

# FUNCION CONSULTIVA Y ESTADO AUTONOMICO

Por

TOMÀS FONT I LLOVET

Catedrático de  
Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

**SUMARIO:** 1. LAS GARANTÍAS ESTATUTARIAS.—2. LA GARANTÍA DE LA LEGALIDAD EN LOS GOBIERNOS Y EN LAS ADMINISTRACIONES AUTONÓMICAS: 2.1. *Relevancia constitucional de la función consultiva*. 2.2. *La potestad reglamentaria*. 2.3. *Función consultiva y control judicial. La discrecionalidad administrativa*. 2.4. *La relación entre el poder ejecutivo y los órganos consultivos*.—3. ORGANOS CONSULTIVOS Y ARBITRAJE INTERADMINISTRATIVO: 3.1. *Los conflictos territoriales internos*. 3.2. *El arbitraje interadministrativo*.—4. NUEVAS PERSPECTIVAS DESDE EL CONTEXTO EUROPEO: 4.1. *Las normas que se dicten en ejecución del Derecho comunitario*. 4.2. *El principio de subsidiariedad y la autonomía local*.

El objeto de esta exposición (1) es plantear las exigencias constitucionales y estatutarias que hacen surgir la necesidad de articular la función consultiva en el Estado autonómico, así como señalar algunas nuevas perspectivas sobre la función consultiva que ofrece el contexto europeo.

## 1. LAS GARANTÍAS ESTATUTARIAS

La primera línea que debe tomarse en consideración es la que deriva de la ausencia de un control específico de estatutoriedad de las leyes autonómicas por un órgano propio de las Comunidades Autónomas. Es decir, el dato a tener en cuenta es la falta de lo que pudiéramos denominar una *jurisdicción estatutaria*.

En efecto, sabemos que el artículo 153.a) de la Constitución reserva el control de la constitucionalidad de las leyes de las Comunidades Autónomas al Tribunal Constitucional, y no autoriza ningún otro tipo de control específico sobre el respeto y la adecuación de la legislación autonómica al respectivo Estatuto de Autonomía.

Esta circunstancia pone de manifiesto el carácter incompleto del ordenamiento de cada Comunidad Autónoma, en la medida en que

---

(1) Texto de la conferencia pronunciada en La Laguna el 12 de julio de 1995 con motivo de los actos conmemorativos del X Aniversario del *Consejo Consultivo de Canarias*.

no existe un mecanismo interno de garantía de la supremacía del Estatuto sobre las leyes que aprueben los parlamentos de las distintas Comunidades Autónomas. Junto a ello, la primacía de los Estatutos de Autonomía en relación a las leyes estatales tampoco cuenta con un instrumento propio, sino que se articula a través del control de constitucionalidad de las leyes, en la medida que los Estatutos forman parte del bloque de constitucionalidad.

Pues bien, ante este estado de cosas emerge la que podríamos denominar solución «posibilista», consistente en articular la garantía del Estatuto a través de un *órgano consultivo autonómico*. De esta forma se conseguiría que fuese un órgano propio de la Comunidad Autónoma, y no el Tribunal Constitucional, quien ejerciese en primera instancia la función de velar por la supremacía del Estatuto de Autonomía.

En este orden de preocupaciones debe situarse la creación de órganos tales como el Consell Consultiu de Catalunya y el Consejo Consultivo de Canarias. Precisamente, los orígenes del Consell Consultiu de Catalunya, el primero en aparecer en el panorama estatutario, resultan muy significativos acerca de los objetivos perseguidos. En efecto, en el Anteproyecto de Estatuto de Autonomía de Cataluña se prefiguraba un mecanismo de control interno de las leyes autonómicas a realizar por una comisión específica del propio Parlament, la cual intervendría con carácter preceptivo dentro del procedimiento legislativo (2). No obstante, esta previsión inicial luego se plasmará en el establecimiento por el artículo 41 del Estatuto de Autonomía de un órgano independiente y externo al Parlament, «un organismo de carácter consultivo que dictaminará, en los casos que la ley determine, sobre la adecuación al presente Estatuto de los proyectos y proposiciones de ley sometidos a debate y aprobación del Parlament de Cataluña».

Desde un punto de vista de configuración institucional interesa destacar que la intervención de este tipo de órganos plantea el tema de la *relación entre función consultiva y poder legislativo*. Y creo que debe ser señalada esta circunstancia, porque es novedosa en nuestro ámbito, y sobre todo porque es sustancialmente distinta de la relación que preside la actividad más clásica de los órganos consultivos, que se sitúa en el cuadro de la relación entre función consultiva y Administración pública.

Ciertamente, desde la perspectiva que ahora estamos empleando, la *naturaleza de la función* del órgano consultivo autonómico que in-

---

(2) I. MOLAS, *El Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña*, «Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario», núm. 4 (1992).

terviene sobre el Parlamento es sustancialmente distinta de la función de «control jurídico del Gobierno y de la Administración» que caracteriza a la actividad consultiva clásica. Es una función dirigida al legislativo y, por ello, los Consejos consultivos aparecen inicialmente como órgano consultivo del legislador autonómico, y así es como la mayoría de sus miembros son designados por el Parlamento. Por otro lado, es órgano consultivo del legislador en sus diversas vertientes, «tanto del legislador positivo como del legislador negativo» (3). Efectivamente, ello puede ser así al considerar que ya en su primera regulación a nivel estatutario, se dispone que el Consell Consultiu de Catalunya debe emitir dictamen preceptivo previo a la interposición del recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno de la Generalidad o por el Parlamento de Cataluña.

Debe notarse, además, que esa intervención del Consell Consultiu previa a la interposición del recurso de inconstitucionalidad tiene como objeto no ya las normas que se tramitan en el órgano legislativo de la propia Comunidad Autónoma, sino las leyes estatales que eventualmente pueden vulnerar el Estatuto de Autonomía. De manera que la función consultiva no se proyecta sólo en el sentido de autocontrol sobre el legislador autonómico, sino más genéricamente en el sentido de protección del Estatuto «frente a propios y extraños».

Otra función ligada a la anterior, que se comprende igualmente en la perspectiva de los órganos consultivos autonómicos como respuesta a la falta de una jurisdicción estatutaria específica, es la *protección de las minorías parlamentarias* en las Comunidades Autónomas ante la ausencia de mecanismos de garantía jurídico-constitucionales. Como se sabe, todavía está por hallarse una solución a la falta de legitimación de fracciones parlamentarias autonómicas para la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra las leyes del propio parlamento autonómico apoyadas por la mayoría; legitimación que, en su caso, debiera haberse incluido en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (4). La consecuencia de la situación actual es la necesidad de que las minorías parlamentarias en los parla-

---

(3) Así lo calificué en mi trabajo *Los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas*, en «Autonomías», 8 (1987) (y en los vols. col. *Las Cortes Generales*, que recogen las ponencias presentadas a las Jornadas de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 1985, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1987).

(4) ¿Podrían los Estatutos incluir esa previsión, modificando el artículo 32.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional? El artículo 162.2 CE se remite a «la» ley orgánica, y lo hace para «los demás casos» —no, por tanto, para el recurso de inconstitucionalidad, que está en el art. 162.1.a)—; por su parte, el artículo 165 CE se remite a una ley orgánica para regular las condiciones para el ejercicio de las acciones: el artículo 41 EAC, al establecer el carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo previo a la interposición del recurso de inconstitucionalidad, está sin duda incidiendo en el régimen de las condiciones para el ejercicio de las acciones a que alude el 165 CE.

mentos autonómicos deban acudir a pedir a sus homólogos estatales —50 diputados o 50 senadores— o al Gobierno del Estado que interponga el recurso de inconstitucionalidad contra una ley de la Comunidad Autónoma, situación que, como se comprenderá, distorsiona absolutamente el sistema institucional y de relaciones entre Estado y Comunidades Autónomas. La intervención del Consejo Consultivo a instancias de minorías parlamentarias para dictaminar acerca de la adecuación al Estatuto de un proyecto de ley gubernamental puede suplir aquella deficiencia y otorgar una mínima protección preventiva.

Naturalmente, existe el riesgo de trasladar el debate político mayoría-minoría al ámbito jurídico, en un proceso que es sólo cuasijurisdiccional, porque no tiene poder anulatorio, ni siquiera obstativo: la simple opinión del Consejo Consultivo no sólo no zanja la cuestión ni impide la continuación del debate político, sino que puede ser utilizada en él como elemento del mismo.

Ahora bien, la práctica seguida en los diez primeros años de funcionamiento del Consell Consultiu de Catalunya pone de manifiesto que el 85% de los dictámenes se refieren a leyes del Estado o a conflictos de competencias, y sólo el 15% de los dictámenes han versado sobre proyectos o proposiciones de ley en tramitación en el Parlamento, que han sido solicitados en buena parte por los grupos parlamentarios minoritarios. Globalmente, el 70% de los dictámenes del Consell Consultiu han sido solicitados por el Gobierno (5). De manera que el resultado real sería que la trayectoria del Consell Consultiu se inserta más dentro de una función de control de la actividad estatal que de autocontrol de la Comunidad Autónoma, si bien es cierto que el autocontrol se puede predicar del efecto moderador que puede tener su dictamen antes de interponer recursos o conflictos contra el Estado. Y a su vez, en la práctica, asesora mucho más al Gobierno que al Parlamento, mientras que es este último quien, en cambio, designa a la mayoría de sus miembros.

Este último extremo debe tenerse en cuenta, ya que la relación que existe entre el órgano político que designa la mayoría de los miembros del Consejo Consultivo, el que más influye en su composición, y la función del mismo, tiene su sentido y ha de reflejarse en la determinación del órgano que es destinatario preferente de la acción del Consejo Consultivo, que debiera ser, también, el Parlamento. En caso contrario, el origen mayoritariamente parlamentario de los

---

(5) Vid. mi capítulo «Institucions estatutàries de control de la Generalitat», en el *Manual de Dret públic de Catalunya*, en colaboración con E. ALBERTI y otros autores, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1992, pág. 348.

Consejos Consultivos como los de Cataluña y de Canarias podría plantear, en efecto, algunas disfunciones, en la medida en que la intervención del Consejo Consultivo pudiera ser percibida más bien como un elemento insertado en la función de control político de la actividad ordinaria del Gobierno, que es la que corresponde ejercer al Parlamento, y no tanto en la función de defensa del Estatuto, que es la que genuinamente le corresponde. Porque la función de control de la legalidad del Gobierno y de la Administración en su actividad ordinaria, en la faceta consultiva de dicho control, es normalmente ejercida por órganos consultivos de origen o procedencia más administrativa, más vinculados a la institución gubernamental a la que asesoran. Tal es el caso de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, el Consejo Consultivo de Andalucía, así como otros órganos consultivos autonómicos, que coinciden todos ellos, en este aspecto, con el modelo constituido por el Consejo de Estado.

## 2. LA GARANTÍA DE LA LEGALIDAD EN LOS GOBIERNOS Y EN LAS ADMINISTRACIONES AUTONÓMICAS

### 2.1. *Relevancia constitucional de la función consultiva*

La segunda perspectiva que debemos tomar en consideración es la que conecta la actividad consultiva con la función tradicional de control de la legalidad administrativa. Tal perspectiva viene propiciada por la mención constitucional al Consejo de Estado (6). En mi opinión, el artículo 107 CE, al indicar que el Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno, plantea la cuestión no tanto de la constitucionalización de un órgano, sino, sobre todo, de una función: *la función consultiva del Gobierno*, o para el Gobierno, y ello lo hace la Constitución a partir de una referencia histórica acerca de un tipo o modelo concreto de ejercicio de esa función, la realizada por el Consejo de Estado.

Ello indica, en mi opinión, la existencia de una suerte de *directriz constitucional* que presenta y configura un tipo o *modelo de Gobierno —y de Administración— que en su sujeción a la legalidad cuenta con un instrumento de relevancia constitucional que es el alto asesora-*

---

(6) En otro lugar he señalado la innecesariedad de esa mención constitucional, así como el aspecto no siempre positivo de los forcejeos que tuvieron lugar en la constituyente para que dicha mención fuera más generosa: vid. mi trabajo *Organos consultivos*, núm. 108 de esta REVISTA (1985), pág. 85, donde recuerdo la ilustrativa experiencia del entonces senador Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, quien nos la ofrece en sus *Materiales para una Constitución*, Madrid, 1984, págs. 284 y ss.

*miento jurídico ejercido por un órgano consultivo* (7). Ese es para mí el punto esencial que se debe asumir. A partir de ahí uno podrá preguntarse si al Consejo de Estado le es aplicable la doctrina de la garantía institucional, como propone algún autor (8), pero yo creo que lo que se debe preservar y mantener reconocible no es tanto la figura específica del Consejo de Estado cuanto *la permanencia de un mecanismo de control previo de la legalidad de la actuación administrativa consistente en la intervención de la función consultiva*.

Sucede, no obstante, que la proyección autonómica de esa función consultiva se ha centrado en la problemática de la relación del Consejo de Estado con las Comunidades Autónomas, especialmente en cuanto a la intervención de aquél en el ejercicio de la potestad reglamentaria autonómica, y ello ha distorsionado el planteamiento y no ha hecho más que provocar verdaderos ríos de tinta, dando lugar a visiones de todo tipo, algunas muy alejadas de la reflexión serena y pausada que la misma naturaleza de la función debiera sugerir a sus intérpretes. Y ello tanto en la jurisprudencia como en la bibliografía jurídica. No voy a insistir en esta cuestión (9), sobre la cual parecía que la famosa STC 204/1992, de 26 de noviembre, había de despejar definitivamente las múltiples inseguridades que ofrecía. En mi opinión, eso no ha sucedido. A mi modo de ver, como ya he dicho en otra ocasión (10), la STC 204/1992, de 26 de noviembre, lejos de dejar zanjada la cuestión de la intervención del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas, dejó abierta una serie de incógnitas, como es la misma persistencia del «síndrome del Consejo de Estado», que puede verse reflejada en la proliferación forzada de organismos consultivos autonómicos, que en algunos casos encuentran difícil encaje institucional (11).

---

(7) Así lo he señalado en otra ocasión: vid. *La funció consultiva de la legalitat de les disposicions i resolucions administratives a Espanya. La Comissió Jurídica Assessora de Catalunya*, en la *Memoria* de la Comissió Jurídica Assessora del año 1993, en la que se incluyen las intervenciones realizadas con motivo de la celebración del XV aniversario del restablecimiento de la Comisión.

(8) J. LAVILLA RUBIRA, voz *Consejo de Estado*, en «Enc. Juríd. Básica», Ed. Cívitas, Madrid, 1995.

(9) Una visión panorámica y actualizada del tema es la de J. BALZA AGUILERA, *Tendencias de la administración consultiva*, «RVAP», 41 (1995): «En memoria de Pedro M.ª LARUMBE BIURRUN». Más en general, puede verse la completa exposición de los diversos problemas planteados que efectúa C. RUIZ MIGUEL, *Consejo de Estado y Consejos consultivos autonómicos*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995.

(10) Vid. mis referencias en «Organización administrativa de las Comunidades Autónomas», en E. AJA (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 1993*, vol. I, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1994, pág. 445.

(11) Sin ánimo de ejemplarizar, pero sí de ejemplificar, vid. la escueta regulación del Consejo Consultivo de La Rioja, creado por la Ley 3/1995, de 8 de marzo, de Régimen jurídico del Gobierno y de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que está compuesto por tres miembros y que se remite sencillamente a las competencias del Consejo de Estado e incluso, supletoriamente, a su normativa reguladora.

En efecto, creo que hay que superar el «síndrome de Consejo de Estado», que significa actuar por comparación con el mismo y no por las exigencias propias de cada Comunidad Autónoma y de la funcionalidad de la actividad consultiva. Debe evitarse a toda costa que se consolide esa tendencia que ya hoy se manifiesta y que entiendo imprescindible «homologar» los órganos consultivos autonómicos con el Consejo de Estado, y proceder a analizar en cada caso, y por cada uno de los jueces contencioso-administrativos, si un determinado órgano, por su composición y posición institucional, puede ser considerado «equivalente» al Consejo de Estado. Esta es la dinámica que ha generado la Sentencia constitucional, y que ha empezado a ser aplicada por el Tribunal Supremo (12).

Entiendo, por el contrario, que se debe asumir que la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas es capaz de encontrar la solución adecuada y conveniente a cada caso, al margen de eventuales modelos de organización de la función consultiva en las Comunidades Autónomas. Piénsese que los órganos consultivos a que nos referimos intervienen en el ejercicio por el Gobierno autonómico de potestades públicas de alto contenido político, como lo es, sin ir más lejos, la potestad reglamentaria. Ello conduce a tomar en consideración que tales órganos, por su estrecha relación con una de las más relevantes instituciones de autogobierno de cada Comunidad Autónoma, no son sólo Administración pública, a los efectos del artículo 149.1.18 CE, sino que en algo se aproximan a aquellas instituciones de autogobierno. La capacidad de regulación organizativa sobre dichos órganos por parte de las Comunidades Autónomas no debe ser desconocida, siempre que se acepte que los elementos esenciales a tener en cuenta son las exigencias, de objetividad, independencia y cualificación técnica. Ahora bien, la traducción al caso concreto es de difícil estandarización *a priori*, por lo que no me parece adecuado señalar un único patrón en el que medirse y que éste deba ser, con todas sus características históricas, el modelo hoy cristalizado del Consejo de Estado (13).

En cualquier caso, lo que debe destacarse es que, en esta perspectiva, estamos contemplando el fenómeno de la relación entre *función*

---

(12) Así, la STS de 16 de enero de 1993. En cambio, la STS de 2 de noviembre de 1993 prescinde absolutamente de verificar la homologación del órgano autonómico.

(13) Finalizada ya la redacción de este trabajo llega a mis manos el libro de David Vicente BLANQUER, *Consejo de Estado y Autonomías*, Madrid, 1994, por lo que no me ha sido posible incorporar al texto algunas de sus aportaciones, en muchos casos verdaderamente sugerentes. Pero si lo cito aquí es, precisamente, porque entiendo que en este libro se abusa de la metodología comparatista que denuncio en el texto, lo que conduce al autor a unas conclusiones que, en ciertos extremos, resultan muy alejadas de nuestro *efectivo* sistema institucional.

*consultiva y poder ejecutivo* y, como se puede ver, ofrece planteamientos totalmente diversos a los que suscita la anteriormente referida función de garantía estatutaria frente al legislador que también cumplen algunos órganos consultivos autonómicos.

## 2.2. *La potestad reglamentaria*

Como decía, uno de los campos donde la aplicación de la función consultiva en el Estado Autonómico adquiere tintes más complejos es el de la intervención del Consejo de Estado o del correspondiente órgano consultivo autonómico en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los respectivos gobiernos. Se parte de la base de que la potestad reglamentaria, en tanto que significa la creación de normas jurídicas que pasan a integrarse en el ordenamiento, ofrece una trascendencia social y jurídica de primer orden, y tiene una enorme incidencia en la conformación estable y duradera de la convivencia colectiva, de lo que se han hecho eco los órganos consultivos, como, por ejemplo, la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, que en su *Memoria anual* de 1992 destaca esa relevancia para llamar la atención acerca del rigor con que debe ejercerse la potestad reglamentaria (14).

En mi opinión, en el momento actual de evolución de las relaciones entre el ejecutivo y los demás poderes del Estado y ante el amplio despliegue que ha alcanzado el papel del reglamento, no se trata tanto de limitar o restringir el ámbito de la potestad reglamentaria por relación a la ley, como hace una parte de la doctrina que se ocupa de la teoría de las fuentes, sino más bien de introducir elementos de garantía en su ejercicio y mejorar los medios de su control jurídico. En esta línea de preocupaciones se inserta la cuestión del procedimiento de elaboración de los reglamentos y, dentro de él, el dictamen preceptivo de los órganos consultivos, dictamen que aporta una garantía de acierto y de legalidad. Así, por ejemplo, la STS de 13 de enero de 1993 nos recuerda que el dictamen del Consejo de Estado, «más que un control de legalidad pura y simple, debe entenderse como un requisito garantizador en el procedimiento de elaboración de reglamentos» (15).

Aquí nos topamos con la ampliación y complicación de la tipología de los reglamentos y, en concreto, las clases de reglamentos ejecutivos, remitidos, e independientes.

---

(14) Comissió Jurídica Assessora, *Memoria 1992*, págs. 13 y ss.

(15) Vid., también, STS de 16 de octubre de 1989.



Recuérdese, en primer lugar, la verdadera distorsión que se ha producido a partir de la distinción entre reglamentos *ejecutivos* y reglamentos *independientes* —una distinción que en ocasiones resulta artificiosa— y que es consecuencia, en parte, de la jurisprudencia «forzada» a no exigir el dictamen del Consejo de Estado para los reglamentos organizativos, a los que debe calificar de independientes (16) a pesar de desarrollar y ejecutar claramente preceptos de una Ley (17).

En este sentido debemos señalar la consolidación de una nueva categoría de reglamentos, en la medida en que, según la STS de 7 de febrero de 1989, «a estos efectos —necesidad del dictamen del Consejo de Estado— pueden equipararse los reglamentos ejecutivos de la ley, con los que desarrollan una remisión normativa», es decir, aquellos «*reglamentos remitidos*» o por remisión (18), o «*reglamentos delegados*», que obedecen a una remisión en blanco, sin imposición de directrices normativas por la Ley, pero que no son reglamentos independientes porque se producen en un ámbito material formalmente reservado a la ley. La alusión al dictamen del Consejo de Estado debe hacerse extensiva, evidentemente, al órgano consultivo de la correspondiente Comunidad Autónoma (19). Téngase presente, por lo demás, que estos casos son equiparables en Francia a los antiguos *règlements d'administration publique*, que requerían la intervención previa, en sede consultiva, del Consejo de Estado, y cuya previsión normativa ha sido hoy sustituida por las remisiones legales a los denominados *décrets en Conseil d'Etat*.

En segundo lugar, también cabe traer aquí la distinción entre reglamento *ejecutivo* y reglamento autonómico *complementario de ley básica estatal* (20). Ciertamente, su relación con la Ley es distinta,

---

(16) J. M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, 1991, pág. 205.

(17) Respecto de la distinción entre reglamentos ejecutivos e independientes, y la jurisprudencia «forzada», vid., entre otras, la STS de 5 de junio de 1989, citada por R. ALONSO, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Madrid, 1992, pág. 67: el artículo 22.3 LOCE «ha originado la construcción jurisprudencial dicotómica, quizás artificiosa, que separa los reglamentos ejecutivos de los reglamentos independientes»; y en ese mismo sentido, véase la *Memoria* del Consejo de Estado del año 1989.

(18) En terminología acuñada por J. TORNOS, *La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional*, núms. 100-102 de esta REVISTA (1983), vol. I, pág. 486.

(19) También en estos casos la jurisprudencia del Tribunal Supremo es vacilante. Así, la STS de 8 de julio de 1994 entiende que «la amplitud que el contenido de la norma remitida confiere al destinatario de la delegación [es] lo que, en definitiva, excluye la imprescindibilidad de la intervención previa del Consejo de Estado en su función homologadora consultiva que, en este caso, carece de referentes directos sobre los que materializarse, salvo los que se deriven de la Constitución o del conjunto del ordenamiento jurídico».

(20) G. TRUJILLO, *La función consultiva en las Comunidades Autónomas: sus órganos específicos y sus relaciones con el Consejo de Estado*, «Documentación Administrativa», 226

puesto que el reglamento autonómico se mueve en un margen más amplio, habida cuenta que en su dictado el Gobierno autonómico debe poder introducir su propia opción política; pero ello no es motivo para excluir a esta categoría de reglamentos de la necesidad del dictamen previo del órgano consultivo, en la línea que aquí se propugna de no restringir la consulta a los reglamentos ejecutivos en su acepción más clásica.

En relación con las categorías de los reglamentos independientes, pero también respecto de los remitidos y de los autonómicos dictados en el marco de una ley estatal, habrá que reflexionar acerca de la conveniencia de aplicarles los mismos mecanismos de garantía previa de la legalidad que a los «reglamentos dictados en ejecución de las leyes», en la línea que se ha sugerido (21) de suplir así la mayor distancia entre el reglamento y la legalidad formal. Y en ello se incluiría con toda naturalidad la intervención consultiva del Consejo de Estado o de los consejos autonómicos correspondientes. En este orden de consideraciones traigo a colación, a título de ejemplo, la previsión expresa de una consulta facultativa para estos casos contenida en la Ley de la Comisión Jurídica Asesora —art. 3.3.a) del Decreto Legislativo 1/1991—, que dice así: «también corresponde a la Comisión Jurídica Asesora dictaminar sobre los anteproyectos de ley y sobre los proyectos de reglamentos y de disposiciones de carácter general no incluidos en el artículo 3.1.b) —estos últimos son los ejecutivos— que se sometan a su consideración». La línea de mantener con todo su valor la distinción expresa entre los diversos tipos de reglamentos tal vez dificulta ampliar conceptualmente el ámbito de los «ejecutivos» a efectos de la consulta preceptiva. Pero lo que también es cierto, y es lo que quiero destacar ahora, es que la previsión expresa de que los demás reglamentos pueden ser sometidos a dictamen de la Comisión Jurídica Asesora manifiesta una indicación clara al Gobierno, no de la *necesidad*, pero tampoco de la *sola posibilidad*, sino de la *oportunidad* de efectuar la consulta.

Y ya en esta misma línea de ideas, cabe recordar la situación que se produce en Italia, donde la Ley número 400, de 23 de agosto de 1988, en su artículo 13, dispone: «Por Decreto del Presidente de la República, previa deliberación del Consejo de Ministros, y oído el dictamen del *Consiglio di Stato*, pueden ser dictados reglamentos, entre otros casos, para regular las materias en las cuales no existe re-

---

(1991), pág. 29. Vid., asimismo, las STS de 1 de junio de 1990, 13 de junio de 1992 y 13 de enero de 1993.

(21) R. ALONSO, *ob. cit.*, págs. 62 y ss.

gulación por ley o acto con fuerza de ley, siempre que no se trate de materias reservadas a la ley» (22).

En definitiva, la extensión y multiplicación de las fuentes productoras de normas reglamentarias, así como la complejidad de su tipología y la cada vez más matizada expresión de su relación con la ley, obligan a afinar los instrumentos de prevención, de control y de garantía previos al dictado de una norma reglamentaria. En este campo se ha de desarrollar la actividad de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, en la medida en que la actividad normativa de las mismas se plasma de manera preferente por esta vía, con una notable relativización del papel del legislador autonómico, concorde, por lo demás, con la tendencia general que se produce en el parlamentarismo contemporáneo (23).

### 2.3. *Función consultiva y control judicial.* *La discrecionalidad administrativa*

Las anteriores observaciones nos permiten introducir una nueva línea de reflexión. La Administración consultiva representa en estas relaciones con el Gobierno y con la Administración activa una doble función: una *función de control, pero también una función de asesoramiento*. Formalmente, y sin duda esquematizando demasiado, puede decirse que el control se expresa de manera más fuerte en los dictámenes preceptivos, pero singularmente en los vinculantes u obstativos; el asesoramiento, en todos los casos, pero sobre todo en las consultas facultativas. En cualquier caso, esa doble funcionalidad supone que en el régimen organizativo y funcional del órgano consultivo debe poder expresarse a la vez la calidad técnica del órgano y la confianza del Gobierno en él, aspecto este último que se refleja en parte en la competencia del Gobierno para el nombramiento de los miembros del órgano consultivo. Esto es lo que ocurre en varios órganos consultivos autonómicos, como la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, el Consejo Consultivo de Andalucía, el de las Islas Baleares, el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad

---

(22) J. M. BANO, cit., pág. 190. Vid. extensamente el ilustrativo trabajo de Laura AMANATI, «La funzione consultiva del Consiglio di Stato: limiti e potenzialità», en el vol. *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, dirigido por Y. MENY, Bolonia, 1994, págs. 345 y ss.

(23) Vid. al respecto el *Informe Comunidades Autónomas* que edita anualmente el Instituto de Derecho Público bajo la dirección de Eliseo AJA. No obstante, también es cierto, y así se pone de relieve en dichos Informes, que cada vez más la Ley autonómica está ocupando el papel material que tradicionalmente era propio del reglamento. Vid. Martín M.<sup>a</sup> RAZQUIN, *Ley autonómica, reglamento y control*, núm. 128 de esta REVISTA (1992), págs. 107 y ss.

Valenciana, etc., que siguen a grandes trazos los esquemas propios del Consejo de Estado. El único caso que no encaja exactamente en este modelo es el Consejo Consultivo de Canarias, tres de cuyos cinco miembros son nombrados por el Parlamento, a pesar de que el Consejo desarrolla esta función de relación con el Gobierno que calificamos a la vez de asesoramiento y de control (24).

Se plantea así una modulación a las concepciones clásicas que equiparan absolutamente la función consultiva con la función de control, y que no obstante entiendo que deben ser diferenciadas. En el momento actual, la función consultiva debe situarse en el tránsito del *control* de la legalidad del ejercicio de las potestades administrativas y de gobierno hacia la *colaboración* y auxilio al ejercicio de dichas potestades dentro de la legalidad.

La perspectiva planteada creo que tiene su interés si la ponemos en relación con el tema del control de la discrecionalidad administrativa, la dificultad del *control judicial pleno* de la misma (25) y su clara proyección sobre la potestad reglamentaria, de la que hablábamos hace un momento. Respecto de esta última, la virtualidad de la intervención de los órganos consultivos la expresa nítidamente la STS de 13 de noviembre de 1987: «El importante grado de discrecionalidad de la potestad reglamentaria multiplica la trascendencia de los dictámenes que deben preceder a la emanación de la norma: existen razonamientos de oportunidad que formulados en sede jurisdiccional pueden resultar inoperantes y que en cambio en la vía administrativa pueden tener éxito, alterando el contenido de la disposición».

En efecto, uno de los extremos más delicados de la actividad de control jurídico, ya sea en sede consultiva, ya sea en sede jurisdiccional, radica en determinar la posibilidad y el alcance de efectuar razonamientos acerca de la oportunidad de las decisiones administrativas y, en concreto, de aquellas con contenido normativo. Ello obliga a retomar el tema del *contenido* de la función consultiva, en relación con el significado de lo que deba entenderse por asesoramiento y por control de la legalidad administrativa. La legislación sobre los órganos consultivos autonómicos aporta alguna idea al respecto. Así, por ejemplo, debe sacarse alguna consecuencia de la expresión que utili-

(24) El Consejo Consultivo de Cataluña no se ve afectado por esa circunstancia, porque aun siendo de nombramiento mayoritariamente parlamentario, no ejerce esas funciones de asesoramiento y control respecto al Gobierno en el ejercicio de sus potestades típicas.

(25) Vid., entre otros, L. PAREJO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, 1993; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994; así como los trabajos de T. R. FERNÁNDEZ recogidos en su libro *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, 1995.

za el artículo 5.1 de la Ley de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña: «Las funciones de *asesoramiento* a que se refiere esta Ley son únicamente las de carácter *jurídico*. En ningún caso corresponden a la Comisión Jurídica Asesora el *juicio político* ni el de *oportunidad*.»

Se observará que los términos empleados por la Ley catalana permiten una amplia gama de matices. Por un lado, no hay duda que el *juicio político* corresponde hacerlo a los sujetos y órganos portadores de la participación política y de su representación: así, los partidos políticos (art. 6 CE) y el Parlamento, que impulsa y controla la acción política del Gobierno (art. 30.1 Estatuto de Autonomía de Cataluña). Por otro lado, el juicio de *estricta oportunidad* puede ser incorporado al procedimiento reglamentario a través, en todo caso, de la participación pública derivada del mandato del artículo 105 CE (26). Entre una y otra actividad queda un amplio arco de intervenciones que cabe encuadrar en las funciones de asesoramiento jurídico.

En cuanto al alcance del juicio que debe emitir el órgano consultivo, podemos encontrar una amplia variedad en las previsiones legales al respecto y en la práctica seguida en los diversos ámbitos. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado francés es considerado casi como «coautor» de los reglamentos cuyo proyecto le es sometido a consulta —lo que da lugar a la expresión *décret en Conseil d'Etat*—, puesto que llega incluso a redactar su propio texto del proyecto. El *Conseil d'Etat* formula su opinión a partir de un conocimiento acabado de la conveniencia de la norma, gracias a la intervención de los comisionados del gobierno (27) que informan al *rapporteur* y a la sección, discuten y comentan el texto y su contexto, y ofrecen una completa información sobre la funcionalidad de la norma proyectada (28).

Por su parte, el Consejo de Estado español está ampliamente facultado para intervenir en la conveniencia de los asuntos sometidos a su consulta. Así, el artículo 2.1 LOCE permite e incluso obliga a que el Consejo valore los aspectos de oportunidad y de conveniencia

(26) Vid., entre otros muchos, J. J. LAVILLA RUBIRA, *La participación pública en el procedimiento de elaboración de reglamentos en los Estados Unidos de América*, Madrid, 1991. En relación con la múltiple y variada jurisprudencia española sobre la cuestión, vid. J. M. TRAYTER, *¿Son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia?*, Madrid, 1992.

(27) La figura no debe confundirse con el *commissaire du gouvernement* que actúa en el contencioso. Aquí se trata de representantes oficiales del ministerio proponente del reglamento.

(28) Vid. el interesante libro de J. P. COSTA, *Le Conseil d'Etat dans la société contemporaine*, Economica, París, 1993, págs. 43 y ss. De esta manera de proceder en el Consejo de Estado francés se ha hecho eco el propio Consejo de Estado español: vid. la *Memoria* del año 1992, pág. 112. Vid., asimismo, Y. MENY y M. GUERAUDIN, «Consultazione o co-decisione? L'evoluzione del ruolo consultivo del "Conseil d'Etat"», en el vol. *Il Consiglio di Stato*, cit., págs. 397 y ss.

cuando lo exija la índole del asunto, y parece que en materia de reglamentos puede entenderse, por la naturaleza misma de la potestad normativa, que sí se produce esa exigencia. Y también valorará estos aspectos si lo solicita expresamente la autoridad consultante y cuando lo exija la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines, extremo este último que aporta nueva funcionalidad a la eficacia en tanto que principio jurídico-constitucional (art. 103 CE) (29).

En otros casos, la previsión legal es más restrictiva. Así, el artículo 2 de la Ley del Consejo Consultivo de Andalucía dispone que el mismo «no entrará a conocer de los aspectos de oportunidad y conveniencia, salvo que le sea solicitado expresamente», y la Ley del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana precisa que tal posibilidad se dará sólo «excepcionalmente». Por otra parte, la normativa de los Consejos Consultivos de Cataluña, de Canarias y de las Islas Baleares excluye totalmente la posibilidad de que sus dictámenes contengan valoraciones de oportunidad y de conveniencia, pero esta solución radical puede tener sentido, efectivamente, cuando se trata de dictámenes relativos a textos legislativos que están en tramitación en el respectivo Parlamento, lo que se produce precisamente en los casos de Cataluña y de Canarias, ya que en estos casos se trata de una intervención en garantía jurídica del Estatuto.

Pero en cualquier caso, con todos sus matices, se remarca la distinta posición del juez y del órgano consultivo, en el ejercicio de sus funciones propias, respecto al juicio sobre la discrecionalidad administrativa.

Hay que precisar, pues, el contenido de la función o competencia de asesoramiento jurídico, en la expresión empleada por la Ley de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña. Muy rápidamente, señalemos que la función de asesoramiento jurídico parece que es sustantivamente distinta de la de estricto control de legalidad. Desde luego, por su eficacia, como ya señalaba Santi ROMANO (30) —que por cierto fue, como se sabe, presidente del *Consiglio di Stato*—, puesto que lo que denomina control preventivo tiene la fuerza del informe u opinión, y no la de la resolución jurisdiccional. Se trata de la teoría clásica según la cual el control conlleva la formulación de un juicio más

(29) Vid. el número monográfico de «Documentación Administrativa», 218-219 (1989), y, en especial, el trabajo de L. PAREJO, *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública*.

(30) Santi ROMANO, «Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato», en los *Studi in occasione del Centenario del Consiglio di Stato*. Tomo la cita de Pasquale DI PACE, «Il Consiglio di Stato e l'attività consultiva», en el vol. *Atti del Convegno celebrativo del 150.º anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milán, 1983, pág. 346.

la adopción de una medida. Por su parte, el asesoramiento jurídico no se limita al juicio sobre si lo que se propone llevar a cabo la Administración activa es legal o ilegal. Este juicio es el contenido propio de la función jurisdiccional, que se expresa radicalmente en la medida anulatoria. Y así se ha dicho certeramente que el juez contencioso-administrativo es «Administración negativa», al igual que el Tribunal Constitucional es «legislador negativo» (31). En realidad, el juez comprueba la no violación de los límites de la legalidad.

Por el contrario, el asesoramiento jurídico, además de cumplir también preventivamente esta función, va más allá, puesto que debe velar para que el conjunto de los valores jurídico-constitucionales se cumplan positiva y efectivamente a través de las medidas propuestas por la Administración activa, y no sólo velar para que dichos valores no sean infringidos o vulnerados (32). En este sentido, en la función de asesoramiento hay que tomar en consideración los principios de seguridad jurídica, así como los principios relativos a la posición constitucional de la Administración pública expresados en el artículo 103.1 CE: el principio de objetividad, u otros de difícil control de legalidad desde la jurisdicción —eficacia, coordinación— pero de contenido jurídico, al fin y al cabo; el principio de servicialidad, que está también en el artículo 3 de la LRJPAC, etc. En este sentido, recuérdese que el artículo 2.1 de la LOCE asigna al Consejo de Estado la misión de considerar y velar por la mayor eficacia de la Administración.

Todo ello son elementos jurídicos de la actuación administrativa y, para valorar o enjuiciar su mayor o menor efectividad, su consecución y manifestación directa a través de una disposición o resolución administrativa, incluso su simple respeto o no vulneración, requieren realizar un juicio de *oportunidad jurídica*, que afecta al núcleo o reducto último de la discrecionalidad. Esa vertiente de la oportunidad no la puede valorar el juez en todas sus dimensiones, negativa y positiva.

Lo que aporta de útil la función consultiva en este extremo es que aquello que no puede hacer el juez, que es sustituir la decisión que es competencia constitucional del Gobierno y de la Administración, en el reducto de su discrecionalidad —puesto que supondría una atribución de competencias o funciones concurrentes entre los poderes eje-

---

(31) Ch. GUSY, citado por PAREJO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, 1993, pág. 58.

(32) Como dice F. LEDESMA, al Consejo de Estado «le corresponde velar por el ordenamiento jurídico en su conjunto, con la vista puesta en los valores y los principios»; intervención en los actos conmemorativos del XV Aniversario de la *Comisión Jurídica Asesora*, en la *Memoria de 1993*, citada, pág. 45.

cutivo y judicial (33)— sí que es admisible cuando tal concurrencia competencial no se da inter-poderes del Estado, sino que tiene lugar entre órganos de la Administración, entre el órgano consultivo y la Administración activa; por más que el órgano consultivo no esté integrado, evidentemente, en la jerarquía administrativa y goce de absoluta autonomía e independencia. En este caso, *no habría ya un problema de relación entre funciones constitucionales distintas, sino que se trataría de la forma de articulación interna, con intervención de asesoramiento jurídico y control preventivo de legalidad, del ejercicio de una de ellas, la función de administrar.*

Con todo, se concluye que el asesoramiento jurídico o función consultiva ha de poder incluir el juicio positivo y no sólo defensivo o negativo sobre el núcleo de la discrecionalidad administrativa. De esta manera, la función consultiva viene a completar el conjunto de instrumentos de garantías jurídicas en aquellos extremos en los que la protección jurisdiccional es difícilmente efectiva. Recordemos la STS de 13 de noviembre de 1987 más arriba citada: «existen razonamientos de oportunidad que formulados en sede jurisdiccional pueden resultar inoperantes».

Y en una ocasión posterior, y refiriéndose en concreto a la potestad reglamentaria, la STS de 27 de mayo de 1993 fija la siguiente doctrina: el Consejo de Estado ostenta competencia general sobre el conjunto de asuntos de que conocen las distintas Administraciones públicas y, al poder valorar las cuestiones de oportunidad o conveniencia, su intervención adquiere el carácter de *juicio de síntesis* de todas las cuestiones planteadas y de los informes específicos emitidos con anterioridad. Pero ello debe compatibilizarse con la discrecionalidad con que el Gobierno ejerce su potestad reglamentaria. Indudablemente, el titular de la potestad reglamentaria tiene la facultad de introducir en el texto dictaminado por el Consejo de Estado las modificaciones que entienda adecuadas. El límite de estas posibles modificaciones estriba en la eventual necesidad de un nuevo dictamen del Consejo de Estado cuando las innovaciones introducidas no han sido sugeridas por el dictamen, o son ajenas a los términos de la consulta y además ostentan una relevancia sustancial (34).

Esa función institucional que se predica de la actividad consultiva del Consejo de Estado es la que corresponde igualmente a aquellos órganos consultivos de las Comunidades Autónomas que por su situación relativa respecto de la correspondiente Administración pú-

---

(33) Según la construcción de PAREJO en su libro *Administrar y juzgar*, cit., págs. 116 y ss.

(34) Esta misma doctrina que recoge el TS estaba ya expresada en la *Memoria* de la Comisión Jurídica Asesora del año 1992, pág. 17.



blica, en lo orgánico y en lo funcional, ejercen un papel similar de control de legalidad y de alto asesoramiento jurídico *independiente*.

#### 2.4. *La relación entre el poder ejecutivo y los órganos consultivos*

Quiero hacer todavía una última reflexión desde esta perspectiva de la función consultiva como asesoramiento y control del ejecutivo. Se trata de aprovechar la circunstancia generada con el establecimiento y desarrollo de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas para intentar mejorar algunos aspectos de la articulación clásica del funcionamiento y del ejercicio mismo de la actividad consultiva por parte de los nuevos organismos. En concreto, me refiero a su relación con la Administración consultante.

La posición de autonomía orgánica y funcional que caracteriza a estos órganos consultivos, y que debe conducir a su no adscripción a ninguna rama de la organización de la Administración activa, garantiza su objetividad e independencia. Ahora bien, ello no ha de impedir, sino todo lo contrario, que se produzcan una serie de relaciones y de contactos entre la Administración consultante y el órgano llamado a emitir su dictamen, con el objeto de que éste pueda percibir con mayor precisión la problemática subyacente en la cuestión o proyecto que se consulta. Podría pensarse que no han de haber dificultades para introducir novedades de este tenor en el campo de los consejos consultivos autonómicos, habida cuenta de la menor dimensión de las Administraciones autonómicas y de la mayor proximidad que en este contexto se produce entre unos y otros órganos. Pero esta misma circunstancia es la que puede generar también el riesgo de que se produzcan interferencias en la independencia del órgano consultivo, riesgo que hay que evitar a toda costa. Por ello, las relaciones del Gobierno y de la Administración autonómica con el correspondiente órgano consultivo han de ser lo más formalizadas posible, lo que no quiere decir que deban ser necesariamente solemnes y distantes, y han de permitir al mismo tiempo un contacto ágil y fructífero.

Me he referido antes a la existencia en Francia de la figura del *commissaire du gouvernement* —en sentido distinto del que interviene en el contencioso—, enviado por la Administración, previa sugerencia del *Conseil d'Etat* en sede consultiva, para informar y documentar al Consejo sobre el asunto que debe dictaminar. En este contexto es especialmente destacada la estrecha relación entre el Consejo de Estado y la Secretaría General del Gobierno, que envía un *chargé de mission* que coordina la información. Quiero resaltar

ahora la importancia que se da en Francia a esta relación, que J. P. COSTA denomina de *colaboración* (35) y que permite aumentar la calidad de la labor del órgano consultivo, especialmente en la vertiente de su función de asesoramiento, aunque también redundan en beneficio de un más adecuado ejercicio del control de legalidad (36).

También en Italia, en relación al *Consiglio di Stato*, el Texto único de 26 de junio de 1924, número 1054, en su artículo 21 contempla la posibilidad de que los ministros o sus delegados puedan intervenir en la *adunanza generale* —el pleno— y en las reuniones de las Secciones, conservando así el modelo histórico inicial de los Consejos de Estado.

En el caso español, la Ley Orgánica del Consejo de Estado prevé en su artículo 18.2 la posibilidad de que puedan ser invitados a informar ante el Consejo organismos o personas con notoria competencia técnica en las cuestiones relacionadas con el asunto sometido a consulta, y en el artículo 18.3 se regula la petición de ampliación de antecedentes, informes, pruebas, etc., que se consideren necesarios. En términos muy parecidos se pronuncia el artículo 13.1 y 2 de la Ley de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, y también el artículo 17 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, el artículo 18 de la Ley del Consejo Consultivo de las Islas Baleares, el artículo 26 de la Ley del Consejo Consultivo de Andalucía y el artículo 15.2 de la Ley del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana. Entiendo que todas estas previsiones legales abren la posibilidad de que, al menos en el ámbito autonómico —¿y por qué no también en el del Consejo de Estado?—, el órgano consultivo pueda convocar a la Administración consultante para que destaque a un representante que aporte toda la documentación e información que requiera el órgano consultivo y que pueda sostener incluso un verdadero diálogo con él antes de que el mismo formule su dictamen, en la línea antes señalada de lo que sucede en la formación administrativa del Consejo de Estado francés en su función consultiva.

Esas mismas previsiones legales pueden favorecer el hallazgo de soluciones a los cada vez más frecuentes problemas de carácter técnico con los que han de enfrentarse el Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos para poder emitir fundadamente sus dictámenes, y para cuya resolución correcta sería casi necesaria la intervención de un perito externo a la Administración o independiente de ella.

Estoy pensando, por poner un ejemplo significativo, en las nume-

---

(35) *Le Conseil d'Etat*, cit., pág. 112.

(36) Sobre el modo en que se desarrolla esta relación, vid. Y. MENY y M. GUERAUDIN, *Consultazione o co-decisione?...*, cit., págs. 405 y ss.

rosísimas reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a consecuencia de la prestación de los servicios sanitarios, que alcanzan en los últimos años un volumen notable debido a los contagios por transfusiones (37), y en los que el órgano consultivo ha de pronunciarse expresamente sobre la existencia de la relación de causalidad, según dispone el artículo 12.2 del Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial. En no pocos de estos casos se hace evidente la necesidad de que se pueda disponer de un asesoramiento técnico, objetivo e independiente de la propia Administración sanitaria, que informe directamente al órgano consultivo con absoluta libertad respecto de la Administración responsable del servicio público. La figura de comisiones técnicas o autoridades independientes es posiblemente la que mejor podría servir a esta finalidad, que beneficiaría a la calidad de la función consultiva y, en consecuencia, incrementaría el nivel de garantías de los ciudadanos.

En fin, si una correcta articulación de las relaciones entre los órganos consultivos, tanto estatal como autonómicos, y las Administraciones públicas correspondientes puede mejorar las condiciones en que se ha de desarrollar la función consultiva, no cabe duda que ello ha de completarse con una circunstancia capital: hay que reducir al máximo los supuestos de consulta urgente, sobre cuyo abuso se ha manifestado el propio Consejo de Estado (38). También los órganos autonómicos corren el riesgo de verse afectados por las urgencias de la Administración. La función consultiva debe producir seguridad jurídica, singularmente cuando se proyecta sobre la actividad reglamentaria del Gobierno, a cuyos productos debe proporcionar garantía de calidad y de estabilidad, y para ello es preciso que los órganos consultivos trabajen sin urgencias.

### 3. ORGANOS CONSULTIVOS Y ARBITRAJE INTERADMINISTRATIVO

#### 3.1. *Los conflictos territoriales internos*

Una de las singularidades que ofrece la función consultiva en su articulación dentro del Estado autonómico es su proyección como

---

(37) Vid., recientemente, J. L. MUGA MUÑOZ, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el contagio del sida*, núm. 136 de esta REVISTA (1995), págs. 277 y ss. También F. PANTALEÓN, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid, 1995.

(38) Vid. la *Memoria* del año 1992, pág. 111. En el mismo sentido crítico, el *Rapport annuel* del *Conseil d'Etat* del año 1991, entre otros.

sistema de resolución de conflictos entre los diversos niveles territoriales y organizativos que configuran el entramado institucional de las distintas Comunidades Autónomas. Se trata de una actuación preventiva que permite evitar el planteamiento definitivo de ciertos conflictos que afectan señaladamente a ciertas Comunidades Autónomas, y en los que la intervención del órgano consultivo ha de jugar un papel mediador o arbitral de primer orden. Las situaciones a que me estoy refiriendo consisten específicamente en supuestos de conflictos entre las instituciones territoriales intermedias que pertenecen a una Comunidad Autónoma y esta última: Territorios Históricos vascos, consejos insulares en la Islas Baleares, cabildos insulares en el Archipiélago de las Islas Canarias.

En todos estos casos, aun con formulaciones diferenciadas, nos hallamos ante instituciones que no son únicamente entidades locales, sino que a la vez aparecen como *instituciones propias* de la Comunidad Autónoma, y ostentan frente a ésta una determinada posición institucional y competencial más o menos protegida. Los conflictos que pueden surgir al hilo de disputas competenciales requieren mecanismos específicos de resolución que ofrezcan garantía de los respectivos ámbitos. En estos que podemos denominar *conflictos territoriales* nos encontramos en realidad ante supuestos de verdadera exigencia de garantías estatutarias, puesto que el diseño organizativo territorial interno se encuentra plasmado en el Estatuto, y es la primacía y la efectividad de ese diseño lo que requiere protección. La ausencia de una jurisdicción estatutaria, según antes se ha comentado ampliamente, desliza nuevamente hacia la organización consultiva la resolución del conflicto, habida cuenta de que los conflictos a que nos referimos no son únicamente de naturaleza administrativa —que eventualmente podrían ser residenciados en la jurisdicción contencioso-administrativa—, sino que pueden alcanzar al legislador autonómico.

El primer supuesto que se plantea es el de los Territorios Históricos del País Vasco, cuya *Comisión Arbitral*, prevista en el artículo 39 EAPV, ha sido regulada por la Ley 13/1994, de 30 de junio (39). Se trata de un órgano dirigido a «garantizar la unidad y el equilibrio político de Euskadi», que descansa «en la armonía y la complementariedad entre la Comunidad Autónoma y sus instituciones y los Territo-

---

(39) Vid. Jesús LEGUINA, *La Ley 13/1994, de 30 de junio, reguladora de la Comisión Arbitral y el artículo 39 del Estatuto Vasco*, «RVAP», 41 (1995): «En memoria de Pedro M.<sup>o</sup> LARUMBE BIURRUN». Sobre la inicial previsión estatutaria, J. BALZA AGUILERA, *La naturaleza jurídica de las Comisiones Arbitrales (el art. 39 del Estatuto de Autonomía del País Vasco)*, «RVAP», 12 (1985), así como las referencias de T. R. FERNÁNDEZ en su obra *Los derechos históricos de los territorios forales*, Madrid, 1985, págs. 171 y ss.

rios Históricos y las suyas», y está compuesto por seis miembros, tres designados por el Gobierno vasco y uno por cada diputación foral, siendo presidido por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia.

Entre las funciones de la Comisión Arbitral destacamos la denominada «cuestión de competencia», que es el planteamiento de un conflicto preventivo, planteado por las Juntas Generales y las diputaciones forales ante proyectos o proposiciones de ley en tramitación en el Parlamento vasco, o bien planteados por el propio Parlamento o el Gobierno frente a proyectos y proposiciones de normas forales, cuando se estime que los citados proyectos vulneran el orden de competencias establecido en el Estatuto de Autonomía.

En relación con la cuestión de competencia, debe destacarse el carácter suspensivo de la misma como regla general. Pero lo más interesante estriba en la eficacia y el alcance de las resoluciones de la Comisión Arbitral. En efecto, sus decisiones cuasi «vinculan» al Gobierno, en el sentido de que deberá retirar el proyecto de ley que sea estimado contrario al Estatuto, y al Parlamento, que deberá eliminar la contradicción con el Estatuto que haya sido indicada y efectuar las adaptaciones pertinentes; así como a las diputaciones forales, que deberán retirar sus proyectos de normas forales que contradigan el Estatuto o las leyes que delimitan el orden competencial interno. Como se puede ver, la «fuerza» de las resoluciones de la Comisión Arbitral es notable, pero no puede decirse que tengan efectos invalidantes ni que en estos supuestos posean la fuerza de la cosa juzgada. No es una decisión jurisdiccional, y en este sentido puede sugerirse una calificación de la misma como un dictamen vinculante u obstativo, que se impone incluso al legislador autonómico. Atendiendo a ello, la posición de la Comisión Arbitral es parecida a la de aquellos Consejos Consultivos, como el catalán y el canario, que ejercen funciones específicas de garantía del Estatuto frente a normas de las propias instituciones autonómicas que puedan contradecirlo, pero, naturalmente, con una mayor incidencia que en los citados casos sobre el procedimiento normativo, que queda condicionado de manera mucho más fuerte.

En relación con los conflictos de competencias —reivindicación competencial concreta—, cabe atribuir a la Comisión Arbitral una función «análoga» a la jurisdiccional, puesto que toma decisiones que declaran el Derecho con carácter definitivo respecto a la titularidad de una determinada competencia disputada, y tales resoluciones no son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, puesto que se entiende que no son actos administrativos dictados por una Administración pública (40).

---

(40) LEGUINA, *ob. cit.*, pág. 260. En 1984 se había presentado en el Parlamento vasco

La estructuración territorial de las Comunidades Autónomas que cuentan con instituciones propias de especial relevancia requiere, como decía, instrumentos de garantía de las mismas y de resolución de las controversias que, en la medida de lo posible, ha de producirse en el marco de la propia Comunidad. Esta exigencia la cumple también en un cierto sentido el Consejo Consultivo de Canarias en relación a los *Cabildos insulares*. Así, por una parte, se prevé expresamente su intervención respecto de las proposiciones de ley que sean fruto de la iniciativa legislativa de los Cabildos, reconocida en el artículo 11.4 del Estatuto de Autonomía, en el supuesto de que el propio Cabildo aprecie que el dictamen del Consejo es preceptivo. Por otro lado, también se deberá recabar dicho dictamen cuando un Cabildo entienda que un anteproyecto o una proposición de ley afectan a la materia relativa a los Cabildos insulares —arts. 10.3.e) y 11.3 de la Ley de 6 julio 1984 del Consejo Consultivo de Canarias—.

Ciertamente, la regulación es algo imprecisa y deficiente, puesto que parece que, en realidad, los Cabildos no están legitimados directamente para solicitar el Dictamen del Consejo Consultivo. Lo que sucede es que el Gobierno o el Parlamento, que son los órganos legitimados, según los casos, estarán obligados a efectuar la consulta cuando un Cabildo se manifieste en alguno de los sentidos antes indicados. Y en el caso de que estos órganos no recabaran el dictamen, la Ley prevé la posibilidad de que sea denunciada la omisión tanto por el Gobierno y el Parlamento como por dos grupos parlamentarios o una décima parte de los diputados (41). Con esta solución pragmática en realidad lo que se hace es ampliar indirectamente el ámbito de los órganos legitimados para solicitar la intervención del Consejo Consultivo.

Lo que interesa destacar en este momento es la especial referencia a la posición de los Cabildos insulares que se ofrece tanto en la determinación de las competencias preceptivas del Consejo Consultivo como en la regulación de la iniciativa para acudir al mismo en solicitud de dictamen. Porque de ello se deduce una especial vocación del Consejo a intervenir «en relación» con los Cabildos, lo cual es perfectamente acorde con el sistema estatutario del archipiélago. La Exposición de Motivos de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias es muy ilustrativa en este sentido, cuando manifiesta lo siguiente: «El catálogo concreto de consultas preceptivas responde, por una

---

una proposición de Ley para crear un Consejo Consultivo, entre cuyas funciones se preveía que interviniera preceptivamente en los conflictos planteados ante las Comisiones arbitrales previstas en el Estatuto. Vid. FONT I LLOVET, *Los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas*, cit., págs. 29 y ss.

(41) G. TRUJILLO, *La función consultiva*, cit., pág. 169.

parte, al mandato estatutario de velar por la adecuación al Estatuto de los Proyectos y Propositiones de Ley, y, por otra, a la defensa del orden institucional canario.»

De esta manera, puede decirse que existe un mecanismo institucional propio de la Comunidad que es capaz de verificar la adecuación al sistema organizativo estatutario propio de cualquier iniciativa legislativa que pueda afectar a la posición y a las relaciones de las instituciones insulares con la Comunidad Autónoma. No está previsto el caso específico de planteamiento ante el Consejo de un conflicto de competencias, como sí se prevé en relación a la Comisión Arbitral del País Vasco, según se ha visto; más bien, la intervención de los Cabildos en los términos expuestos se aproxima al mecanismo de la cuestión de competencia ante la Comisión Arbitral.

En fin, podemos hacer una referencia a la posición del Consejo Consultivo de Baleares respecto a los *Consells Insulars*. En primer lugar, destaca la expresión utilizada en el artículo 1 de la Ley balear 5/1993, de 15 de junio, del Consell Consultiu de las Islas Baleares, al decir que el mismo es el «superior órgano consultivo de la Comunidad Autónoma». Esta expresión no debe entenderse en el sentido de que interviene tanto en relación al Gobierno como en relación al Parlamento, como sucede en el supuesto del Consejo Consultivo catalán y en el del canario, puesto que, por sus funciones, el Consejo Consultivo de Baleares centra su actuación hacia el Gobierno y la Administración y, en principio, no actúa en ningún caso a instancias del Parlamento. Pero tampoco se utiliza la expresión de «órgano consultivo del Gobierno», que es la normalmente empleada en la normativa de los órganos de consulta administrativa como la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña o el Consejo Consultivo de Andalucía.

Así las cosas, cabría interpretar que el Consejo balear se prefigura como un órgano consultivo que se proyecta hacia todas las instituciones de la Comunidad Autónoma, concepto que incluye con naturalidad a los Consejos Insulares, cuya regulación en el Estatuto de Autonomía forma parte de las disposiciones relativas a las «Instituciones de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares» (42). Téngase en cuenta, además, que los *Consells Insulars* se conciben también como administración ordinaria de la Comunidad Autónoma. En este sentido es importante la específica previsión contenida en el artículo 2.4 del Reglamento orgánico del Consell Consultiu, según el cual «los presidentes de los *Consells insulars* podrán solicitar también dictamen facultativo, únicamente en materias que hayan sido

---

(42) Vid. al respecto la Ley 5/1989, de 13 de abril, de *Consells Insulars*.

objeto de transferencia en favor suyo por parte de la Comunidad Autónoma».

Junto a esta posibilidad de intervención del Consejo Consultivo respecto de los Consells Insulars, cabe señalar también que entre los asuntos que deben ser dictaminados con carácter preceptivo figuran los «conflictos de atribuciones que se susciten entre consejerías y demás organismos e instituciones de la Comunidad Autónoma» (art. 10.5 de la Ley). Sin perjuicio de volver enseguida al tema de los conflictos interorgánicos, nótese cómo el precepto permite contemplar no sólo este tipo de conflictos de atribuciones internos, sino también los conflictos intersubjetivos. En la medida en que, según lo dicho más arriba, podamos considerar a los Consells Insulars como instituciones de la Comunidad Autónoma, parece claro que la intervención dictaminadora del Consejo Consultivo podría jugar un papel conciliador de primer orden en los supuestos de conflictos entre los Consells y la propia Comunidad. Al contar aquéllos con una especial garantía competencial en el mismo Estatuto, la falta de un instrumento como el Consell Consultiu obligaría a plantear por vía jurisdiccional un tipo de conflictos que no siempre encuentran en aquella vía la mejor solución.

Naturalmente, la intervención del Consejo Consultivo en estos casos es previa a la resolución formal del conflicto, con una fuerza menor, por tanto, de la que caracteriza a la Comisión Arbitral del País Vasco; y, además, nada impide el planteamiento posterior del conflicto en la sede jurisdiccional. Pero lo que se pretende subrayar es precisamente que la formulación de una opinión de autoridad ante la controversia planteada puede jugar un papel disuasorio y hacer innecesario el conflicto.

En definitiva, los órganos consultivos autonómicos pueden llegar a desarrollar una función similar a la propia de la jurisdicción constitucional en los Estados compuestos, la resolución de los conflictos entre las partes integrantes, aplicado esto a los supuestos en que por configuración estatutaria singular se producen especificidades organizativas, competenciales y funcionales propias en el interior de determinadas Comunidades Autónomas.

### 3.2. *El arbitraje interadministrativo*

Precisamente, la intervención de los órganos consultivos en las relaciones conflictuales interadministrativas, ya sean interorgánicas o bien intersubjetivas, es uno de los aspectos en los que pueden desarrollarse con éxito nuevas perspectivas respecto del ámbito compe-



tencial de dichos órganos. Como es sabido, la resolución de los conflictos de atribuciones entre diversos departamentos ministeriales requería la intervención tradicional del Consejo de Estado, y ha sido mantenida en el artículo 22.3 LOCE, apartado 7, redactado hoy conforme a lo establecido en la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de conflictos jurisdiccionales.

Por su parte, la mayoría de leyes relativas a los Consejos Consultivos autonómicos prevén el carácter preceptivo de su intervención en la resolución de los conflictos de atribuciones que se susciten entre distintas consejerías de la Administración de la Comunidad. No ocurre así en Cataluña, donde ni el Consejo Consultivo ni la Comisión Jurídica Asesora, que sería el órgano adecuado para ello, tienen atribuida competencia dictaminadora sobre la materia. En cambio, la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalitat, atribuye al Presidente de la Generalitat la competencia resolutoria de los conflictos de atribuciones entre órganos de distintos departamentos o consejerías, pero también prevé un sistema de arbitraje administrativo, que se ejerce a través de una comisión *ad hoc* nombrada por el Presidente de la Generalitat, con un representante de cada departamento implicado (arts. 52 y 53). Este mecanismo arbitral permite llegar a acuerdos y resolver políticamente el conflicto suscitado, pero a riesgo de tener que «disponer» de la competencia, que es irrenunciable. La intervención de un asesoramiento jurídico externo a los órganos en conflicto, en la línea de la competencia análoga del Consejo de Estado, puede resultar más garantista para los terceros interesados en la resolución del conflicto.

Y yendo aún más allá, debe llamarse la atención sobre el auge que ha alcanzado el fenómeno de la Administración por convenios (43), esto es, el desarrollo de las competencias públicas mediante acuerdos, convenios, relaciones interadministrativas de colaboración y actuación conjunta, tanto en el ámbito local como entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En este contexto, cabría plantearse la oportunidad de conferir algún papel a los órganos consultivos en los conflictos suscitados en la interpretación y el cumplimiento de los convenios (arts. 6 y 8 LRJPAC) (44). La competencia relativa en la interpretación

---

(43) La atención doctrinal sobre este fenómeno se ha acrecentado en los últimos años. Vid., entre otros muchos, G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; Luisa TORCHIA, «L'amministrazione per accordi», en L. VANDELLI (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, Milano, 1992.

(44) Vid. Enoch ALBERTI, «Relaciones entre las Administraciones públicas», en J. LEGUINA y M. SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Madrid, 1993.

de los contratos es tradicional en el Consejo de Estado (45), así como en relación a las transacciones, por lo que no sería distorsionante, sino todo lo contrario, la intervención dictaminadora y preventiva de este tipo de órganos consultivos. Si existe un órgano mixto de vigilancia y control del cumplimiento del convenio, puede intervenir con carácter previo el órgano consultivo; si no existe el órgano mixto, podría preverse genéricamente un mecanismo arbitral residenciado en estos órganos, que permitiera obviar el recurso a la Jurisdicción contencioso-administrativa o al Tribunal Constitucional (46).

En cualquiera de los casos, y puesto ya a aventurar soluciones de futuro para disminuir la conflictividad interadministrativa, ¿sería pensable un órgano mixto de resolución preventiva de conflictos Estado-Comunidades Autónomas, compuesto por miembros del Consejo de Estado y del órgano consultivo autonómico correspondiente? Naturalmente, de intervención no preceptiva, sino de sumisión voluntaria por las partes. Dejo sólo apuntada la idea, cuyo desarrollo requiere sin duda todavía un cierto tiempo de maduración (47).

#### 4. NUEVAS PERSPECTIVAS DESDE EL CONTEXTO EUROPEO

Para concluir esta exposición, quiero hacer una rápida alusión a algunas cuestiones derivadas de la inserción de nuestro ordenamiento en el contexto europeo que se proyectan sobre la temática que nos ocupa de la articulación entre función consultiva y Estado autonó-

---

(45) Vid. ahora el artículo 60.3.a) de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas.

(46) La asignación de una función arbitral al Consejo de Estado en los conflictos y en los convenios interadministrativos ha sido apuntada en varias ocasiones. Así, A. PÉREZ-TENESSA, *Perspectivas del Consejo de Estado*, «REDA», 22 (1979), pág. 348; Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO, «El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de derecho», en los vols. col. de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, *Gobierno y Administración en la Constitución*, Madrid, 1988, vol. I, págs. 238-239; E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La función consultiva de las Administraciones públicas, con especial referencia al Consejo de Estado y a las Comunidades Autónomas*, núm. 133 de esta REVISTA (1994), pág. 153.

(47) Otro extremo a comentar, pero ya no podemos detenernos en él ahora, sería el relativo a la intervención de los consejos consultivos autonómicos en los conflictos jurisdiccionales que se suscitaran entre la administración autonómica o local y los órganos jurisdiccionales. Como se sabe, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 crea el Tribunal de Conflictos (art. 38), en el que participan miembros del Consejo de Estado, y cuyo procedimiento está regulado en la Ley Orgánica de Conflictos jurisdiccionales 2/1987, de 18 de mayo. La presencia de consejeros de Estado en el Tribunal de Conflictos dio origen, precisamente, al pronunciamiento de la STC 56/1990, de 29 de marzo (FJ 37), que califica al Consejo de Estado como «órgano del Estado con relevancia constitucional *al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece*». Por cierto, ¿significa algo esta expresión? No lo aclara el comentario al fundamento jurídico citado de E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Posición institucional del Consejo de Estado*, núm. 122 de esta REVISTA (1990), págs. 323 y ss.

mico, y que en realidad aportan nuevas perspectivas a algunas de las cuestiones que ya han sido tratadas.

#### 4.1. *Las normas que se dicten en ejecución del Derecho comunitario*

En primer lugar, el papel tanto del Consejo de Estado como de los órganos consultivos autonómicos se ha visto acrecentado de forma notoria en la medida en que es preceptiva su intervención respecto de las normas que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo del Derecho comunitario europeo. La consulta al Consejo de Estado, de conformidad y en los términos establecidos en su propia Ley Orgánica, ha sido confirmada por la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se crea la Comisión Mixta para la Unión Europea (Disposición adicional primera). La intervención del Consejo de Estado procede específicamente de la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de Bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas, y la intervención de los órganos consultivos autonómicos sería sustitutiva de la del Consejo de Estado, según la doctrina de la STC 204/1992 (48).

La recepción del ordenamiento comunitario y su ejecución por los órganos internos plantea, entre otros numerosos temas, un problema grave de seguridad jurídica a consecuencia de la complejidad misma del ordenamiento, que el propio Consejo de Estado ha concretado en las características de sincretismo o compromiso entre sistemas jurídicos distintos, la dificultosa técnica normativa y el deslizamiento de las fuentes (49).

El caso es que, en lo que atañe a nuestro tema, al ejercitar las Comunidades Autónomas amplias competencias normativas en desarrollo y ejecución del Derecho comunitario, se abre una nueva e importante perspectiva acerca de la intervención del órgano consultivo respecto de los reglamentos autonómicos, puesto que se habrá de dilucidar si cualquier disposición que incida en una política comunitaria requerirá necesariamente el dictamen del órgano consultivo. Pongo un ejemplo: la Sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de junio de 1994 (50) anula, por falta del dictamen de la Comisión Jurídica Ase-

---

(48) En Italia está previsto el dictamen del *Consiglio di Stato* en los reglamentos de ejecución de las directivas comunitarias por el artículo 4 de la Ley 86/1989.

(49) Vid. las interesantes reflexiones contenidas en la *Memoria* del Consejo de Estado del año 1992, págs. 113 y ss., así como en la correspondiente al año 1993, págs. 175 y ss., de donde proceden las expresiones citadas en el texto.

(50) Está publicada en la «Revista Jurídica de Catalunya» (*Jurisprudencia*), núm. IV de 1994, págs. 217 y ss.

sora, una Orden de la Consejería de Agricultura que establece ayudas para la mejora de la eficacia de las estructuras agrarias. El TSJ entiende que cuando el Reglamento (CEE) 2328/91, del Consejo, de 15 de julio de 1991, en su artículo 27 establece que «Los Estados miembros determinarán las condiciones de repoblación, etc.» —siendo, dentro del Estado miembro, competente la Comunidad Autónoma—, debe equipararse el Reglamento CEE con una disposición legislativa y, por tanto, la Orden de la Consejería sería un reglamento dictado en ejecución de una ley, en cuyo caso es preceptivo el dictamen del órgano consultivo.

Pero la cuestión es más compleja. ¿Qué sucede si hay una norma reglamentaria estatal interpuesta, que es supuesto habitual en determinadas competencias económicas? ¿Sigue siendo el autonómico un reglamento dictado en ejecución de las leyes, que requiera dictamen del órgano consultivo? Y aún más, el desarrollo del Derecho comunitario también puede articularse en normas legislativas de las Comunidades Autónomas. ¿Cuándo debe intervenir el órgano consultivo: en el anteproyecto, dentro del ámbito gubernamental? Y cuando existen dos órganos consultivos, como es el caso de Cataluña, ¿cuál de ellos? A primera vista parece que si la intervención del Consejo de Estado en estos supuestos se prevé en relación con el Gobierno, deberá tratarse del órgano consultivo autonómico equivalente, aquel que conoce de los proyectos normativos del Gobierno en su fase prelegislativa.

#### 4.2. *El principio de subsidiariedad y la autonomía local*

Como es notorio, el principio de subsidiariedad se ha convertido en los últimos tiempos en un verdadero *leit motiv* de toda reflexión acerca del ámbito de intervención de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales (51). La introducción de este principio en el artículo 3.B del Tratado CE por el Tratado de la Unión Europea ha dado pie a una fuerte corriente de opinión que entiende trasladable su virtualidad al ámbito intraestatal, y no sólo para hacerlo valer como criterio de la distribución competencial en favor de las Comunidades Autónomas, que ya cuenta con los mecanismos de determinación específicos, sino también para reforzar el principio de descentralización que debe dar contenido a la autonomía local (52).

---

(51) De ello me he ocupado recientemente en *El gobierno local, entre el Estado autonómico y la Unión Europea: hacia el pacto local, «Autonomías»*, núm. 20, monográfico: «El Estado autonómico, balance y perspectivas», 1995.

(52) Vid. L. VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi li-*

Al hilo de esta dinámica, la creación y puesta en funcionamiento del *Comité de las Regiones* ha constituido un paso significativo en muchos aspectos, y también en el de la proyección europea de los entes locales. La incorporación al mismo de cuatro representantes de las entidades locales españolas junto a los diecisiete representantes autonómicos —más de la mitad de los 189 miembros del Comité representan a entidades locales— pone de manifiesto tanto la realidad de esa presencia de los entes territoriales de primer nivel en las instituciones europeas como, simultáneamente, la decisiva influencia que el sistema institucional europeo está teniendo en la preservación interna del ámbito propio del gobierno local.

En toda su actividad, el Comité se ha propuesto ejercer de guardián de la aplicación concreta del principio de subsidiariedad: incluso sugiere los niveles específicos de intervención deseables en cada caso, en relación con los entes subestatales, tanto regionales como locales (53). Pues bien, entre las actividades recientes del Comité de las Regiones debe destacarse aquí, de forma muy señalada, la resolución de 28 de noviembre de 1994 sobre el principio de subsidiariedad, que dice así:

«El Comité de las Regiones,

Vistos los artículos A y B del Tratado sobre la Unión Europea y el artículo 3.b) del Tratado CE introducido por el Tratado de la Unión Europea,

Vistas las resoluciones y los informes aprobados por las diferentes instituciones de la Unión Europea, y en particular el acuerdo interinstitucional de octubre de 1993 entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión,

Vistas las resoluciones de la Asamblea de las regiones de Europa de 6 de septiembre de 1990 y de 22 de enero de 1993 y del Consejo de las ciudades y regiones de Europa de 3 diciembre de 1992,

Considerando que el principio de subsidiariedad

---

*velli territoriali: a proposito dell'art. 3 B Trattato sull'Unione Europea*, «Riv. Ital. Dir. Pubb. Comunitario», 3 (1993), así como las referencias de J. BARNES, «El principio de subsidiariedad y las regiones europeas. Las Comunidades Autónomas», en el vol. por él coordinado *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros*, Madrid, 1993, y su posterior trabajo *El principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht y su impacto sobre las regiones europeas* (mimeo). También, E. DELCAMP, *Principio de subsidiariedad y descentralización*, «Rev. Aragonesa de Administración Pública», núm. 4, 1994.

(53) B. VILA, «El Comité de las Regiones», en E. AJA (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 1994*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1995.

contribuye al refuerzo de la legitimidad democrática de la Unión Europea, garantizando que las decisiones sean adoptadas en el nivel más próximo posible del ciudadano, en la medida en que se aseguren la transparencia y la eficacia de la acción de los poderes públicos,

Considerando que el artículo 3.b) del Tratado limita la subsidiariedad a un criterio de ejercicio de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros,

Considerando que las instituciones de la Unión, y en particular la Comisión, realizan un control previo de la legislación comunitaria a la luz del principio de subsidiariedad, examinando también, conforme a tal principio, las reglas existentes o la pertinencia de emprender nuevas acciones,

Considerando que, en vistas a su control posterior, la subsidiariedad debe poder ser objeto de control judicial, lo que implica la posibilidad de introducir los recursos correspondientes ante el Tribunal de Justicia,

Considerando que el Tratado de Maastricht, conforme a su artículo N, deberá ser revisado en una conferencia intergubernamental en 1996 y que, a tal efecto, se ha decidido proceder a la constitución de un grupo de reflexión en junio de 1995;

1. Se felicita de que el Tratado de Maastricht haya trazado un modelo de unión en el que las decisiones fueran adoptadas al nivel más próximo al ciudadano, garantizándose así la eficacia y la transparencia de la acción de los poderes públicos.

2. Pide que, en la formulación concreta del artículo 3.b), el principio de subsidiariedad quede afirmado, y que sea de aplicación a cualquier nivel institucional, instituciones y órganos europeos, Estados miembros, regiones y entidades locales.

3. Pide que, con ocasión de la aprobación de las reglas comunitarias, los mecanismos de control *a priori* garanticen la transparencia y permitan al Comité de las Regiones y a sus miembros verificar la ejecución efectiva del principio de subsidiariedad.

4. Pide que, antes de emprender una acción en un ámbito nuevo, la Unión verifique, consultando al Comité de las Regiones, su conformidad con el principio de subsidiariedad.

5. Pide que le sea reconocido al Comité de las Regiones el derecho de introducir un recurso ante el Tribunal de Justicia, cuando eventuales infracciones al principio de subsidiariedad atenten contra las competencias de las regiones y entidades locales;

6. Recuerda que la próxima revisión del Tratado de Maastricht ofrece una posibilidad de inscribir en el Tratado las modificaciones que permitan complementar la formulación del principio de subsidiariedad, e invita insistentemente al Consejo Europeo a transmitir tales criterios a la Conferencia intergubernamental.

7. Encarga a su presidente el transmitir la presente Resolución al Consejo, a la Comisión y al Parlamento Europeo.»

Dos son los puntos relevantes de la resolución que, a efectos de la cuestión que nos ocupa, deben ser destacados en este momento.

En primer lugar, la petición de que el principio de subsidiariedad sea de aplicación a *cualquier nivel institucional*, y más en concreto a los Estados miembros, regiones y entidades locales. Se pretende, pues, hacer efectiva la línea interpretativa que ha venido postulando esa proyección interna del citado principio en un doble sentido: por una parte, los sujetos protegidos por el principio de subsidiariedad son también las entidades locales y, entre ellas, los municipios; y de otra parte, las instituciones que ven afectada su intervención en virtud de tal principio son también los Estados miembros y las regiones o entidades subestatales, en nuestro caso, las Comunidades Autónomas.

En segundo lugar, resulta de gran interés la propuesta de otorgar una *legitimación al propio Comité* para la defensa ante el Tribunal de Justicia de las competencias regionales y locales frente a las eventuales invasiones que puedan producirse por las instituciones europeas. Al margen de la efectividad que ello pueda tener en el entramado institucional de la Unión, una propuesta de este tenor ofrece nuevas perspectivas al viejo problema de la inexistencia, en Derecho interno, de remedios jurisdiccionales específicos para la defensa de la autonomía local frente a las decisiones legislativas que puedan afectar a

su contenido (54), cuestión sobre la que también incide, por otra parte, el artículo 11 de la Carta Europea de Autonomía Local.

Pues bien, todo lo anterior viene a cuento y lo destaco ahora porque entiendo que en este contexto puede adquirir una nueva dimensión la intervención de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, para proteger ahora la posición de aquellas instituciones locales cuya autonomía debe quedar garantizada frente al legislador, autonómico en este caso. Los supuestos más arriba señalados de órganos con especial competencia para la protección de las instituciones internas —Comisión Arbitral del País Vasco, Consejo Consultivo de Canarias respecto de los Cabildos, etc.— pueden cobrar nueva relevancia. Incluso, extendiendo finalmente el ámbito de esta consideración, deba plantearse en el futuro una reflexión acerca de la legitimación de todos los entes locales e instituciones territoriales intraautonómicas para solicitar el dictamen del órgano consultivo respecto de proyectos y proposiciones de ley que directamente afecten a su ámbito competencial. Naturalmente, las opciones serían múltiples, ya que la legitimación puede ser directa, o bien articularse a través de las entidades asociativas correspondientes, o incluso a través de la Comisión de Gobierno Local de ámbito autonómico u órgano de participación y coordinación equivalente.

Con la intervención consultiva en estos supuestos, a ejercer por un órgano independiente y cualificado técnicamente, tal vez se podría suplir parcialmente la ausencia de instrumentos jurisdiccionales a disposición de los entes locales para proteger su ámbito de autonomía frente al legislador. En definitiva, sería un paso más en la línea de completar la articulación de la función consultiva en el Estado autonómico, con la mirada puesta en las exigencias europeas.

---

(54) Vid. Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA, *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios*, en R. GÓMEZ-FERRER (dir.), *La provincia en el sistema constitucional*, Madrid, 1991.