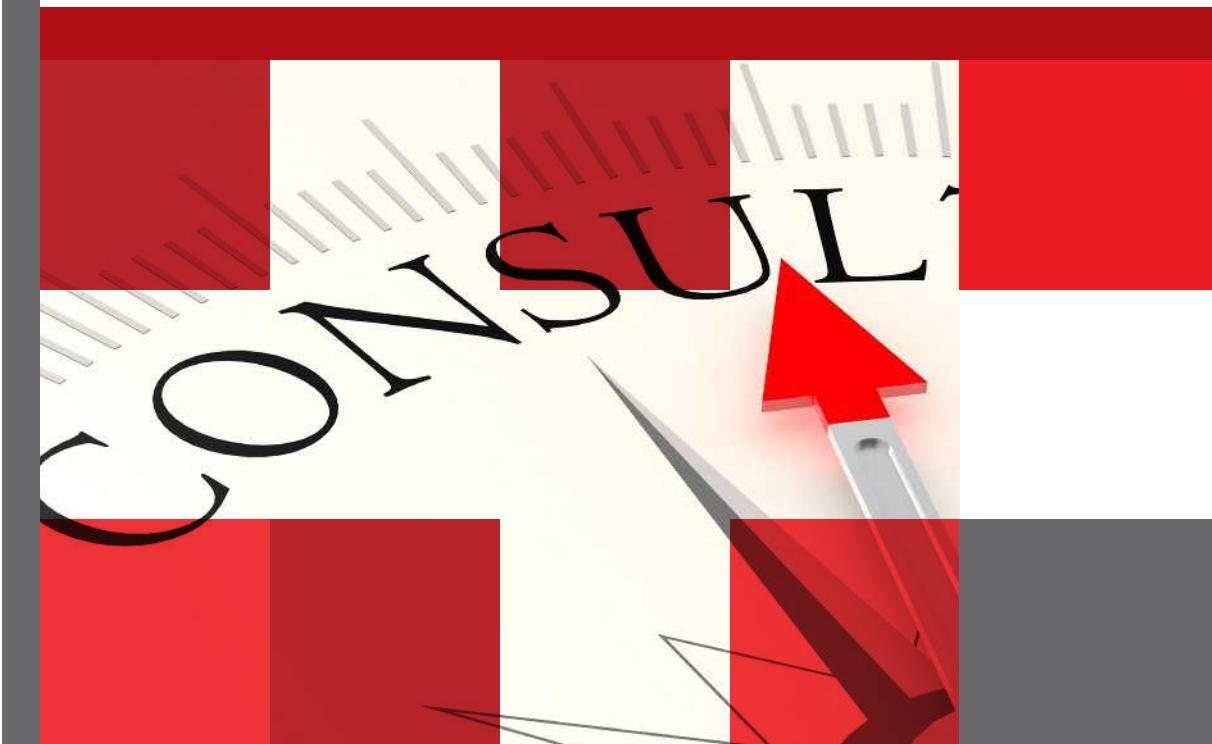


Doctrina Consultiva

A propósito del 25 aniversario
del Consejo Consultivo de las Illes
Balears



Coordinador

Felio José Bauzá Martorell



CONSELL CONSULTIU
DE LES ILLES BALEARS

25^è
aniversari
1993 - 2018



Wolters Kluwer

Doctrina Consultiva

A propósito del 25 aniversario del
Consejo Consultivo de las Illes Balears

Coordinador

Felio José Bauzá Martorell

© De los autores, 2019

© Wolters Kluwer España, S. A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – **Fax:** 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Octubre 2019

Depósito Legal: M-26731-2019

ISBN versión impresa: 978-84-15651-87-1

ISBN versión electrónica: 978-84-15651-88-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S. A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S. A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S. A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S. A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

2. La función consultiva en la Administración Pública

Ciñendo la cuestión a la función consultiva, si entendemos ésta en un sentido amplio podría afirmarse en un primer momento que no es monopolio del Consejo de Estado.

La Administración está integrada por otros órganos que también tienen, entre sus cometidos, el de aconsejar a través de la emisión de informes y asesoramiento en un determinado aspecto o para un concreto sector —ya sea por medio de estructuras independientes o a través de órganos que están integrados o adscritos al órgano o autoridad consultante—. A modo de ejemplo, el Consejo Económico y Social se configura en la ley que lo crea como un «órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral»⁽⁸⁾ cuyos miembros que lo componen actúan con «plena autonomía e independencia»⁽⁹⁾. De este modo, la función consultiva de este órgano, que se materializa, fundamentalmente, por medio de la emisión de informes y dictámenes —unos con carácter preceptivo y otros facultativo—, consagra la legítima aspiración —en términos de la Exposición de Motivos de la citada ley— de los agentes económicos y sociales de que sus opiniones y planteamientos se oigan a la hora de adoptar el Gobierno decisiones que puedan afectar a los intereses que les son propios, con la actividad normativa del Gobierno en materia socioeconómica y laboral. Asimismo, también como ejemplo, hay órganos con una vocación consultiva si bien, el grado de independencia será menor en cuanto se encuentran integrados dentro de la estructura del órgano que es asesorado como es el caso del Consejo de Obras Públicas que es el órgano colegiado superior, de carácter técnico, asesor y consultivo de los Ministerios de Fomento y de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente en materia de obras públicas relacionadas con diversos sectores tales como la construcción, explotación, gestión y conservación de sus infraestructuras, dominio público (vial, hidráulico y marítimo-terrestre), vivienda, urbanismo, transportes terrestres y medio ambiente. Está adscrito orgánicamente al Ministerio de Fomento, a través de la Subsecretaría, sin perjuicio de su dependencia funcional a los Ministerios antes citados en lo que a sus competencias se refiere. Y en esta misma línea podrían citarse otros muchos ejemplos como el Consejo Superior Geográfico (órgano cole-

(8) Artículo 1.2 de la Ley 21/1991, de 17 de junio, por la que se crea el Consejo Económico y Social.

(9) Artículo 2.6 de la citada Ley 21/1991.

giado que depende del Ministerio de Fomento y ejerce la función consultiva y de planificación de la información geográfica y la cartografía oficial)⁽¹⁰⁾.

En todo caso, el paisaje de este tipo de órganos con función consultiva es enormemente variado con órganos más o menos integrados en la Administración, con composición mixta o no (i.e., el Consejo Escolar del Estado⁽¹¹⁾), o incluso órganos que compatibilizan sus funciones como Administración activa con funciones puramente consultivas, por ejemplo en el seno del procedimiento de elaboración de normas (véase el caso de las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios cuando informan en la elaboración de un Proyecto de Real Decreto o de un Anteproyecto de Ley ya sea promovido por su propio Ministerio o por otro diferente) o con relación a unas determinadas materias (i.e., el Tribunal Administrativo del Deporte cuando informa, con función consultiva, al Consejo Superior del Deporte ante propuesta de reforma de Estatutos federativos).

Por otro lado, no son pocos, especialmente en las últimas décadas, los denominados órganos *staff* en cuanto órganos de confianza, dependencia y asesoramiento inmediato, directo y máxima cercanía al órgano decisor⁽¹²⁾.

Dejando al margen estos últimos y centrándose en los órganos colegiados en sentido estricto, García-Trevijano⁽¹³⁾ ha destacado las siguientes notas características: (i) separación del órgano decisor, esto es, se trata de órganos que se sitúan fuera de la estructura del departamento ministerial (o de la estructura organizativa de la Administración correspondiente) con el objeto de crear esa distancia con relación al órgano que tiene que tomar las decisiones; (ii) el ámbito de competencias pues, como ya se ha apuntado anteriormente unos órganos colegiados tienen unas competencias más de índole sectorial, mientras que otros tienen competencias más generales (el ejemplo por excelencia sería el Consejo de Estado), teniendo en cuenta que puede albergarse cierta relación entre una y otra nota pues a mayor especialización e integración en un sector suele haber menos distancia o separación, frente a lo que ocurre con los órganos de competencias más generales; (iii) estruc-

(10) Su definición, composición y funciones se encuentran descritas en el Real Decreto 1545/2007, de 23 de noviembre, por el que se regula el Sistema Cartográfico Nacional.

(11) Real Decreto 694/2007, de 1 de junio, por el que se regula el Consejo Escolar del Estado.

(12) Uno de los estudios clásicos y más exhaustivos sobre las estructuras subjetivas en el Derecho Administrativo y las técnicas de personificación en las organizaciones públicas se encuentra en Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1991, págs. 825 y ss.

(13) Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «La función consultiva de las Administraciones Públicas, con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista de Administración Pública*, núm. 133, enero-abril 1994.

tura colegial siguiendo la máxima del abate Sieyès de que deliberar es función de muchos y administrar de uno sólo; (iv) dictamen anterior a la decisión pues señala el citado autor García-Trevijano a quien se sigue en este punto que «la última característica de los órganos consultivos propiamente dichos (...) consiste en que el informe o dictamen sea anterior a la decisión a adoptar. Difícilmente puede ilustrarse (función propia del órgano consultivo) si ya se ha adoptado la decisión por parte del órgano activo»⁽¹⁴⁾.

3. La función consultiva del Consejo de Estado

Ya se ha adelantado en las páginas anteriores que, de entre los muchos órganos que pueden prestar la función consultiva en el entramado de la Administración Pública, el Consejo de Estado es el más alto cuerpo consultivo de la Administración⁽¹⁵⁾.

Así lo califica la Constitución en su artículo 107⁽¹⁶⁾ al preceptuar lo siguiente: «El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia»⁽¹⁷⁾. El imperativo constitucional se materializó con la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado —desarrollada por el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio— que ha sido modificada por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre⁽¹⁸⁾, con las correlativas modificaciones de su Reglamento Orgánico a través del Real Decreto de 22 de abril de 2005⁽¹⁹⁾.

(14) Ernesto GARCÍA-TREVIJANO, Op. cit., pág. 138.

(15) Véase con un título muy similar al que ahora se propone el artículo de Áurea ROLDÁN MARTÍN, *La función consultiva de relevancia constitucional*, dentro de la obra colectiva dirigida por el prof. Enrique ÁLVAREZ CONDE, *Administraciones Públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, Ed. INAP, Madrid, 1998.

(16) Véase Javier GÁLVEZ MONTES, Artículo 107, «El Consejo de Estado», dentro de la obra colectiva *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Óscar ALZAGA, Ed. de Derecho Reunidas (EDERSA) – Cortes Generales, Madrid, 1998.

(17) El Consejo de Estado se cita también en el artículo 153.b) de la Constitución: «El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá:(...) b. Por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150».

(18) Aunque la de mayor calado, no ha sido la única reforma pues hay que citar también las operadas por las Leyes Orgánicas 13/1983 y 2/1987.

(19) *Vid.* sobre la reforma, entre otros, la obra de Ángel J. SÁNCHEZ NAVARRO, *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional*, prologado por Eduardo García de Enterría, dentro de la Colección de Derecho Constitucional, Ed. Reus, Madrid, 2007. Téngase en cuenta, dentro de la función consultiva, la incorporación, junto con la estructura tradicional de la Comisión Permanente y el Pleno del Consejo de Estado, de la Comisión de Estudios a la que se le atribuyen (y ya ha ejercido tales competencias en varios trabajos) funciones de elaborar estudios, informes o memorias que el Gobierno le encomienda. Sobre la

Del Consejo de Estado se ha dicho que resaltan su singularidad, pues en él «se acumulan las características de antigüedad, colegialidad, independencia, estabilidad y autonomía orgánica y funcional. Se trata de una institución, además de histórica, independiente, imparcial y discreta»⁽²⁰⁾.

Y en este sentido, la forma típica de manifestarse la función consultiva es el dictamen que no sólo atiende a un exquisito rigor jurídico sino que cuida el estilo calificándose de solemne defendiéndose en tres instancias o filtros dentro del propio Consejo de Estado, la Sección, la Comisión Permanente y, en su caso, en el Pleno. Dice el artículo 2.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado que éste «emitirá dictamen sobre cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno o sus miembros».

3.1. ¿Qué es la función consultiva en el seno del Consejo de Estado?

El emperador Carlos V que preside el salón de plenos del Consejo de Estado decía que los negocios de los príncipes consistían en dos cosas: consejo y ejecución. Y, con relación al primero, en el emblema del Consejo de

reforma, véase también el artículo de Moisés BARRIO ANDRÉS, «El Consejo de Estado: institución de tradición y progreso», dentro del *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al prof. Santiago Muñoz Machado*, vol. 1, Tomo I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

También sobre la reforma del año 2004, debe tenerse en cuenta la propia Memoria del Consejo de Estado de 2004 que destaca como los dos elementos esenciales de la misma la «incorporación al Consejo de los expresidentes del Gobierno» y «la creación de un nuevo órgano colegiado, la Comisión de Estudios, que lleve a cabo los estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite o que juzgue oportuno, así como la elaboración de las propuestas legislativas o de reforma constitucional (...»).

(20) José Manuel ROMAY BECCARÍA, *El artículo 107 en el marco de la Constitución española de 1978*, Edición conmemorativa del 25 aniversario de la Constitución Española 1978-2003, INAP, Madrid, 2003. El citado autor recoge una cita del Consejero Permanente de Estado Antonio Pérez Tenesa que decía que la tendencia a consultar es una constante histórica y también de siempre se vienen exigiendo ciertas cualidades al consultor. No se consulta a cualquiera sino a quien inspira confianza para el desempeño de tan delicada función, confianza que se otorga a quien reúna estas cualidades: 1. Saber, es decir, ser muy docto en la materia. 2. Tener buen criterio, ser prudente. 3. Ser imparcial. 4. Ser discreto y 5. Ser eficaz, diligente en la respuesta.

Se ha subrayado el calificativo de discreto para definir la particular función consultiva del Consejo de Estado y no es una cuestión baladí. Y ello porque no sólo es una de las virtudes clásicas del buen consejero junto con la prudencia, la templanza, ... Uno de los valiosos elementos de éxito en este Supremo Órgano Consultivo ha sido precisamente el resguardarse de los grandes titulares de la opinión pública lo que le otorga un áurea que se manifiesta directamente en el ejercicio de la propia función consultiva por los Letrados y Consejeros, base en gran medida de su continuidad y prestigio como institución, aunque ello implique que sea una de las menos conocidas del sistema constitucional español como decía el que fuera Presidente del Consejo de Estado, Iñigo CAVERO LATAILLA, *La función consultiva del Consejo de Estado y su aportación al ordenamiento jurídico*, Univ. San Pablo-CEU, Madrid, 2001.

Estado se encuentra la siguiente leyenda: «*praevidet, providet*», reseña que fusiona toda la esencia de la función consultiva. En efecto, *prever*, es poder advertir con anticipación la cuestión que se examina, para *proveer* el estudio y deliberación que permita emitir el correspondiente dictamen que, como se ha dicho en numerosas ocasiones, constituye la máxima expresión de calidad de la función consultiva.

Históricamente el propio Carlos V definió la función consultiva de sus ministros-consejeros sobre la base de la independencia en el asesoramiento que prestaran («... dejándolos hacer las consultas sin intervenir en ellas (...) porque la presencia confunde la libertad y suele obligar a la lisonja»⁽²¹⁾). Y también desde los inicios de la institución la función consultiva se ha considerado que debía ser prestada por los consejeros cuyo oficio debe ser «guía que enseña los caminos por donde ha de andar un príncipe para que no caiga ni hierre»⁽²²⁾.

En este mismo sentido recuérdese la definición que Ramírez de Prado, en el año 1617, hacía de función consultiva y de consejo como la «aprobación que el entendimiento hace de lo que parece más conveniente para el fin que se pretende»⁽²³⁾. Para este autor uno de los elementos esenciales de la función consultiva es la prudencia que, a su entender, se ejercita: «1.º En presuponer el fin de lo que se consulta, principio reconocido por Platón del buen consejo. 2.º En buscar los medios con que se puede alcanzar este fin; que, como el Emperador Carlos V decía, el primer escalón de la prudencia es no querer errar. 3.º En elegir los medios más ciertos y menos peligrosos. 4.º En ver cómo, sin dificultad, sin costa y sin trabajo, se ejecuten»⁽²⁴⁾.

Dando un salto en el tiempo, en las Lecciones de Administración de D. José Posada Herrera ya se aludía a la necesidad de un Consejo de Estado no sólo para que aconseje a los ministros en la resolución de los negocios arduos y graves, sino también para dar coherencia a los valores jurídicos que vertebran todo el ordenamiento.

En definitiva, todos estos principios que se han atribuido históricamente a la función consultiva desempeñada por el Consejo de Estado en cuanto que constituye el dictamen justo, prudente, neutral con una rigurosa y honesta interpretación del ordenamiento jurídico al único interés del Estado, no sólo

(21) Cita de SAAVADRA FAJARDO obtenida de la obra de Feliciano BARRIOS, *Op. cit.*, pág. 224.

(22) Cita igualmente obtenida del libro de Feliciano BARRIOS, *Op. cit.*, pág. 233.

(23) Lorenzo RAMÍREZ DE PRADO, *Consejo y Consejero de Príncipes*, *Op. cit.*, pág. 5.

(24) Lorenzo RAMÍREZ DE PRADO, *Consejo y Consejero de Príncipes*, *Op. cit.*, pág. 15.

están plenamente vigentes, sino que son más necesarios, si cabe, que nunca⁽²⁵⁾. Como decía Hobbes en su Leviatán, el consejo se funda en la experiencia y en un prologado y reflexivo estudio.

En el ámbito político, las grandes categorías han sucumbido a lo fútil y a cuestiones de corto calado, de modo que los gobiernos o dirigentes de los partidos viven en un estado de permanente ansiedad, al imperio de lo efímero —en términos de Finkielkraut— sometidos estrictamente a la popularidad de sus decisiones que a su vez se retroalimenta con una demanda popular de cuestiones de fácil inteligibilidad que no suponga un especial esfuerzo intelectual. El Consejo de Estado presta un servicio a la autoridad consultante que va más allá del mero despacho técnico de una consulta o de un puntual asesoramiento. Su rigurosa opinión precedida del correspondiente estudio reflexivo cobra, en la actualidad, un especial valor como elemento esencial en la construcción democrática y en la conservación de las instituciones en cuanto a elementos vertebradores del Estado de Derecho.

La función consultiva del Consejo de Estado se manifiesta sobre la base de un doble elemento. Por una parte emite un juicio puramente jurídico, una opinión en Derecho, aplicando o interpretando el ordenamiento jurídico. Pero, por otro lado, la función consultiva abarca también otro tipo de juicios como es el de oportunidad que está basado en una razonada experiencia o, como decía, Díez Picazo, incluso en posibles previsiones de futuro⁽²⁶⁾. No obstante, como matizó quien fuera Presidente del Consejo de Estado, D. Francisco Rubio Llorente, «el enlace con la tradición en lo que toca a la

(25) Merece en este punto una especial cita el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado a quien les corresponde, en el seno de la función consultiva, el desempeño de las funciones de estudio, preparación y redacción de los proyectos de dictamen sobre los asuntos sometidos a consulta del Consejo, así como aquellas que, siendo adecuadas a su carácter, se determinen reglamentariamente. Señala en este punto David BLANQUER que uno de los rasgos que perfilan el modelo reconocible de la función consultiva superior es el de contar con un cuerpo de funcionarios cuyo régimen estatutario esté adornado por los mismos caracteres de cualificación técnica e independencia que se predicen del órgano. En este sentido, el citado autor señala que las características de independencia de criterio o el hecho de que el Letrado no se limite a estudiar el expediente y a elaborar un proyecto de dictamen sino que su función se extiende a la defensa de su parecer que podrá ejercer tanto en la Sección, como en la Comisión Permanente, como en el Pleno, le otorgan una especial caracterización y reconocimiento (David BLANQUER CRIADO, *Consejo de Estado y Autonomías*, Tecnos, Madrid, 1994).

(26) Recuérdese sobre esta cuestión la intervención de Solé Tura en el debate legislativo en el seno de las Cortes con motivo de la aprobación de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, en el sentido de que, a su entender, el artículo 2 se extralimita en la función del Consejo al introducir aspectos que van más allá de sus tareas consultivas, al hablar, por ejemplo, de que valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia (*Diario de Sesiones del Congreso*, núm. 79, de 10 de abril de 1980, pág. 5352).



Junto a la jurisprudencia, los informes y dictámenes de la Administración consultiva forman un *corpus doctrinal* de incalculable valor en la interpretación del Derecho. Durante siglos, esta función estuvo reservada al Consejo de Estado, y—desde la vigente Constitución Española—también los Órganos consultivos autonómicos vienen contribuyendo a esta labor.

El 25 aniversario de la creación del Consejo Consultivo de las Illes Balears constituye una magnífica ocasión para recopilar la doctrina de la Administración consultiva en materias como el régimen competencial, la función legislativa y la potestad reglamentaria, las actuaciones ante el Tribunal Constitucional, urbanismo y ordenación del territorio, contratación del sector público, procedimiento administrativo, responsabilidad patrimonial, o el derecho administrativo especial.

En cada uno de estos ámbitos, consejeros y letrados analizan la evolución normativa de estas materias, trayendo a colación los dictámenes más relevantes.

En consecuencia, esta obra posee un notable valor no sólo teórico, sino también práctico, siendo de gran utilidad para la aplicación del Derecho.

ISBN: 978-84-15651-87-1



9 788415 651871



25^è
aniversari
1993-2018



CONSELL CONSULTIU
DE LES ILLES BALEARS



Wolters Kluwer