativos en los supuestos previstos por las Leyes.

11. Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la legislación de contratos del Estado.

12. Nulidad, interpretación, modificación y extinción de concesiones administrativas, cualquiera que sea su objeto, cuando se formule oposición por parte del concesionario y, en todo caso, cuando así lo dispongan las normas aplicables.

13. Reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado.

14. Concesión de créditos extraordinarios o suplementos de créditos.

15. Concesión y rehabilitación de honores y privilegios cuando así se establezca por disposición legal.

16. Asuntos relativos a la organización, competencia y funcionamiento del Consejo de Estado.

17. Concesión de monopolios y servicios públicos monopolizados.

18. Todo asunto en que por precepto expreso de una Ley haya de consultarse al Consejo de Estado en Comisión Permanente.

19. Todo asunto en que por precepto de una Ley haya de con-

sultarse al Consejo de Estado y no se diga expresamente que debe ser al Consejo en Pleno» (70).

La lectura de estos preceptos es suficiente para obtener una imagen acertada del tipo de función consultiva que desarrolla el Consejo de Estado en el ejercicio de sus competencias. GARCÍA DE ENTERRÍA ha señalado acertadamente: «Basta examinar las listas de consultas preceptivas para concluir que la intervención del Consejo de Estado suele ordenarse primordialmente a garantizar el funcionamiento objetivo de la Administración por relación a otros poderes (...) o la objetividad de la actuación administrativa frente a los particulares (...) o, más simplemente aún, la objetividad de la Administración frente a las leyes que limitan —precisamente— su actividad» (71). Esta excelente síntesis del significado de las competencias consultivas del Consejo de Estado se refuerza, si cabe, por la determinación teleológica de su función, en cuyo ejercicio «velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico» (72) y por la ulterior concreción objetiva de la misma: «El Consejo de Estado apreciará la legalidad y, en su caso, la constitucionalidad de los proyectos de disposiciones generales, tratados y actos administrativos sometidos a su consulta» (73).

5. *Problemática actual*

Como se habrá podido observar a lo largo de este estudio, la función consultiva, los órganos consultivos y el Consejo de Estado, el primero de ellos, son todas cuestiones que en la actualidad ofrecen unas perspectivas inciertas y poco definidas. La sustantividad misma de esta función auxiliar y, en consecuencia, la de los órganos que la sirven, queda notablemente diluida en un conjunto de cometidos complementarios, de tendencia fiscalizadora o de garantía y control, que si enriquecen en gran medida las posibilidades de este tipo de

(70) El «Boletín Oficial del Estado» de 17 de marzo de 1982 incluye la resolución de 3 de marzo del mismo año, de la Presidencia del Consejo de Estado, por la que se dispone la publicación actualizada de disposiciones que preceptúan la audiencia del Consejo de Estado. Dicha relación contiene una completa y anotada relación sistemática, un índice alfabético y una relación cronológica, cuya extensión impide su reproducción en este lugar.

(71) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estructura orgánica y Administración consultiva*, citado en la nota 8, pág. 140.

(72) Artículo 2.1 de la Ley Orgánica.

(73) Artículo 2.2 del Reglamento Orgánico.

órganos, no es menos cierto que también aumentan la confusión respecto a su posición institucional. A esta problemática no escapa, como se ha dicho, el propio Consejo de Estado.

Hoy en día nadie duda de que «lo que produce el Consejo de Estado es seguridad jurídica» (74). Pero también es generalizado el temor de que pronto deje de producir este beneficioso resultado, y ello por la cada vez mayor acumulación de competencias que recaen en el Consejo, que por fuerza ha de influir negativamente en la calidad de su labor y en la eficacia y prontitud en la resolución de los numerosos expedientes sometidos a su consulta. Así, desde variados puntos de vista se ha puesto en duda la idoneidad de la intervención del Consejo de Estado en determinados asuntos de consulta preceptiva, como, por ejemplo, en materia de responsabilidad de la Administración o en los conflictos de competencias (75), o bien en los asuntos relativos a las Comunidades Autónomas (76).

En cualquier caso, lo que importa es tener presente la necesidad de acrecentar el capital doctrinal que tiene acumulado el Consejo de Estado, y ello sólo podrá conseguirse descargándole de competencias reiterativas con las de otros órganos de la Administración —ya sean del Estado o de las Comunidades Autónomas (77)— y seleccionando con cuidado aquellos ámbitos en los que el asesoramiento de este órgano puede ser realmente eficaz. En este sentido no se puede negar que en relación al Consejo de Estado se ha producido también el clásico fenómeno, que se da igualmente en los demás ámbitos de la Administración, de acaparamiento de competencias (78), que en

(74) PÉREZ-TENESSA, *Perspectivas del Consejo de Estado*, citado en la nota 40, pág. 342.

(75) Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, «La Ley de Conflictos Jurisdiccionales tras la entrada en vigor de la Constitución», en su libro *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid, IEAL, 1982, pág. 181. Por cierto, que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 dispone, en su artículo 38, la participación de tres consejeros permanentes de Estado en el órgano colegiado que debe resolver los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados y Tribunales y la Administración.

(76) TOLIVAR ALAS, *El Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas*, citado en la nota 8, *in totum*.

(77) S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Cívitas, II, 1974, págs. 47 y sigs., critica severamente las «pretensiones expansivas» de la Ley Orgánica del Consejo de Estado en materia autonómica. Por lo demás, me remito a T. FONT I LLOVET, *Los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas*, Comunicación a las Jornadas de Estudio de la Dirección General de lo Contencioso del Estado sobre *Las Cortes Generales*, Madrid, 1985.

(78) Basta comparar la amplitud de las consultas preceptivas fijadas en los artículos 21 y 22 de la actual Ley Orgánica, antes reproducidos en el texto, con las listas contenidas en los artículos 16 y 17 de la anterior Ley de 1944, y que pueden encontrarse, en esta Enciclopedia, en la «Voz Consejo de Estado», de B. PELLISÉ PRATS.

muchas ocasiones obedece más a los condicionamientos del pasado que a las perspectivas de futuro (79). El forcejeo mismo que se produjo en las Cortes Constituyentes para conseguir una generosa mención al Consejo de Estado en el texto constitucional es indicativo de que en ocasiones se busca más la preservación de la institución que la eficacia de la misma (80).

Estos episodios, anécdotas si se quiere, no deben enturbiar la convicción de que el futuro del Consejo de Estado radica precisamente en hacer efectivos, en el ámbito de sus cometidos, los principios constitucionales que rigen la posición de toda la Administración Pública: servir con objetividad y eficacia los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

(79) TOLIVAR ALAS, *Renovación legislativa y Consejo de Estado*, citado en la nota 42, pág. 684.

(80) Es extremadamente ilustrativo el testimonio de L. MARTÍN-RETORTILLO en su libro *Materiales para una Constitución*, citado en la nota 55, quien finaliza sus reflexiones así: «Este pequeño hito de la mención, o las menciones, al Consejo de Estado, ofrece un ejemplo neto, casi de manual, a los estudiosos de las tensiones corporativas, de los hilos de influencia, de la fuerza de la alta burocracia, de la inserción de las viejas instituciones en los nuevos modelos» (pág. 300).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AA VV: *Estudios de Derecho Administrativo. Libro jubilar del Consejo de Estado*, Madrid, IEP, 1972.
- AA VV: *La asistencia jurídica de la Administración del Estado en el ejercicio de la función consultiva*, II Congreso Jurídico Internacional, Cuerpo de Abogados del Estado, Dirección General de lo Contencioso del Estado, vol. II, Madrid, 1981.
- AA VV: *La consultation dans l'Administration contemporaine*, París, Cujas, 1982.
- CORSO, P.: *La funzione consultiva*, Padua, 1942.
- FERRARI, G.: *Gli organi ausiliari*, Milán, Giuffré, 1956.
- GÁLVEZ MONTES, J.: «Artículo 107. El Consejo de Estado», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.): *Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1985, tomo VIII, págs. 377 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Estructura orgánica y Administración consultiva», en *La Administración española*, 3.ª ed., Madrid, Alianza, 1972.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, 2.ª ed., Madrid, Editorial «Revista de Derecho Privado», 1971, tomo II, vols. 1 y 2.
- GARRIDO FALLA, F.: «Comentario al artículo 107», en GARRIDO (dir.): *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1985.
- GASPARRI: *L'attività consultiva*, Pisa, 1942.
- PACE, P. di: «Il Consiglio di Stato e l'attività consultiva», en *Atti del convegno celebrativo del 150 anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milán, Giuffré, 1983, págs. 345 y ss.
- PELLISÉ PRATS, B.: «Voz Consejo de Estado», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. V, Barcelona, Seix, 1953, págs. 27 y ss.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, A.: *El Consejo de Estado*, Madrid, CFYPF, 1965.
- PÉREZ-TENESSA, A.: *Perspectivas del Consejo de Estado*, «REDA», 22, 1979, pág. 339 y ss.
- RODRÍGUEZ OLIVER, J. M.: *Las competencias consultivas del Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas*, «REDA», 33, 1982, págs. 257 y ss.
- RODRÍGUEZ ZAPATA, J.: *Ley Orgánica del Consejo de Estado*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980.
- TOLIVAR ALAS, L.: *Renovación legislativa y Consejo de Estado*, «REDA», 31, 1981, págs. 683 y ss.
- *El Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas*, «REDA», 28, 1981, págs. 63 y ss.
- TRIMARCHI, F.: *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milán, 1974.
- WEBER, Y.: *L'Administration consultative*, París, LGDJ, 1968.