

## VI. FUNCIONES DE REFUERZO DEL PODER EJECUTIVO (GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN).

Siendo trascendentes, y mucho, las funciones de apoyo a los Poderes Legislativo y Judicial que hemos examinado, es claro, que las principales misiones tradicionales de los Altos Organismos Consultivos se han centrado en el refuerzo del Poder Ejecutivo. Aquí englobamos las funciones de apoyo al Gobierno y a la Administración Pública ya que el refuerzo que los Altos Organismos Consultivos prestan al Gobierno se proyecta sobre sus funciones normativas y ejecutivas, así como sobre las propiamente gubernativas y de dirección de la Administración, pero también beneficia a esta misma Administración amabilizando y garantizando el ajuste a Derecho de su funcionamiento.

### 1. Funciones de refuerzo al gobierno en el ejercicio de sus potestades normativas.

El Gobierno tiene constitucionalmente reconocida la iniciativa legislativa (art. 87.1 CE.) que ejercita mediante la aprobación definitiva y remisión a las Cámaras de *Proyectos de Ley*. Esta potestad aparece recogida por igual en los distintos Estatutos de Autonomía. Sin embargo, en esta materia existen algunas diferencias entre la posición del Gobierno central y los autonómicos, ya que el primero debe ajustar la elaboración de los correspondientes Anteproyectos de Ley a las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958<sup>1</sup> en lo referente al procedimiento especial para la elaboración de disposiciones generales<sup>2</sup>, que no prevé la intervención del Consejo de Estado, mientras que los Gobiernos de algunas Comunidades Autónomas han previsto en sus respectivas Leyes la intervención de sus respectivos Altos Organismos Consultivos para dictaminar tales Anteproyectos. Así ocurre, con distintos matices, en Canarias, Cataluña, La Rioja o Andalucía<sup>3</sup>.

Esta es una de las novedades más llamativas del panorama actual de los Altos Organismos Consultivos, ya que el Consejo de Estado ha perdido en su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, la competencia que le confería la de 25 de noviembre de 1944 para dictaminar los Proyectos de Ley que el Gobierno estimase conveniente remitirle (art. 16.1), mientras que dicha competencia ha renacido en sus homólogos de varias Comunidades Autónomas.

Como decíamos antes, en esta materia, el Alto Organismo Consultivo ejercita la función de control preventivo de constitucionalidad en cuanto vela por la observancia de la Constitución y resto del bloque de la constitucionalidad, y se comporta también como un *Tribunal preventivo de Garantías Estatutarias* en cuanto que vela también por la observancia del respectivo Estatuto de Autonomía, esto es, en cuanto que ejerce un control preventivo de estatutoriedad.

Pero la función consultiva no se limita a los Proyectos o Anteproyectos de Ley, ya que comprende también los *Proyectos de Decretos Legislativos* que los Gobiernos elaboren por delegación de los Parlamentos. En estos casos, los Altos Organismos Consultivos velan por el ajuste de la labor legislativa del Gobierno a las bases y principios señalados por los Parlamentos y, en este sentido, su dictamen supone, no sólo una garantía -para los ciudadanos y el propio Gobierno- del acierto y regularidad de estos productos normativos, sino también una vía de control de la legalidad de los mismos contra el vicio de normación excesiva o extralimitada (*ultra vires*) con respecto a la delegación parlamentaria, Estos dictámenes pueden así constituir una de esas *fórmulas adicionales de control* a que alude el art. 82.6 CE. y, en todo caso, suponen un indudable refuerzo de las funciones del propio Parlamento y de los Tribunales en esta materia.

En cuanto a los *Reglamentos*, la función consultiva de estos Altos Organismos asegura al Gobierno la primacía de la Constitución, la observancia del Estatuto de Autonomía y del principio de legalidad en el ejercicio de su potestad reglamentaria, que debe siempre acomodarse a la Constitución y las Leyes (art. 97 CE.). Además, introduce un importante factor de racionalidad en la elaboración de estas normas reaccionando contra la insensata vanalización de la introducción de disposiciones generales de rango reglamentario en el Ordenamiento Jurídico ello, no sólo respecto a la supervisión de los aspectos meramente formales de los textos normativos, tales como los de regularidad del procedimiento de elaboración, la técnica legislativa o la mera redacción gramatical, sino también los de fondo, para valorar la legalidad, estatutoriedad y constitucionalidad de los preceptos proyectados. En todo caso, los dictámenes sobre reglamentos facilitan al Gobierno una visión general sobre el ejercicio de su potestad reglamentaria y su función de coordinación de la labor normativa de los distintos Departamentos o Consejerías.

## 2. Refuerzo a las funciones ejecutivas y directivas del gobierno.

El art. 97 CE, y con él otros homólogos de los Estatutos de Autonomía y de las Leyes institucionales de las Comunidades Autónomas, atribuyen al Gobierno no sólo la potestad reglamentaria sino también la dirección de la política y de la Administración Pública, así como el ejercicio de la función ejecutiva, todo ello de conformidad con la Constitución y las Leyes.

Pues bien, los Altos Organismos Consultivos garantizan el ajuste a la Constitución, a los respectivos Estatutos de Autonomía y a la legalidad ordinaria de toda la actuación ejecutiva del Gobierno. En este sentido, sus dictámenes se comportan como una especie de *advertencia de ilegalidad* que se brinda al Gobierno como una opinión autorizada, objetiva y rigurosamente independiente, para evitarle censuras y problemas posteriores ante una eventual revisión jurisdiccional, el control parlamentario o el de la opinión pública.

Ahora bien, la función consultiva de estos Altos Organismos, no sólo *blinda al Gobierno* frente a esos eventuales controles, organizados o inorganizados, establecidos por la ciudadanía u otros poderes públicos, sino que también refuerza su papel de *dirección y control de la Administración Pública*. En este sentido, los Altos Organismos Consultivos prestan al Gobierno un magnífico apoyo para el *control y moderación de la burocracia* según el antiguo modelo de dominar a unos técnicos por medio de otros y para imponer en la Administración los principios constitucionales de objetividad, eficacia y coordinación (art. 103.1 CE.) en contra del surgimiento de ancestrales vicios, como son las *culturas* administrativas sectoriales, el corporativismo funcional o la tecnocracia.

De ahí, a mi juicio, la importancia que tiene el dotar a estos Altos Organismos de una amplitud de criterio para que, no sólo se ciñan a los aspectos estrictamente jurídicos, sino que, empleando, en beneficio de todos los poderes públicos y de la ciudadanía, el cúmulo de saberes y experiencias de Estado y Autonómicas que suelen atesorar sus componentes, puedan éstos verter en sus dictámenes, mociones y memorias, siempre con la precisa moderación y auto constricción (*self-restraint*) impuesta por la esencial virtud de la prudencia, juicios de oportunidad o conveniencia y criterios de Ciencia de la Administración para la mejora de la actuación del Poder Ejecutivo en la senda prevista por la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las Leyes.

## 3. Funciones de refuerzo y apoyo a la Administración Pública.

Los Altos Organismos Consultivos se presentan ante la Administración Pública ejerciendo, en la terminología italiana de Sandulli <sup>4</sup>, una *función pública neutral*, esto es, representando el interés de la legalidad, por encima de cualesquiera otros condicionantes políticos, económicos o sociales que pudieran oscurecerlo en el procedimiento o en el actuar administrativos.

Los dictámenes recuerdan enérgicamente a la Administración que su labor ejecutiva debe siempre realizarse *“con sometimiento pleno a la Ley y el Derecho”*, tal y como establece el art. 103.1 CE., circunstancia que, por más que sea unánimemente compartida desde el punto de vista teórico en las democracias occidentales, no deja de olvidarse con no menos frecuencia en el actuar cotidiano, donde la Administración debe adoptar decisiones valorando una multitud de aspectos, intereses y perspectivas.

Desde luego, como han demostrado los teóricos de la Ciencia de la Administración, la decisión administrativa es fruto de un cúmulo o *pool* de racionalidades de diverso tipo ya que el acierto depende muchas veces de condicionantes, no sólo jurídicos, sino también económicos, políticos o sociales de muy diversa naturaleza, procedencia e intensidad. La razón estriba en que toda decisión versa siempre sobre un sistema previo en el que la realidad está organizada y que se pretende transformar, y todo sistema es fruto de estructuras muy diversas, no sólo jurídicas. El arte de gobernar es, pues, complejo. Pues bien, la función de los Altos Organismos Consultivos consiste precisamente en aportar a la decisión el *momento de la legalidad*, la reflexión jurídica sobre lo legal, sobre lo ajustado a Derecho, el juicio de constitucionalidad, de estatutoriedad o de mera legalidad. En suma, consiste en *presentar y representar ante la Administración el interés de la ley*, de esa ley a la que la Administración está constitucionalmente vinculada en forma plena. Función *neutral*, sí, en cuanto que procede de organismos objetivos e independientes, y en cuanto que no representa otro interés espurio sino el único y simple interés de la ley, pero no función *neutra*, ya que supone siempre para la

Administración Pública una advertencia, un recordatorio, una constatación de su carácter vicarial (*ancilla legis*), de su vinculación esencial y plena al Derecho.

Desde el otro lado de la relación jurídico administrativa, esto es, desde la perspectiva de los ciudadanos, ese mismo papel institucional supone que los Altos Organismos Consultivos operan como una trascendental garantía. La jurisprudencia preconstitucional recaída sobre las grandes Leyes administrativas de los años cincuenta y sesenta<sup>5</sup> que preveían la intervención del Consejo de Estado en diversos procedimientos de grave trascendencia para los administrados (revisión de oficio de actos administrativos declarativos de derechos, modificación de contratos administrativos, responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, etc.) destacó con énfasis la *función de garantía para los ciudadanos* que representa la inserción de los dictámenes consultivos de dicho Consejo en los expresados procedimientos, por lo que su ausencia se sancionaba con la nulidad de la resolución administrativa correspondiente de suerte que el expediente debía retrotraerse al momento en que debió solicitarse el dictamen omitido.

Esta función de garantía quedó un tanto oscurecida en la jurisprudencia postconstitucional debido a un cierto exceso judicialista, alentado, no hay que olvidarlo, por un sector doctrinal, que condujo a entender que el momento jurisdiccional, suprema expresión de la tutela judicial efectiva garantizada por la Constitución, era la única y verdadera garantía de los ciudadanos, la cual no podía ser suplida por ninguna intervención consultiva previa, por autorizada que fuere, y cuya ausencia podía ser perfectamente sustituida por la judicial.

Sabidas son las penosas consecuencias a que ha conducido esta inicial postura jurisprudencial que ya ha comenzado a variar, hasta el punto de que me atrevo a vaticinar que pronto terminará por ser completamente revisada, como ya ha ocurrido en materia de elaboración de reglamentos. En efecto, la inflación de asuntos contencioso-administrativos que agobia a nuestros órganos judiciales hasta situarlos en una posición cercana al colapso, unida a la carestía de los litigios contra la Administración y a la supresión de los recursos administrativos, han colocado a los ciudadanos en una posición, quizá más judicialmente tutelada que nunca, pero que tampoco nunca había estado más desprovista de las cómodas, rápidas y baratas garantías previas que los dictámenes de los Altos Organismos Consultivos suponen.

La constatación de esta evidencia es tal que la doctrina que antes tanto vanalizó la función consultiva, creyendo así exaltar la judicial, ahora no sólo aboga por la restauración del viejo prestigio de los Altos Organismos Consultivos, sino que postula que los mismos se conviertan en campo de experimentación abierto al acogimiento de nuevas garantías para los ciudadanos.

Así se sugiere atribuir a estos Altos Organismos Consultivos *funciones pre o parajudiciales de composición voluntaria de intereses entre la Administración y ciudadanos*, o en *vías alternativas al contencioso administrativo para la resolución verdaderamente independiente de los recursos administrativos* o de conflictos de intereses. Y, por supuesto, se vuelve a postular un reforzamiento de la garantía que supone la inserción de sus dictámenes en los tradicionales procedimientos de *revisión de oficio* de actos administrativos, *responsabilidad patrimonial* y *contratación administrativa*, aspecto éste último donde parece unánime la crítica contra la arbitraria fijación de un elevadísimo límite a las cuantías que determinan la preceptividad de los dictámenes, que está ocasionando una indeseable reducción de las garantías de los contratistas públicos.

Pero, no sólo son la función neutral de defensa del interés de la legalidad y la función de garantía para los ciudadanos las que explican la posición institucional de los Altos Organismos Consultivos para el refuerzo de la Administración Pública, pues también hay que aludir a una constatación de sociología jurídica cual es la de que estos Organismos operan para con la Administración Pública, en términos zubirianos, como "*recurso*" y como "*instancia*".

Lo primero porque su presencia sirve para residenciar ante los mismos todos aquellos *asuntos arduos* a que se refería nuestra legislación histórica<sup>6</sup> y que son, en verdad, incómodos para la Administración que, de esta forma, se desembaraza de ellos remitiéndolos al dictamen de un Alto Organismo Consultivo independiente que asume, en definitiva, la responsabilidad de su enfoque o resolución definitivos.

Lo segundo porque los dictámenes de estos Altos Organismos Consultivos, al estar trascendidos de *auctoritas*, estar compuestos por juristas de amplio e indiscutido prestigio, saber y experiencia, y estar adornados, además, con un estatuto de independencia orgánica y funcional que garantiza su imparcialidad y objetividad, imponen, literalmente, respeto a la Administración, y suponen censuras, establecimiento de directrices o formulación de criterios que no pueden ser obviados por los gestores públicos sin quedar, *eo ipso*,

desautorizados, y ello aunque los dictámenes que los contengan no sean ni vinculantes ni preceptivos..

Se aprecia, pues, también en el caso de la Administración Pública, una función de legitimación de la actuación administrativa a la que, en cuanto que potestad pública, los Altos Organismos Consultivos apoyan con el prestigio de su autoridad o desautorizan con el razonado peso de sus censuras.

Ahora puede comprenderse, pues, en profundidad porqué los dictámenes de los Altos Organismos Consultivos pueden servir de motivación a los actos administrativos y porqué es preciso motivar expresamente los actos que se separen de sus criterios (art. 54.1. c) de la Ley 30/92).

<sup>1</sup> Expresamente dejada en vigor e por la actual Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (cfr. su Disposición Derogatoria 2 b).

<sup>2</sup> Arts. 129 a 132 LPA.

<sup>3</sup> En Andalucía es preceptivo el dictamen de los Anteproyectos de Ley (art. 16.2 de la Ley 8/1993, de 19 de octubre), mientras que en Cataluña (art. 8 de la Ley 1/85, de 25 de febrero) y en La Rioja (art. 98.1 a) de la Ley 3/1995, de 8 de marzo, redactado por Ley 10/1995, de 29 de diciembre) el Consejo Consultivo dictamina sobre la estatutoriedad de todos los Proyectos y Proposiciones de Ley, siempre que, facultativamente, se los remita el Gobierno o el Parlamento. En Canarias el dictamen es preceptivo pero sólo alcanza a los Anteproyectos señalados en el art. 10.3 de la Ley 4/84, de 6 de julio.

<sup>4</sup> Cfr. SANDULLI, A.M., *Funzioni neutrali e giurisdizione*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1964.

<sup>5</sup> Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 27 de diciembre de 1956, Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965.

<sup>6</sup> Cfr. DIOS, Salustiano de, *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.