

EL CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA POR LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS: LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD (1)

TOMÀS FONT I LLOVET

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SIGNIFICADO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN RELACIÓN CON LA POTESTAD NORMATIVA: 1. *Prevención y control.* 2. *La función normativa en el contexto del objeto de la actividad consultiva.*—III. LA INCIDENCIA EN LA OPORTUNIDAD Y LA INTERLOCUCIÓN CON EL GOBIERNO: 1. *Autocontrol y heterocontrol.* 2. *¿Quién debe ser el interlocutor del órgano consultivo?*—IV. EL CONTROL DEL PROCEDIMIENTO REGLAMENTARIO: 1. *La memoria explicativa.* 2. *Participación ciudadana: audiencia, información pública y órganos colegiados representativos.*—V. CONTROL MATERIAL O SUSTANTIVO DE LOS REGLAMENTOS: 1. *Transformaciones actuales de la potestad reglamentaria.* 2. *Reserva de ley, autonomía y potestad reglamentaria.* 3. *El objetivo de la seguridad jurídica;* 4. *La revisión de oficio de los reglamentos.*—VI. FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de estas reflexiones lo constituye la proyección de la función consultiva sobre la actividad normativa del Gobierno y de la Administración. Debe pues examinarse el significado actual que revisten estos elementos y la relación entre ambos.

En el contexto de esta intervención no se trata de ser exhaustivo, sino de indicar algunas de las cuestiones que nos pueden ayudar a situar y a comprender mejor la propia función de los órganos consultivos de carácter técnico-jurídico. Haré abstracción, por lo demás, de las singularidades organizativas y competenciales que ofrece el panorama normativo estatal y autonómico, sin perjuicio de algunas referencias concretas que permitan ilustrar algunos puntos específicos.

(1) Ponencia presentada en las *III Jornadas de órganos asesores y consultivos*, celebradas en Barcelona los días 9 y 10 de noviembre de 2000.

II. SIGNIFICADO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN RELACIÓN CON LA POTESTAD NORMATIVA

1. *Prevención y control*

Como primera afirmación relativa al papel de los órganos consultivos respecto de los reglamentos, debo recordar la diferente posición que aquellos ocupan en relación a la de los órganos jurisdiccionales.

La intervención de los órganos consultivos con carácter previo a la aprobación de las disposiciones reglamentarias permite desarrollar una función *preventiva* de control *global* sobre la capacidad normativa del Gobierno, y por tanto, no sólo puntual y, además, a posteriori, que es lo que, en cambio, está en condiciones de ejercer la jurisdicción.

Efectivamente, la posición del órgano consultivo le permite obtener una visión de conjunto sobre el resto del ordenamiento, puesto que conoce las demás iniciativas normativas efectuadas, el conjunto de la reglamentación del sector o de la materia, y así puede situar un determinado proyecto en un contexto más general que incide incluso en la *oportunidad normativa*, esto es, en la valoración de la conveniencia de que se adopte una determinada disposición en relación con el resto de la actividad normativa del propio Gobierno.

En otras ocasiones he señalado cómo entiendo que «la función consultiva se sitúa 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» (2) y luego he abundado en esta idea (3) trayendo a colación la STS de 16 de julio de 1996, que señala que de la función consultiva derivan importantes aspectos: «auxiliar a la Administración consultante a los efectos del ejercicio de sus competencias; ser garantía de que la autoridad consultante va a actuar en los términos del mandato contenido en el art. 103 de la CE (servir con objetividad los intereses generales); y constituir, en cierto modo, un control, que tiene su expresión en un dictamen que debe revestir las características de objetividad y procurar el correcto hacer del Gobierno y de la Administración».

Nótese cómo el Tribunal Supremo menciona expresamente la proyección

(2) Vid. mi trabajo, «Función consultiva y Estado autonómico», *RAP*, 138 (1995), pág. 48, en el que se desarrolla mi intervención con motivo del X Aniversario del Consejo Consultivo de Canarias.

(3) En «Los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas y la Administración local», en las *Actas de las Jornadas sobre la función consultiva*, Consejo Consultivo de Andalucía, Granada, 1998.

de la actividad consultiva sobre el núcleo de la función administrativa, el servicio objetivo del interés general, como garantía de su satisfacción y cumplimiento. Entiendo que se confirma así la idea de que el sentido de la intervención de los órganos consultivos no es sólo de carácter negativo, sino que adquiere un sentido *positivo*.

2. *La función normativa en el contexto del objeto de la actividad consultiva*

El dictamen sobre proyectos de reglamentos constituye una de las competencias clásicas de los órganos articulados bajo el modelo de los Consejos de Estado francés o español, esto es, el modelo de órganos consultivos *del Gobierno*. En nuestro ordenamiento, en efecto, el Consejo de Estado y la totalidad de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, derivación en su día de los efectos de la STC 204/1992, ostentan esa competencia preceptiva de dictamen previo de los proyectos de disposiciones de carácter general.

No quiero detenerme en la consabida polémica acerca del tema de la limitación, o no, del carácter preceptivo de la intervención de los órganos consultivos a los supuestos de los reglamentos ejecutivos, con inclusión, o no, entre ellos, de los reglamentos organizativos, y la falsa equiparación de estos últimos con los denominados independientes. Insisto, como he señalado en otras ocasiones, en que el hecho mismo de que exista una previsión legal expresa de que también los reglamentos no ejecutivos puedan ser sometidos al dictamen del órgano consultivo significa una clara indicación del legislador de que no sólo se da la posibilidad, sino la conveniencia de que así se haga(4).

Pero al hilo de esta cuestión sí quiero observar cómo en algunos ordenamientos se detecta un *auge de la función consultiva en la potestad normativa* del Gobierno, respecto de otras competencias del órgano consultivo correspondiente.

Así se ha destacado recientemente en *Italia*, donde se ha pasado de una competencia limitada a los «reglamentos administrativos generales» (Ley del *Consiglio di Stato* de 1865) a la Ley de 23 de agosto de 1988, según la cual, son objeto de dictamen todos los reglamentos del Gobierno y de los ministros, incluso aquellos que se dictan en materias en las cuales no existe regulación por ley o acto con fuerza de ley y la materia no está reservada a la ley.

(4) Así lo he sostenido desde mi intervención en los actos conmemorativos del XV aniversario del restablecimiento de la Comissió Jurídica Assessora, «La funció consultiva de la legalitat de les disposicions i resolucions administratives a Espanya», en la *Memoria* de la Comissió Jurídica Assessora de 1993, pág. 15.

En el siglo largo de esa evolución se ha denunciado una suerte de «fuga del reglamento» por el hecho de que debía informar el Consejo de Estado, tanto durante el fascismo como después de la citada ley de 1988 (5). En España cabría decir algo parecido respecto del uso que se ha hecho de la distinción entre reglamentos ejecutivos e independientes, distinción artificiosa a veces (6) y que prácticamente sólo sirve a los tribunales para decidir el carácter preceptivo o no de la consulta (7). A pesar de este efecto reflejo, es interesante la observación de que en Italia se dibuja una parábola descendente en la intervención del *Consiglio di Stato* en materia legislativa, y al mismo tiempo una parábola ascendente en materia reglamentaria, y ello en consonancia con el descenso del papel del Parlamento y el ascenso del papel del Gobierno (8).

Tal situación, además, coincide con otra circunstancia relevante, que es la pérdida de competencias consultivas preceptivas en materias de «Administración», esto es, de actuaciones no normativas, por cuestión de las políticas de agilización de los procedimientos; mientras que se produce el mantenimiento de la preceptividad, e incluso el incremento de la misma, en cuanto a la potestad reglamentaria, que, como se ha visto, se extiende a todos los reglamentos del Gobierno y de los ministros. En este sentido, la Ley núm. 127, de 15 de mayo de 1997, dispone que «el dictamen del Consejo de Estado debe solicitarse de forma obligatoria... para la emanación de los actos normativos del Gobierno y de los ministros..., así como para la emanación de textos refundidos». Ahora bien, la misma Ley deroga «cualquier disposición legal que establezca el dictamen del Consejo de Estado con carácter preceptivo».

No puedo entrar ahora a considerar las consecuencias que pueden derivar de esta singular forma de agilizar los procedimientos administrativos. Lo que interesa es destacar la tendencia según la cual, se ha dicho, el *Consiglio di Stato* está pasando de ser asesor de la Administración a ser asesor del Gobierno (9).

También en *Francia*, desde 1993, está teniendo lugar una progresiva re-

(5) SABINO CASSESE: «L'attività consultiva del Consiglio di Stato in materia di norme», en *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, a cargo de G. Paleologo, Giuffrè, Milán, 1998. En el mismo volumen, vid. Los trabajos de PIER GIORGIO LIGNANI: *La funzione consultiva del Consiglio di Stato nell'emanazione delle norme giuridiche*, y de ALESSANDRO PAJNO: *Dalla garanzia sugli atti alla garanzia sulle regole: il Consiglio di Stato e la funzione consultiva*.

(6) Así la he calificado en mi trabajo «Función consultiva y Estado autonómico», *RAP*, 138 (1995), cit.

(7) Vid. ampliamente, MANUEL REBOLLO PUIG: «El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado», *Documentación Administrativa*, 144-145 (1996).

(8) CASSESE: *loc. cit.*

(9) CASSESE: *ibid.*

ducción de las competencias consultivas del *Conseil d'Etat* sobre actos no normativos, por medio de diversas leyes y decretos referidos a materias sectoriales que han suprimido algunos vestigios, aún subsistentes, de lo que fuera la jurisdicción retenida (10). De modo que en la configuración de la función consultiva del Consejo de Estado disminuye proporcionalmente el peso de la actividad administrativa y aumenta el de la actividad reglamentaria.

No parece que por ahora se observe una tendencia de este signo en España, por lo que hace a la disminución de la intervención consultiva en los procedimientos administrativos. Algo hay, tal vez, en la fijación de mínimos de cuantías en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, por lo demás plenamente justificadas, y también la regulación de la contratación administrativa, dentro de la lógica de agilización procedimental indicada. También, en otro sentido, la nueva ordenación de la revisión de oficio por la Ley 4/1999, con el alcance que se da al procedimiento de lesividad, elimina un caso de dictamen preceptivo de los órganos consultivos. Todo ello viene a disminuir la competencia «administrativa» de los órganos consultivos. Pero no es en conjunto un movimiento significativo.

Y, en cambio, se hace patente cada vez más la importancia de intervenir en relación con la potestad normativa (11) y, más concretamente, la reglamentaria, habida cuenta del incremento de su extensión y proliferación en la configuración del ordenamiento jurídico.

III. LA INCIDENCIA EN LA OPORTUNIDAD Y LA INTERLOCUCIÓN CON EL GOBIERNO

Es bien sabido que el control de los reglamentos remite en gran parte a un problema del control de la discrecionalidad y de la arbitrariedad (12).

(10) MICHEL BERNARD: «Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d'Etat sous la V République», en Conseil d'Etat, *Rapport Public*, 1994.

(11) Cabe señalar aquí la intervención preceptiva de los órganos consultivos en el nuevo procedimiento de *conflicto en defensa de la autonomía local*, establecido por la Ley orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la LOTC, puesto que a normas con rango de ley se refiere, aunque sea para su eventual declaración de inconstitucionalidad, aceptándose las sugerencias formuladas en este sentido por la doctrina. Vid. mis trabajos, «El recurso de protección constitucional de la autonomía local», en AA.VV., *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, INAP, 1997, y «Los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas y la Administración local», *cit.*

(12) Vid. extensamente, DAVID BLANQUER: *El control de los reglamentos arbitrarios*, Civitas, Madrid, 1998.

El papel de la función consultiva aparece entonces con mucha mayor relevancia: lo señalaba así la Sentencia del TS 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».

Se ha subrayado cómo desde otros ordenamientos, al plantearse las dificultades de sustentar un control judicial absoluto sobre la discrecionalidad administrativa, se han vuelto los ojos hacia «modelos» como el del Consejo de Estado francés, no sólo en su vertiente de justicia administrativa, sino en el de su función consultiva preventiva (13), a la vista de sus peculiaridades orgánicas y de la especialidad jurídico-administrativa de sus miembros.

En este sentido, la actividad consultiva que se proyecta sobre la potestad reglamentaria del Gobierno desarrolla una función específica que se añade a la más general de garantía de la legalidad y de los derechos e intereses legítimos de los interesados; funcionalidad ésta última que es la propia de la «justicia» respecto de la Administración. Se añade, en efecto, una función de *participación en la definición del interés público* que corresponde al Gobierno o a la Administración, en los términos más arriba señalados de colaboración o auxilio al ejercicio de la función ejecutiva.

Al respecto cabe recordar, entre otras, dos cuestiones importantes.

1. *Autocontrol y heterocontrol*

Por un lado, señalo que, habida cuenta de la especial vinculación entre la función reglamentaria del Gobierno y la intervención del órgano consultivo, debe extremarse la atención acerca de la posición institucional de este último, por cuanto su tarea de colaboración y auxilio ha de combinarse con la de control, entendido como «autocontrol» y no «heterocontrol». En efecto, como he señalado en otra ocasión, inmiscuirse en la discrecionalidad reglamentaria del ejecutivo plantea los conocidos problemas de relaciones entre poderes del Estado —o autonómicos—, en especial, respecto del poder judicial, pero no únicamente. Cuando la concurrencia de intervenciones tiene lugar entre órganos que corresponden ambos al poder ejecutivo, aún independientes entre sí y no

(13) CHRISTOPHER EDLEY JR.: *Derecho administrativo. Reconcebir el control judicial de la Administración pública*, traducción española, INAP, 1994, pág. 281. También Blanquer se refiere a este autor.

sometidos a relación jerárquica, es claro que no se producen problemas de relaciones entre funciones constitucionales distintas, sino que se trata de una fórmula de la articulación interna, con intervención de asesoramiento jurídico y control preventivo de legalidad, del ejercicio de una de ellas, la función de administrar, en la órbita de lo ejecutivo (14).

La naturaleza u origen «parlamentario» de un órgano consultivo, o de la mayoría de sus miembros, puede, en este sentido, plantear algunas disfunciones acerca de su intervención en el control de reglamentos, como así ha sucedido en alguna ocasión (15). Dicha configuración «parlamentaria» se muestra más coherente con su función de control de las leyes que no de los reglamentos, ya que lo contrario podría implicar una suerte de extensión del control parlamentario sobre el gobierno más allá de sus cauces formales. La «vocación» del órgano consultivo de origen parlamentario es más «la ley» que el reglamento, y su «interlocutor» habitual debe ser su propia cámara legislativa (16).

Naturalmente, la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas ha permitido configurar sistemas de articulación de la función consultiva en sentidos notoriamente distintos, y así lo he defendido en varias ocasiones (17), por lo que la disyuntiva entre autocontrol y heterocontrol puede ser mucho más matizada.

2. ¿Quién debe ser el interlocutor del órgano consultivo?

En segundo lugar, y en relación precisamente con el tema del *interlocutor* del órgano consultivo de carácter jurídico-administrativo, debe extremarse la

(14) T. FONT: «Función consultiva y Estado autonómico», cit., pág. 52.

(15) Así se puso de manifiesto en el curso de los coloquios celebrados en La Laguna con ocasión de la conmemoración del X Aniversario del Consejo Consultivo de Canarias.

(16) Así lo señalé en relación con el caso de Cataluña, que dispone de dos órganos consultivos. El Consell Consultiu, más próximo a lo que es un órgano de control de constitucionalidad, debe ampliar su relación y dar lugar a una mayor interlocución con el Parlamento de Cataluña: T. FONT I LLOVET, «L'actuació del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya», en ocasión de la presentación de su doctrina en los primeros quince años de actividad, Barcelona, 1996, en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4 (1997). Se ha confirmado esta vocación con la atribución al Consell Consultiu, por Ley 4/1999, de la competencia consultiva respecto a los conflictos en defensa de la autonomía local frente a leyes aprobadas por el Parlament. Vid. mi capítulo «Institucions estatutàries de control de la Generalitat», en la segunda edición del *Manual de Dret Públic de Catalunya*, en colaboración con Enoch Albertí y otros autores, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2000.

(17) Vid. al respecto, además de mis trabajos ya citados, las colaboraciones anuales sobre «Organización administrativa de las Comunidades Autónomas» en el *Informe Comunidades Autónomas* del Instituto de Derecho Público, en especial a partir de la edición referida a 1993.

atención acerca de quién puede y debe solicitar el dictamen y en su momento ser destinatario del mismo una vez emitido. En efecto, debemos preguntarnos si es funcional que el dictamen lo solicite el consejero que tramita el proyecto normativo, que en su caso deberá aprobar el Gobierno en forma de Decreto, o bien si no sería más adecuado que lo solicitara el titular primario de la potestad reglamentaria, esto es el propio Gobierno, directamente, o a través de la Consejería correspondiente a las funciones de soporte al Gobierno, que según los casos será Presidencia, Relaciones institucionales, Administración pública, etc.

Señalo esta cuestión porque la experiencia demuestra que existe un exceso de *fragmentación* en la organización político-administrativa y, en consecuencia, una exagerada sectorialización en la producción normativa. Exceso de sectorialización que se pone de manifiesto, sin ir más lejos, en el procedimiento de elaboración del reglamento. La relación entre el departamento promotor y los demás departamentos interesados o afectados circula formalmente por el mismo cauce que la relación con los particulares interesados: simplemente, se emite un informe sobre un texto ya completo,

Las iniciativas sectoriales, efectuadas sin una coordinación previa de toda la actividad normativa del Gobierno, conducen a incorporar la intervención del órgano consultivo dentro de una dinámica de escasa cooperación «intraadministrativa», de modo que el dictamen del órgano consultivo, emitido en ejercicio de aquella función de visión global y de conjunto, juicio de síntesis sobre la propuesta, en muchas ocasiones no es conocido, ni valorado ni ponderado por el órgano que debe resolver, sino por el que debe proponer.

IV. EL CONTROL DEL PROCEDIMIENTO REGLAMENTARIO

En los casos de potestades normativas, de fuerte componente discrecional, el procedimiento es uno de los instrumentos capitales para canalizar la reducción de la discrecionalidad, con la incorporación de todos los datos y elementos que debe tener en cuenta el titular de la potestad en el momento de su ejercicio. Como se ha dicho, el procedimiento es un elemento importante en la tarea de *racionalización* en la producción del derecho (18) y, por tanto, instrumento de reducción y control de la arbitrariedad. Veamos alguno de los múltiples aspectos que suscita el procedimiento reglamentario (19).

(18) HEINZ SCHAFFER: «Racionalización y creación del Derecho», *Documentación Administrativa*, 218-219 (1989).

(19) Vid. las consideraciones recogidas, además de en sus Dictámenes, en la *Memoria* de la Comissió Jurídica Assessora de 1998, vol. I, pág. 13, «L'exercici de la potestat reglamentaria pel Govern», que aquí se sigue.

1. *La memoria explicativa*

Está, en primer lugar, el tema de la *memoria*. La memoria explicativa de la oportunidad y significado de la norma es necesaria, de entrada, para que los demás trámites cumplan su función: por ejemplo, el de audiencia a los interesados o información pública, o la misma intervención del órgano consultivo, no pueden ser correctamente desarrollados si no es con pleno conocimiento «de causa» (Dictamen CJA 21/1998). Se trata, pues, de la motivación de la norma, una exigencia que ha devenido cada vez más fuerte en varios ordenamientos, incluso en Estados Unidos: de una relativamente sencilla «concisa declaración general de sus bases y propósito», según exigía la jurisprudencia, los tribunales han pasado a exigir a las agencias que elaboren y pongan por escrito una verdadera «justificación» para evitar que un reglamento sea declarado arbitrario y caprichoso (20).

La memoria debe referirse a la oportunidad de la norma, y por tanto, incidir en la vertiente de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad: ¿Es necesaria la norma tal y como se proyecta? ¿Puede ser suficiente una modificación de la existente? Ahí está todo el tema de la *racionalización* en el ejercicio de la potestad reglamentaria, de la *simplificación normativa*, que reviste gran actualidad, dentro del objetivo de «maîtriser la production des normes, leur nombre et plus encore leur qualité» (21).

Y, por supuesto, la memoria debe referirse al contenido de la norma, esto es, pronunciarse sobre aquellas opciones que se presentan al Gobierno en el marco de la legalidad y en ejercicio de sus funciones y razonar sobre la elección a favor de una u otra opción (22). Debe dar, así, justificación suficiente de la oportunidad y adecuación de las medidas previstas a los fines perseguidos a la vista y en atención al marco legal en que se inserta, como previene el art. 63.2 de la Ley catalana 13/1989 (Dictamen CJA 479/1998). Por otro lado, debe acotar el ámbito objetivo de aplicación de la norma, definiendo su capacidad innovadora, modificativa o derogatoria sobre el derecho existente, exigencia que cumple las funciones de las tablas de vigencia legalmente exigidas.

Creo, pues, que los reglamentos deben motivarse, tanto a lo largo de su procedimiento de elaboración, como en el momento de su aprobación y publi-

(20) JOHN H. REESE: *La elaboración informal de reglamentos por las agencias administrativas federales*, *paper* para el Seminario de Derecho administrativo, Universitat de Barcelona, agosto 1999.

(21) Rapport de la «Mission sur les responsabilités et l'organisation de l'Etat», París, 1994.

(22) BLANQUER: *Cit.*, págs. 267 y sigs.

cación, esto es, en el preámbulo o exposición de motivos. Ciertamente, durante la tramitación pueden incorporarse ulteriores elementos de valoración y de juicio, de modo que la memoria alcanza un sentido dinámico que implica ir incorporando tales elementos hasta llegar a la formulación definitiva. La STS de 16 de junio de 1999 (Ar. 4.276) fundamenta la exigencia de motivación de los reglamentos en su necesidad para un efectivo control jurisdiccional de la discrecionalidad.

2. *Participación ciudadana: audiencia, información pública y órganos colegiados representativos*

No hace falta insistir en la relevancia de la incorporación de intereses colectivos y sectoriales en la elaboración de las normas.

El órgano consultivo debe poder verificar que el Gobierno, en el momento de adoptar su resolución aprobatoria de la norma, se encuentra en las mejores condiciones posibles para poder apreciar todos los intereses que están en juego, ponderar debidamente su relación respectiva y conocer las alternativas propuestas.

Algunos problemas se suscitan en torno al carácter preceptivo o no del trámite, especialmente a la vista de formulaciones más o menos ambiguas como, por ejemplo, la Ley catalana 13/1989, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalitat. Su art. 64 parece atribuir al Conseller la decisión libre de someter o no a dicho trámite un proyecto reglamentario: ya el Consell Consultiu, en su dictamen sobre el entonces proyecto de ley, señaló con acierto la contradicción con el art. 105 CE.

La Comissió Jurídica Assessora ha dictaminado repetidamente en el sentido de recordar que la Comisión «mantiene la doctrina que niega el carácter discrecional de dicho trámite de audiencia, destinado a asegurar la legalidad y la oportunidad de la norma proyectada» (Dictamen 227/1998), que sólo podrá excepcionarse cuando «razones de urgencia o de interés público debidamente acreditadas en el expediente lo impidan» (Dictamen 531/1998).

En Comunidades Autónomas que no disponen de norma propia sobre el procedimiento de elaboración de los reglamentos, es de aplicación supletoria la Ley del Gobierno 50 /1997, cuyo artículo 24.1.c), además de establecer el carácter preceptivo del trámite, obliga a motivar la decisión acerca del procedimiento escogido para dar audiencia a los interesados, directamente o a través de sus asociaciones representativas.

El órgano consultivo debe, pues, considerar si se ha observado el trámite y se ha observado de forma razonable en cuanto al plazo concedido, la extensión de la audiencia, etc.

Un aspecto de esta cuestión es la decisión de cuáles son las entidades que deben ser oídas: la jurisprudencia del TS ha sido matizada y, en los últimos tiempos, más bien restrictiva. Entiendo que el órgano consultivo ha de observar si en el expediente queda reflejada la *pluralidad* de intereses en juego o afectados. Es frecuente, especialmente en materias económicas y de ordenación sectorial, que la Administración solicite informe de las entidades asociativas del sector productivo o empresarial afectado, pero hay otros intereses próximos, concurrentes o contrapuestos: otros profesionales, eventuales competidores, otros sectores productivos, los consumidores o usuarios, las organizaciones sindicales, organizaciones ambientalistas, etc.

En cualquier caso, es preciso que la Administración conteste las alegaciones que hayan sido formuladas y que lo haga en términos equivalentes en cuanto a la solidez de la fundamentación. De lo contrario, el órgano consultivo puede tener motivos para entender que existen indicios de actuación arbitraria o injustificada, y así debe advertirlo a la Administración responsable, so riesgo de que quien sí lo advierta sea luego el tribunal contencioso-administrativo. En este sentido resulta muy ilustrativo el Dictamen del Consejo de Estado de 6 de febrero de 1997 (exp. 47/1997), que elogia el esfuerzo desarrollado por la Administración en analizar las alegaciones presentadas y razonar su aceptación o rechazo, indicando que «en ejercicio de la discrecionalidad propia de la potestad reglamentaria, la Administración es libre para seguir o no seguir esas propuestas o sugerencias, libertad que no se cercena o disminuye por el hecho de motivar o exteriorizar las razones que explican la aceptación de unas y el rechazo de otras. Esa labor de reflexión racional constituye un importante instrumento procedimental para orillar la eventual arbitrariedad de una norma (proscrita por el art. 9.3 de la Constitución), ya que esa arbitrariedad puede tener su origen en la precipitación o improvisación con que se elabora un Reglamento...» (23).

En los últimos tiempos se ha ido decantando la tendencia a sustituir, o al menos a complementar, la participación individualizada y estrictamente procedimental por la participación orgánica, estable y más permanente, a través de mecanismos de representación de intereses en *órganos colegiados* de la Administración, a los que se atribuye la competencia de informe de proyectos reglamentarios. La singularidad de tales órganos colegiados está reflejada incluso en la Ley 30/92, cuyo art. 22.2 ha sido ratificado como de carácter básico por la STC 50/99, de 6 de abril.

Por lo demás, las Comunidades Autónomas han sido especialmente proclives a la creación de este tipo de órganos, consejos, comisiones, mesas sectoria-

(23) Vid. al respecto, BLANQUER: *Ob. cit.*, pág. 252.

les, etc., demostrando una mayor proximidad a las organizaciones económicas y sociales y mayor facilidad de conexión, aunque también con un mayor riesgo de penetración —y aún de «captura», en los términos de la competencia económica— de la organización por las fuerzas participantes.

Pues bien, el órgano consultivo técnico-jurídico debe poder apreciar si el trámite de informe del órgano colegiado de participación cumple adecuadamente con la finalidad para la que está previsto. Pues, por un lado, no siempre la composición del colegio refleja de manera suficiente la pluralidad de intereses afectados por aquella norma en concreto, lo que exigiría una ulterior consulta o información pública (Dictamen CJA 36/1998); y por otro lado, se da la circunstancia de que, en muchas ocasiones, el trámite de informe es evacuado por la comisión permanente del correspondiente consejo asesor o de participación, y a menudo dicha permanente está compuesta por representantes de la propia Administración y con una participación mucho menor de la representación de intereses externos.

Además, para que el órgano consultivo primero, y el gobierno después, puedan ejercer plenamente su respectiva función, no es suficiente que en el expediente figure una certificación del acta de la sesión en la que simplemente se diga que el proyecto reglamentario ha sido informado por el órgano en cuestión, sino que debe incorporarse el texto de dicho informe o, en su caso, el contenido de las intervenciones producidas en el seno de la correspondiente sesión. En este sentido se pronuncia claramente la STS de 12 de mayo de 1999 (Ar. 3.987).

La relevancia de la participación previa en la elaboración de reglamentos ha llevado a algunos ordenamientos, con una realidad institucional distinta a la nuestra ciertamente, a determinar mecanismos muy precisos al respecto, con la finalidad de incrementar el valor preventivo de la participación de cara a minimizar el riesgo de ulteriores impugnaciones judiciales (y en este sentido cumpliría una función parecida a la que también es propia de los órganos consultivos). Entre los casos más conocidos está la regulación en Estados Unidos del «procedimiento reglamentario negociado», a partir de las modificaciones introducidas en la *Administrative Procedure Act* por la *Negotiated Rulemaking Act* de 1990, sobre la base de constituir un Comité reglamentario negociador, y acotar previamente cuáles son los intereses afectados y establecer, a la vista de ello, que es probable alcanzar un consenso (24).

En cuanto a los efectos de las observaciones del órgano consultivo acerca de la falta, insuficiencia o vicios en el procedimiento, podría discutirse si se tra-

(24) JOHN E. RESSE: *Loc. cit.* Ampliamente, entre otros, vid. ROSA COMELLA DORDA: *Límites del poder reglamentario en el Derecho administrativo de Estados Unidos: evolución de los modelos tradicionales, control judicial y técnicas de negociación*, Ed. Cedecs, 1997.

ta de observaciones de carácter esencial o de legalidad. Creo que hay que resolver el tradicional problema de la degradación, por parte de la jurisprudencia, de la relevancia de los mal denominados vicios de forma, y la equiparación a los mismos de los vicios de procedimiento que repercuten en la deficiente formación del contenido material de la norma. En el fondo de ello estaba la cuestión de evitar la anulación por los tribunales de las resoluciones administrativas por tales motivos procedimentales y disponer la simple retroacción del expediente; y facilitar, por el contrario, el poder entrar en el análisis de las cuestiones de legalidad sustantiva o material y otorgar la tutela judicial requerida (25).

Pero la situación es diferente cuando quien efectúa el análisis no es un órgano judicial que actúa a posteriori, sino un órgano consultivo de la propia Administración que interviene con carácter previo a la aprobación de la norma. En esta sede, y siempre según las circunstancias que aprecie en cada caso el órgano consultivo, no es incorrecto informar proponiendo la retroacción del expediente; debiendo volver a someterse a consulta del órgano si a resultados de la nueva tramitación varía el contenido sustantivo del proyecto incorporando cuestiones no contempladas por el órgano consultivo o que, habiéndolo sido, son resueltas ahora en sentido distinto al que fue objeto de consideración.

V. CONTROL MATERIAL O SUSTANTIVO DE LOS REGLAMENTOS

1. *Transformaciones actuales de la potestad reglamentaria*

No corresponde a esta ocasión el análisis en profundidad del régimen jurídico-material de la potestad reglamentaria. Únicamente quiero indicar algunas cuestiones que pueden interesar específicamente a la función e intervención de los órganos consultivos.

El marco general remite a la consideración de la posición del Gobierno respecto de la ley, y las transformaciones de las que es protagonista en la actualidad la potestad reglamentaria, en consonancia con las mutaciones que experimenta en general el conjunto de los elementos del sistema normativo. Muy rápidamente llamo la atención sobre algunos aspectos.

(25) Vid. por todos, M. REBOLLO PUIG: «La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales», en *RAP*, 115 (1988), y JUAN MANUEL TRAYTER, *¿Son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia?*, Tecnos, 1992. En general, sobre los vicios de procedimiento, vid. el excelente libro de JULIO PONCE SOLÉ: *Deber de buena administración y derecho al procedimineto debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Ed. Lex Nova, 2001.

Por un lado, nos hallamos inmersos en la tendencia a la *privatización material* de actividades precedentemente públicas, junto con la tendencia contigua a la *liberalización* de actividades, es decir, la eliminación de controles administrativos en su ejercicio. Pues bien, es evidente que todo ello tiene como contrapartida el incremento de la *reglamentación* de las mismas, asegurándose su adecuación al interés general no por vía de la intervención singularizada, sino de la regulación en profundidad de todos los aspectos que pueden incidir en el mismo.

En este contexto debe destacarse la proliferación de las «normas técnicas», en todos los órdenes, como, por ejemplo, económicos, ambientales, telecomunicaciones, etc., pero también en sectores como la educación —contenido de los planes de estudios, etc.— titulaciones y profesiones, etc. (26).

El caso más emblemático de estas circunstancias lo encontramos, sin duda, en la producción normativa incardinada en el ámbito del Derecho comunitario, cuyo desarrollo interno por medio de reglamentos, estatales o autonómicos, debe ser objeto, por cierto, de una específica intervención de los órganos consultivos correspondientes, en virtud de la disposición adicional primera de la Ley 8/1994, de 19 de marzo, que regula la Comisión Mixta para la Unión Europea.

Pues bien, ante esta situación de complejidad técnica, es evidente que la capacidad efectiva de intervención de los órganos consultivos jurídico-administrativos se limita enormemente en muchas ocasiones y se debe remitir, a su vez, al análisis de la incorporación en el expediente de todos los elementos técnicos que apoyen las opciones que finalmente debe adoptar el Gobierno.

Pero existe otra posibilidad de mejora de la función consultiva en estos casos, a la que ya me he referido en otra ocasión y que creo oportuno reiterar (27). Se trata de utilizar con la debida medida las fórmulas, previstas en la mayor parte de legislación sobre órganos consultivos, de poder convocar ante el mismo, a efectos informativos, a personas con notoria competencia técnica sobre la cuestión sometida a consulta. Personas que pueden proceder de la propia Administración y cuya colaboración con el órgano consultivo puede significar, en realidad, una suerte de ampliación de antecedentes, también prevista con carácter general, a desarrollar de forma personalizada.

La experiencia en este sentido del *Conseil d'Etat* francés es altamente positiva, y se encuentra formalizada a través de la figura del *commissaire du gouvernement*, en una actuación distinta a la que tiene lugar en sede contencioso-administrativa, que es enviado por el Gobierno previa sugerencia del propio

(26) Por todos, J. ESTEVE PARDO: *Técnica, riesgo y derecho*, Ariel, Barcelona, 1999.

(27) «Función consultiva y Estado autonómico», *cit.*, pág. 53.

Conseil. Además, la Secretaria General del Gobierno envía un *chargé de mission* a los efectos de coordinar la información. En este contexto, el Consejo de Estado formula su opinión a partir de un conocimiento acabado de la conveniencia de la norma, gracias a la intervención de los comisionados del gobierno (28) 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 (29).

No me cabe duda que una colaboración de este tipo, debidamente formalizada para evitar todo riesgo de interferencia en el ámbito de la objetividad e independencia del órgano consultivo, ha de redundar en beneficio de la calidad de la función consultiva y, en consecuencia, de la calidad y legalidad de la función normativa del Gobierno.

2. Reserva de ley, autonomía y potestad reglamentaria

Dentro de este contexto relativo a las transformaciones del cuadro normativo, otra cuestión a señalar es que la determinación de la materia reservada a la ley, o no, y el significado de la reserva de ley en la actualidad reviste una significación muy concreta: se trata, en mi opinión, sobre todo de una reserva de procedimiento legislativo para la determinación de las principales opciones que pueden recaer sobre la posición jurídica básica de los ciudadanos. El procedimiento normativo parlamentario asegura unos valores esenciales tales como la expresión del pluralismo político, la publicidad y transparencia, el respeto a las minorías, etc.

Pues bien, en el ámbito que más interesa, la actuación de los órganos consultivos autonómicos, lo anterior se proyecta sobre una cuestión especial, que es la relación con la ley de los reglamentos autonómicos aprobados en el marco de la ley estatal, de la que son *complementarios*, pero que no han sido dictados «en ejecución» de aquella (30). En efecto, el reglamento autonómico, re-

(28) Como digo, 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.

(29) Vid. el interesante libro de J. P. COSTA: *Le Conseil d'Etat dans la société contemporaine, Economica*, París, 1993, págs. 43 y sigs. 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. MÉNY y M. GUERAUDIN: «Consultazione o co-decisione? L'evoluzione del ruolo consultivo del «Conseil d'Etat», en el vol. *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, dirigido por Y. Mény, Bolonia, 1994.

(30) Vid. M. REBOLLO PUIG: «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *RAP*, 125 (1991).

sultado del ejercicio de una competencia propia, no ejecutaría una política estatal, sino una política autonómica; y así ha admitido la jurisprudencia constitucional que la ley debe dejar un margen de intervención autonómica que permita el desarrollo de esa opción política propia.

Esa mayor amplitud de la capacidad normativa autonómica plantea la cuestión de si esta formulación de una política específica no debiera cumplir con las mismas exigencias de preservación del pluralismo político, publicidad y transparencia y respeto de las minorías que se han exigido para la formación de la voluntad estatal, esto es, utilizar el procedimiento legislativo; y más aún, habida cuenta que en el ámbito de la Comunidad Autónoma el Gobierno pertenece a un sistema político-institucional propio que depende de su propia cámara legislativa.

Se ha observado ya (31) que no es posible establecer reglas generales al respecto (Dictamen Comissió Jurídica Assessora de la Generalidad de Cataluña 331/1998), puesto que en ocasiones las normas básicas estatales alcanzan un grado de detalle tan elevado que restringen enormemente el campo de intervención del legislador autonómico, y apenas queda espacio para el desarrollo reglamentario de detalle u organizativo. Pero a pesar de ello debe ponderarse si es suficiente tener en cuenta el principio de reserva de ley para considerar correcto el desarrollo reglamentario autonómico de una ley estatal o si, más específicamente, debe exigirse el respeto al principio de «reserva de ley *propia* de la Comunidad Autónoma», al menos en aquellas materias en las que el Estatuto le atribuye competencias legislativas.

Se trataría, así, de otorgar un contenido específico a aquellas normas de los Estatutos que establecen los principios democrático y representativo respecto de las instituciones propias (32), que reclaman que aquellas decisiones de las instituciones autonómicas que afecten directamente a la posición jurídica de los ciudadanos dispongan de un pronunciamiento previo del órgano directamente representativo (33).

En este orden de cosas, acaso puede traerse a colación, con las debidas distancias, la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en las SSTC

(31) *Memoria* de la Comissió Jurídica Assessora, 1998, *cit.*

(32) Por ejemplo, arts. 1 y 30 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

(33) En esta línea, es de gran interés el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco 45/2000, para quien en una materia en que concurren y se articulan competencias básicas estatales y legislativas y reglamentarias autonómicas, «ha de ser el legislador autonómico quien en cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introduzca las opciones normativas que estime convenientes en esa ordenación primordial, el que acomode a sus propias orientaciones políticas, dentro del marco competencial que le asigne el Estatuto, la materia objeto de reserva».

233/1999 y 106/2000, sobre la modulación del principio de reserva de ley en materia tributaria y de precios públicos de las corporaciones locales. El Tribunal disminuye el rigor del alcance de dicho principio en función de que quien interviene en la aprobación de las disposiciones locales es el Pleno de la corporación, órgano directamente elegido por sufragio universal y con una legitimación democrático-representativa tal que permite satisfacer la exigencia de autodisposición de la comunidad sobre sí misma que está en el fundamento de la reserva de ley. Y matiza el Tribunal negando esa misma posibilidad si se produjera una intervención de la Comisión de Gobierno de la correspondiente corporación local, donde no se cumpliría aquella condición.

Este tipo de aproximación, que entiendo respetuosa con el principio de autonomía (34), ha de hacer reflexionar sobre la conveniencia de acotar los ámbitos en que la regulación material efectuada por la ley estatal es suficiente para fundamentar la aprobación de un reglamento autonómico en complemento de aquélla, frente a aquellos otros supuestos en los que la incorporación de opciones políticas propias de las Comunidades Autónomas exige la intervención del propio legislador autonómico.

En definitiva, lo que sucede es que el parámetro de la potestad reglamentaria se ha visto transformado de manera extraordinaria en los últimos tiempos, de modo que el juicio de legalidad y de no contradicción resulta cada vez más complejo. Mutaciones en la función de la ley y en su posición relativa en el conjunto de un ordenamiento compuesto: cada vez más se dirige al establecimiento de principios, criterios generales, orientaciones de actuación administrativa, con remisiones cada vez más amplias al reglamento (35).

3. *El objetivo de la seguridad jurídica*

Ante esta situación, un punto fundamental al que creo hay que prestar atención es la intervención del órgano consultivo como garantía del principio de *seguridad jurídica* en el ejercicio de la potestad reglamentaria (36). Y ello implica, antes que nada, esforzarse en asegurar la certeza de la norma, su siste-

(34) Vid. T. FONT I LLOVET: «La evolución del Gobierno local en España: de los “nuevos principios” a la “geometría variable”», en *Anuario del Gobierno local 1999/2000*, Diputación de Barcelona, Instituto de Derecho Público y Marcial Pons, Barcelona, 2000.

(35) Vid. por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.

(36) Entre otros muchos, vid. L. LAVILLA ALSINA: *Seguridad jurídica y función del derecho*, discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1999.

maticidad y congruencia, incluso interna, así como el carácter *completo* de la misma.

En efecto, es frecuente el desarrollo *parcial* de una Ley por el reglamento, sin justificación aparente que pueda dar razón de tal comportamiento, cuestión más delicada aún cuando existe un mandato legal al Gobierno para que lleve a acabo el desarrollo reglamentario de la propia Ley y éste se limita a regular sólo algunos de los aspectos remitidos. La norma incompleta no es necesariamente ilegal, al menos desde el punto de vista del principio de no contradicción con el contenido material de la Ley, pero sí puede reunir indicios de arbitrariedad o uso desviado de la potestad, cuando sin justificación se frustran algunos de los objetivos o fines de la ley, de manera que se otorga prioridad a unos frente a otros, mientras que en la Ley están equiordenados y no priorizados.

Este tipo de análisis es difícil que sea realizado de manera eficaz por los tribunales en ejercicio de la función jurisdiccional, y no obstante el órgano consultivo está en condiciones para detectar esas irregularidades de forma anticipada y evitar su misma realización. Ciertamente, la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad se mueve en unos límites realmente amplios, aunque no por ello incontrolables, e incluye, lógicamente, la posibilidad de modificación, incluso continuada y, por supuesto, la derogación de las normas.

En este sentido, el principio de *confianza legítima* está siendo ya utilizado por los órganos consultivos y por la jurisprudencia para establecer cuando menos los supuestos de responsabilidad patrimonial por un cambio inesperado de la normativa (37).

4. *La revisión de oficio de los reglamentos*

Algo distinta es, en fin, la situación de la *revisión de oficio* de disposiciones reglamentarias. Como se sabe, el nuevo art. 102 LRJPAC, a partir de la Ley 4/99, prevé expresamente esta posibilidad, resolviendo las dudas generadas por la redacción anterior en el sentido que adoptó el debatido Dictamen del Pleno del Consejo de Estado 524/1995, aprobado por mayoría, con dos votos particulares a los que se adhirieron otros cuatro consejeros.

Pues bien, es de señalar cómo en el procedimiento de revisión de oficio, tratándose de supuestos siempre de nulidad de pleno derecho, puesto que se remite al art. 62.2 de la propia Ley, deberá intervenir preceptivamente el órgano consultivo, con la peculiaridad de que es muy probable que deba hacerlo por

(37) BLANQUER: *Cit.*, págs. 96 y sigs.

segunda vez, si el reglamento había sido sometido al dictamen previo de dicho órgano, ya fuera con carácter preceptivo o simplemente potestativo.

Tanto si el fundamento de la nulidad alegado estuviera relacionado con alguna observación esencial entonces formulada y no asumida por el Gobierno, como si su dictamen fue entonces favorable plenamente, cabría plantearse en qué condiciones será idóneo el nuevo trámite, una suerte de reposición para el órgano consultivo acerca de una cuestión sobre la que ya se ha pronunciado. Estimo que el órgano consultivo debe gozar de plena libertad de juicio para dictaminar en esta segunda ocasión, a la vista de los datos que se aporten *ex novo* en el procedimiento específico para la revisión de oficio, aunque tal vez quepa sostener que en este momento las apreciaciones del órgano consultivo acerca de la oportunidad normativa no serán procedentes, puesto que la potestad que se ejerce no es estrictamente la reglamentaria, y es de obligado ejercicio.

Lo que sí es más cierto es que en estos supuestos, el órgano consultivo deberá pronunciarse en su caso acerca de las indemnizaciones que sean procedentes, en virtud de lo dispuesto en el art. 102.4 de la Ley 30/1992. Y en mi opinión, también habrá de dictaminar el órgano consultivo si deben subsistir los actos firmes dictados en aplicación de la disposición que se anula o debe procederse a la revisión de oficio de aquellos que no hayan sido ya recurridos.

En definitiva, tal y como se afirmaba al inicio, en esta ocasión también el órgano consultivo debe poder apreciar en su conjunto las consecuencias que pueden globalmente derivarse de la anulación de un reglamento.

VI. FINAL

Y termino ya. Norberto Bobbio ha venido recordando con acierto —y ha practicado— la conocida capacidad constructiva de la *dicotomía* —las díadas, como dice él— en el campo de las ciencias sociales (38): público/privado, ley/contrato, Estado/sociedad, igualdad/libertad. Dicotomía que no es siempre contradicción, sino que puede ser también interacción, crecimiento, iluminación recíproca, aún por contraste. En último extremo, fundamento de la síntesis en que se resuelve la proyección de distintas fuerzas positivas.

Pues bien, creo que el correcto ejercicio de la función consultiva y el de la potestad reglamentaria, que aquí nos ha ocupado, sustenta precisamente la síntesis del binomio legalidad/oportunidad que preside la función del Gobierno y de la Administración de nuestro tiempo.

(38) Entre otros muchos ensayos, vid. *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Einaudi, Turín, 1985, y, más concretamente, *Derecha e Izquierda*, Madrid, Ed. Taurus, 1995.

