

El dictamen de los órganos consultivos en la revisión de oficio (art. 106.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre): su impugnabilidad

PATRICIA BOIX MAÑO

Letrada mayor del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

1. **Introducción**
2. **Naturaleza jurídica del dictamen de los órganos consultivos en la revisión de oficio: acto de trámite, pero cualificado**
3. **La impugnabilidad del dictamen desde la doble perspectiva: particular y Administración solicitante y autora del acto**
 - 3.1. Desde la posición del particular
 - 3.2. Desde la posición de la Administración solicitante del dictamen
4. **La impugnabilidad como exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva**
5. **Posición favorable a la impugnación de los dictámenes “obstativos” de los órganos consultivos**
 - 5.1. El Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana (Memoria del año 2013, aprobada el 15 de mayo de 2014)
 - 5.2. La Sentencia n.º 1561/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada)
 - 5.3. Voto particular discrepante recogido en el Auto de 19 de marzo de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
 - 5.4. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana n.º 116/2018, de 22 de febrero
6. **Posición desfavorable a la impugnación del dictamen mantenida por los tribunales superiores de justicia de Cataluña y Asturias**
 - 6.1. Sentencia n.º 434/2015, de 3 de junio, y Auto de 19 de marzo de 2014, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña
 - 6.2. Auto de 11 de septiembre de 2019, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias
7. **Reflexiones en relación con la tesis del dictamen como “presupuesto habilitante no impugnable”**
8. **La tesis restrictiva como reacción a un problema procesal no resuelto: la impugnación del dictamen y la posición institucional de los órganos consultivos**
9. **Conclusión**
10. **Bibliografía**

1

Introducción

El artículo 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39/2015), regula el procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho, estableciendo una importante garantía: la necesidad de un dictamen previo y favorable del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma (en adelante, órganos consultivos) para declarar la nulidad¹.

De dicha previsión legal se desprende que el dictamen favorable se convierte en requisito indispensable para que la Administración pueda acordar la nulidad de oficio de un acto administrativo. Su carácter desfavorable impide jurídicamente la declaración de nulidad. De este modo, el dictamen no es una simple opinión consultiva que determine la posibilidad de no atender el parecer del órgano consultivo incorporando el inciso “oído el Consejo”, sino que constituye una condición jurídica necesaria que determina la posibilidad o imposibilidad de dictar un acto final favorable a la declaración de nulidad.

Dicha exigencia, de naturaleza preceptiva y obstativa, suscita un importante problema jurídico que puede resumirse del modo siguiente: ¿es impugnabile este dictamen “obstantivo”, pese a no ser formalmente un acto administrativo definitivo?

Han sido pocas las veces que el dictamen de los órganos consultivos ha sido objeto de impugnación autónoma ante los tribunales, bien sea por la *autoritas* que proyectan los órganos consultivos, bien por el acierto de su parecer a ojos de la Administración o de los particulares, o bien por la duda de su posible impugnación. Ahora bien, cuando se ha planteado esta cuestión, la posición adoptada, en particular, por los tribunales superiores de justicia ha sido dispar. Aun partiendo, desde el punto de vista puramente personal, de la preferencia por una posición restrictiva, en cuanto que dota de una especial posición y garantía a los órganos consultivos en el marco de los procedimientos de revisión de oficio, desde el punto de vista jurídico es importante efectuar unas reflexiones acerca de la tesis restrictiva a la impugnación, y ello, sobre la base de la posible configuración del dictamen en estos procedimientos como acto de trámite cualificado, dotado de efectos

1. En particular, el artículo 106.1 LPAC dispone: “Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1”.

jurídicos propios y, por tanto, susceptible de impugnación autónoma, de acuerdo con la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a este tipo de actos administrativos.

El presente artículo tiene por objeto, por tanto, una breve reflexión sobre la naturaleza jurídica del dictamen de los órganos consultivos en el procedimiento de revisión de oficio y de la tesis mantenida en este punto por los tribunales.

2

Naturaleza jurídica del dictamen de los órganos consultivos en la revisión de oficio: acto de trámite, pero cualificado

1. La calificación de los informes dentro del *iter* del procedimiento administrativo ha sido tradicionalmente clara en la doctrina, en cuanto actos instrumentales de juicio técnico o jurídico, es decir, como actos de mero trámite que, como regla general, no son recurribles de manera autónoma, dado que carecen de efectos jurídicos directos sobre la situación de los interesados y se integran en la decisión final del procedimiento. Así lo establecen tanto el artículo 112.1 de la Ley 39/2015, al excluir de impugnación los actos de trámite no cualificados, como la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo (en adelante, TS), que solo admite el recurso directo contra aquellos actos de trámite que decidan directa o indirectamente sobre el fondo o determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento.

No obstante, esta regla general tiene una excepción esencial constituida por los denominados informes “obstativos” o vinculantes cuando emiten un parecer desfavorable; es decir, aquellos que, en virtud de su contenido o de su carácter preceptivo y obstativo o vinculante, impiden la continuación del procedimiento o condicionan definitivamente la decisión administrativa. En tales casos, el dictamen trasciende su naturaleza puramente preparatoria de la decisión final y adquiere autonomía jurídica propia, integrándose en la categoría de los actos de “trámite cualificado”.

Desde esta perspectiva, el dictamen de los órganos consultivos previsto en el artículo 106.1 de la Ley 39/2015 constituye el ejemplo de informe “obstativo” cuando impide la eventual declaración de nulidad. Su emisión desfavorable no deja margen de decisión a la Administración, de forma que cierra la declaración de nulidad del acto administrativo cuestionado; bloquea, en definitiva, la revisión de oficio. Por ello, el dictamen no puede permanecer en el mismo plano que los informes ordinarios de carácter no vinculante o meramente ilustrativo (por ejemplo, los informes técnicos, económicos o de

legalidad interna), que, por su naturaleza instrumental, carecen de efectos jurídicos autónomos.

2. Partiendo de lo anterior, la impugnabilidad del dictamen de los órganos consultivos pivota, por consiguiente, sobre su calificación en el seno del procedimiento de revisión de oficio como mero acto de trámite (inimpugnabile) o como acto de “trámite cualificado” susceptible de impugnación. Y ello teniendo en cuenta que el dictamen se emite dentro de un procedimiento administrativo en el que no pone fin al mismo, por lo que se encuadra, de entrada, en la categoría de acto de trámite.

A este respecto, con arreglo al citado artículo 112.1 de la Ley 39/2015 son impugnables los actos de trámite que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión; es decir, los denominados “actos de trámite cualificados”. De igual modo, el artículo 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), dispone lo siguiente: “El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”.

En este marco legal, aunque formalmente el dictamen de los órganos consultivos en la revisión de oficio no crea derechos ni impone obligaciones, tiene eficacia determinante; en otras palabras, sin él, la Administración no puede anular el acto, y si es desfavorable, el procedimiento termina *de facto*, a falta de una mera resolución administrativa “debida” que necesariamente ha de adoptarse en el mismo sentido. Por tanto, el dictamen no puede ser catalogado de mero acto de trámite, sino de acto de trámite cualificado con capacidad para afectar de forma directa a la esfera jurídica del interesado o de la propia Administración. Se convierte no solo en un trámite preceptivo, pues debe solicitarse siempre antes de la declaración de nulidad, sino en obstativo, dado que, sin dictamen favorable, la Administración no puede declarar la nulidad; y, además, es externo al ente decisor, pues emana de un órgano distinto de la Administración que pretende revisar el acto.

Debe tenerse en cuenta que la posibilidad de impugnar de forma autónoma informes obstativos ha sido admitida expresamente por el legislador, entre otros supuestos, en el artículo 25.1 del Texto Refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2016, en el que dispone lo siguiente: “Los interesados

podrán oponerse a los informes vinculantes emitidos en el procedimiento regulado en esta ley bien mediante la impugnación de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada, bien mediante la impugnación de los citados informes vinculantes, cuando éstos impidiesen el otorgamiento de dicha autorización, de conformidad con lo establecido en el artículo 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre”; precisamente con cita del referido artículo 112 de la Ley 39/2015².

Y en esta misma línea, los órganos judiciales han admitido recursos contencioso-administrativos contra informes vinculantes y desfavorables. A título indicativo, la Sentencia 89/2022, de 14 de febrero, rec. 122/2019, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana admitió el recurso formulado frente al informe exigido por el artículo 117 de la Ley de Costas. En esta sentencia se argumenta lo siguiente: “Es indudable que el informe previsto en el art. 117.2 de la Ley de Costas tiene carácter preceptivo y vinculante de acuerdo con la jurisprudencia recogida en el fundamento anterior. Se trata de un acto de tramite cualificado que al amparo de lo previsto en el art. 25 de la LJCA puede ser impugnado en vía contencioso administrativo por impedir la continuación del procedimiento en este caso al ser negativo, decidiendo la suerte del mismo (lo mismo establece el art. 112 de la Ley 39/2015)”. Añade la Sala: “A este supuesto se refiere precisamente la sentencia del T.S. de 10-10-1995, recurso 2547/1993, que alude precisamente a la imposibilidad jurídica de llevar a cabo el planeamiento proyectado cuando el informe es negativo para el instrumento de planeamiento de iniciativa particular. En los mismos términos se pronuncia la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Galicia de 19-1-2017, recurso 4288/2015. Como consecuencia de ese informe de carácter negativo se acordó por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Generalitat Valenciana en sesión de fecha 26 de septiembre de 2019 emitir declaración ambiental y territorial estratégica en sentido desfavorable para el Estudio de Detalle presentado”; por ello concluye, en relación con el asunto examinado, lo siguiente: “Se debió admitir el recurso de alzada y decidir sobre las pretensiones ejercitadas en el mismo. Su omisión obliga a la Sala a entrar en su conocimiento en cuanto a la petición de la declaración de que el informe debiera ser favorable con el fin de que se siguiese tramitando el proyecto de Estudio de Detalle presentado hasta su final aprobación. Así lo exige la jurisprudencia, por todas, las sentencias del T.S. de 8 de abril de 2008, recurso 711/2004, y de 27 de noviembre de 2012”.

2. De igual modo se prevé la impugnación de tales informes desfavorables en el artículo 43 de la Ley 6/2014, de 25 de julio, de Prevención, Calidad y Control ambiental de Actividades en la Comunitat Valenciana.

En definitiva, y de igual modo, el dictamen “obstativo” de los órganos consultivos en el marco del artículo 106 de la Ley 39/2015 condiciona decisivamente el ejercicio de una potestad administrativa, lo que justifica su calificación de “cualificado” y su posible impugnación con arreglo a los artículos 112.1 de la Ley 39/2015 y 25.1 de la LJCA.

3

La impugnabilidad del dictamen desde la doble perspectiva: particular y Administración solicitante y autora del acto

3.1

Desde la posición del particular

Tradicionalmente, como argumento frente a la no impugnación de los dictámenes de los órganos consultivos, se ha considerado que el particular puede impugnar la resolución final denegatoria de la revisión por nulidad, incluyendo en su recurso su eventual discrepancia respecto del informe emitido. Sin embargo, esta solución aplicable a la práctica totalidad de los dictámenes emitidos por los órganos consultivos³ no resulta suficiente en relación con los dictámenes parcialmente vinculantes (en cuanto sean desfavorables), como sucede en la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho. Y ello, dado que no garantiza una tutela judicial efectiva real, por dos razones:

- La resolución final ha de limitarse a acatar el dictamen desfavorable, sin margen de decisión propia, lo que puede ser interpretado por el órgano judicial como un obstáculo para valorar la legalidad de fondo de la resolución definitiva.

- En la práctica, el dictamen pone fin al procedimiento de modo anticipado, sin que exista todavía un acto formalmente recurrible distinto.

Ante esta posible situación, es preferible reconocer al interesado legitimación para recurrir el dictamen desfavorable, en cuanto que acto de trámite cualificado que produce efectos jurídicos materiales y limita sus derechos. Existen además ejemplos —como se ha visto, en materia de prevención y control integrados de la contaminación— en los que el legislador, tanto estatal como autonómico, se ha hecho eco de esta posibilidad de impugnar, de forma independiente, los informes cuando son emitidos por otra entidad

3. La Sentencia del TS de 13 de marzo de 2008 mantuvo que, cuando un informe únicamente sirve de motivación a la correspondiente resolución, su contenido “tan sólo se convertirá en definitivo tras la necesaria e imprescindible incorporación a la Resolución a la que sirve de fundamento”. De este modo, solo el acto definitivo, la resolución definitiva, sería “susceptible de revisión jurisdiccional y no el anticipadamente decidido por la Asociación recurrente”.

externa a la que decide y se trata de informes desfavorables, o vinculantes parcialmente.

No hay razón, por tanto, para mantener una interpretación distinta en relación con los dictámenes emitidos por los órganos consultivos cuando son parcialmente vinculantes, pues, en definitiva, deber ser impugnables los actos de trámite “que deciden indirectamente sobre el fondo del asunto o impiden su continuación”, doctrina plenamente aplicable al dictamen del artículo 106 LPAC.

3.2

Desde la posición de la Administración solicitante del dictamen

Más problemática es la situación de la Administración que insta la revisión de oficio (por ejemplo, una universidad⁴, la Administración autonómica⁵, una entidad local⁶ o un organismo público⁷) y recibe un dictamen desfavorable de un órgano consultivo. En estos casos, el dictamen desfavorable a la declaración de nulidad impide jurídicamente a la autoridad consultante revisar su propio acto, lo que puede anular su capacidad de autotutela declarativa. Y ello dado que, como se ha expuesto, la entidad consultante no puede proceder a la declaración de nulidad ni puede recurrir su “propia resolución”,

4. Como se recoge en la Memoria del CJCCV de 2013 (pág. 113), las universidades estarían legitimadas al estar incluidas en el artículo 19.1.a) LJCA, que reconoce legitimación a “las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o un interés legítimo”, situación que reúnen las universidades porque tienen reconocida personalidad jurídica propia —y distinta de la Generalitat— y autonomía (artículos 27.10 CE y 3.1 Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, reguladora del Sistema Universitario).

5. En relación con la Administración de la Generalitat, el CJCCV estima lo siguiente: “La propia Administración de la Generalitat puede impugnar el dictamen obstativo desfavorable del Consell Jurídic Consultiu, puesto que, si bien el Órgano Consultivo carece de personalidad jurídica propia y está integrado dentro de la Generalitat, no existen relaciones de jerarquía ni de dependencia entre el Consell Jurídic Consultiu y la Administración de la Generalitat” (pág. 113 de la Memoria de 2013).

6. Respecto a la legitimación activa de las entidades que integran la Administración local, el artículo 19.1.e) LJCA se la reconoce a “las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de los Organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras...” (pág. 113 de la Memoria de 2013).

7. Para el CJCCV, tampoco sería de aplicación a la Administración de la Generalitat “la prohibición de recurrir que padecen las *‘Entidades de Derecho Público que sean dependientes o estén vinculadas a... las Comunidades Autónomas’* (apartado c)), porque, en este caso de lo que se trata, no es de la impugnación de una Entidad de Derecho Público contra su Administración territorial matriz, sino justo lo contrario, de la impugnación por la Administración matriz de un acto de trámite cualificado de una Institución que también forma parte del sector público de la Generalitat, y, porque, en cualquier caso, el criterio que establece el legislador para la admisibilidad de la legitimación activa de las Entidades de Derecho Público para atacar los actos de la Administración matriz es el de que goce de autonomía respecto de la respectiva Administración, pues exceptúa expresamente de tal prohibición aquellas Entidades de Derecho Público a las que *‘por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración’* (último inciso apartado c)), es decir, que sean una suerte de *‘Administración independiente’*” (págs. 113-114, Memoria de 2013).

quedando jurídicamente atada al parecer del órgano consultivo. Cuando el dictamen es desfavorable, la Administración no puede dictar resolución estimatoria, ni siquiera aunque discrepe del criterio del órgano consultivo.

En este contexto, la Administración autora del acto se encuentra materialmente vinculada por una decisión externa que le impide ejercer su potestad revisora, cuando el artículo 106, apartado 1, de la Ley 39/2015 es tajante al señalar que las Administraciones “declararán” la nulidad de los actos administrativos nulos de pleno derecho, lo que puede comprometer, por tanto, su autonomía institucional y su responsabilidad jurídica. Por ello, en modo alguno la intervención de los órganos consultivos debería limitar el ejercicio de la potestad de autotutela declarativa reconocida a todas las Administraciones como garantía de legalidad y eficacia en el actuar de las Administraciones públicas. La actuación de un órgano consultivo no puede convertirse en un cierre absoluto a la vía revisora, sin que exista un acto final autónomo recurrible, pues la Administración no puede —o no debe— dictar resolución contraria al dictamen desfavorable.

Por otro lado, negar a la autoridad consultante la posibilidad de recurrir el dictamen desfavorable emitido por los órganos consultivos daría lugar a una situación paradójica: el particular interesado siempre podrá acudir a la vía contencioso-administrativa porque existe un acto —la resolución que lo asume— que le perjudica, y, sin embargo, la Administración solicitante, que no tiene resolución propia que impugnar, queda privada de toda posibilidad de control jurisdiccional del dictamen que la vincula, quedando a expensas de que la resolución final perjudique no solo el interés público, sino también el interés particular, y este decida recurrir. Esta asimetría vacía de contenido el principio de autotutela declarativa, consagrado como manifestación del sometimiento pleno de la Administración a la ley y al derecho (art. 103 CE). Además, impide a la Administración defender su interpretación jurídica del ordenamiento, lo que puede resultar especialmente grave en el caso de las entidades locales o universidades, dotadas de autonomía constitucional (arts. 140 y 27 CE).

La potestad de autotutela declarativa no es solo un privilegio de la Administración, sino un deber jurídico de depuración del ordenamiento que no puede quedar sometido a la voluntad de un órgano ajeno sin posibilidad de control judicial. Desde esta óptica, el dictamen consultivo desfavorable constituye un acto de trámite cualificado limitativo de competencias, que debería ser susceptible de impugnación directamente por la Administración que lo solicitó, en defensa de su potestad revisora y de su autonomía institucional.

4

La impugnabilidad como exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto poder jurídico que tienen los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la solución de un conflicto, tiene su lugar propio de satisfacción en un proceso judicial, de manera que “son los jueces y tribunales los que han de otorgar la tutela judicial efectiva y los únicos, en consecuencia, a los que cabe imputar su violación” (STC 197/1988, de 24 de octubre, FJ 3; y en el mismo sentido STC 26/1983, de 13 de abril, FJ 1; y AATC 263/1984, de 2 de mayo, FJ 1; 664/1984, de 7 de noviembre, FJ 1; y 104/1990, de 9 de marzo, FJ 2). Además, el Tribunal Constitucional ha admitido que cabe la posibilidad de que el artículo 24.1 CE resulte vulnerado por actos dictados por órganos no judiciales, “en aquellos casos que no se permite al interesado, o se le dificulta, el acceso a los Tribunales” (STC 197/1988, de 24 de octubre, antecedente 6), como ocurre, por ejemplo, cuando en virtud de una norma “quedara impedido u obstaculizado el derecho de acceso a los tribunales de justicia” (SSTC 90/1985, de 22 de julio, FJ 4; y 123/1987, de 15 de julio, FJ 6)⁸.

En el marco de la precitada doctrina, negar la impugnabilidad del dictamen desfavorable de los órganos consultivos, tanto para el particular como para la Administración solicitante, genera una zona de inmunidad jurisdiccional contraria a los artículos 24.1 y 106.1 CE. El dictamen, por su fuerza vinculante, sustituye en la práctica la decisión administrativa, convirtiéndose en el verdadero centro de gravedad del procedimiento de revisión de oficio. Si no fuera recurrible, la legalidad de dicha decisión quedaría fuera del control judicial, lo que contravendría el principio de sometimiento pleno de la Administración a la ley y al derecho. Por tanto, el único modo de garantizar la defensa de la potestad revisora de la Administración es permitirle impugnar directamente el dictamen desfavorable. El propio Tribunal Supremo ha admitido la impugnación de informes o dictámenes vinculantes y limitativos de competencias. Así, la STS de 24 de febrero de 2004 reconoció la recurribilidad de un informe preceptivo en materia urbanística por sus efectos decisorios, y la STS de 21 de enero de 2015 (rec. 2574/2013) extendió esta doctrina a informes vinculantes en materia de contratación pública.

De forma análoga, el dictamen consultivo desfavorable debe ser recurrible también por la Administración solicitante, que no dispone de otro me-

8. La indefensión originada en vía administrativa tiene relevancia constitucional cuando la causa que la provoque impida u obstaculice que el interesado pueda impetrar la tutela judicial contra el acto administrativo en cuestión, eliminándole la posibilidad de utilizar los medios de impugnación que el ordenamiento dispone específicamente contra los diferentes actos dictados en cada procedimiento (STC 291/2000, de 30 de noviembre, FJ 4).

dio procesal para cuestionar una decisión que bloquea el ejercicio de su potestad legal.

5

Posición favorable a la impugnación de los dictámenes “obstativos” de los órganos consultivos

5.1

El Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana (Memoria del año 2013, aprobada el 15 de mayo de 2014)

En la línea favorable a la impugnación de los denominados dictámenes “obstativos” de los órganos consultivos, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana ya mantuvo, en su Memoria del año 2013⁹, en relación con esta cuestión, que “[...] los dictámenes obstativos desfavorables son auténticos ‘actos de trámite cualificados’, susceptibles de ser impugnados separadamente por aquellos sujetos a los que perjudiquen, porque, por previsión del legislador, por su carácter obstativo y su sentido desfavorable deciden directa o indirectamente el fondo al prefigurar de modo determinante el sentido de la Resolución impidiendo a la Autoridad Consultante adoptar una decisión distinta, y que de no poder recurrirse producirían indefensión y perjuicio irreparable para la Administración consultante que discrepara del dictamen, o, en su caso, para aquellos interesados que pretendieran la adopción de la decisión administrativa vetada por el Órgano Consultivo (por ejemplo el perjuicio a los particulares que han ejercido la acción de nulidad, cuando el Consell Jurídic Consultiu considera que no concurren los requisitos previos de admisibilidad o que, aun concurriendo, debe desestimarse)”¹⁰. Señala que “puede afirmarse” que, a tenor de los artículos 106.1 Ley 39/2015 y 25.1 LJCA, “no existe impedimento jurídico alguno para la impugnación autónoma de los dictámenes vinculantes u obstativos si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, producen indefensión o determinan un perjuicio irreparable a los interesados”¹¹.

9. <https://www.cjccv.es/>.

10. Por el contrario, indicó en dicha Memoria lo siguiente: “Cuando el Órgano Consultivo evacua un dictamen no vinculante, o uno obstativo pero emitido en sentido favorable a lo propuesto por la Autoridad Consultante, o cuando adopta un acto meramente interpretativo sobre los asuntos que deben ser sometidos a su dictamen preceptivo, nos encontramos en presencia de actos de mero trámite no susceptibles de impugnación autónoma, porque estos actos no tienen efectos vinculantes para terceros. En estos supuestos el órgano decisorio tiene la opción de resolver lo que estime oportuno, ya sea ‘conforme’ u ‘oído’ el Órgano Consultivo, pudiendo por tanto separarse válidamente del criterio manifestado por la Institución Consultiva, simplemente motivando las razones por las que se separa de ese criterio”.

11. Págs. 111 y siguientes de la Memoria de 2013 del CJCCV.

5.2

La Sentencia n.º 1561/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada)

Un parecer favorable a la eventual impugnación de tales dictámenes desfavorables podría desprenderse también de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía n.º 1561/2011. En esta sentencia, aun cuando no se trata de un supuesto de impugnación autónoma del dictamen del órgano consultivo, se efectúan importantes afirmaciones. Así, se señala que, “una vez emitido el informe, su carácter vinculante y desfavorable determinan la imposibilidad de continuación del procedimiento de aprobación del Plan Parcial”, y, en consecuencia, mantiene que “se trata de una decisión que puede ser objeto de control jurisdiccional (artículo 25.1 LJCA)”, pues aunque “se trate de una declaración de voluntad de una Administración consultiva no deja sus actos al margen del control jurisdiccional, de manera que cuando son actos que ponen término al procedimiento o hacen imposible su continuación, e incluso se incorporan como motivación a los actos que terminan el procedimiento, aquél dictamen, en cuanto acto de trámite cualificado por ser vinculante en tanto que obstativo, puede ser objeto del presente recurso contencioso-administrativo y es obvio que en este supuesto, y en la medida que el acto de la Administración autonómica que incorpora como fundamento de derecho la existencia de informe desfavorable del dictamen del Consejo Consultivo y su argumentación para tal conclusión, es el acto final del procedimiento”.

Las consideraciones de la citada sentencia son trasladables a la impugnación directa y autónoma del dictamen, sin necesidad de arrastrar a la resolución definitiva en dicha impugnación.

Ahora bien, como se recoge en la Memoria del año 2013 del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana: “Lo que sucede es que la sentencia va mucho más allá, llegando a erosionar los propios cimientos de la autonomía de los Órganos Consultivos en cuanto a su independencia de criterio a la hora de emitir sus informes, porque impone la emisión de un nuevo dictamen en el sentido indicado por la sentencia (dice literalmente que *‘debía emitirse nuevo dictamen por el Consejo Consultivo, en ejecución de esta sentencia, en sentido favorable a la aprobación del Plan Parcial...’*, en consonancia con lo razonado en esta nuestra sentencia...). Parece que la sentencia está equiparando el Dictamen con una auténtica ‘codecisión’ y por ello obliga a su modificación pero, en nuestra opinión, una cosa es que una sentencia pueda declarar que un Dictamen no es ajustado a Derecho, y, que

como consecuencia de ello anule el acto administrativo que ha sido dictado ‘conforme’ con el Dictamen, y otra muy diferente que imponga el contenido que ha de tener ese pronunciamiento del Órgano Consultivo cuando ya la sentencia puede declarar la ilegalidad del acto y reconocer las situaciones jurídicas individualizadas derivadas de tal anulación, porque precisamente lo que caracteriza a los informes o dictámenes es que son manifestaciones de opiniones (en este caso jurídica) sobre determinados asuntos, de manera que si su contenido se predetermina externamente por el Órgano Judicial pierden, en este caso, su carácter de informes”.

5.3

Voto particular discrepante recogido en el Auto de 19 de marzo de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Otra posibilidad de impugnar los dictámenes de los órganos consultivos desfavorables a la declaración de nulidad se defiende en el voto particular discrepante recogido en el Auto de 19 de marzo de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que inadmitió a trámite un recurso contencioso interpuesto directamente contra el Dictamen 47/2013 de la Comisión Jurídica Asesora, relativo a una revisión de oficio informada desfavorablemente.

El voto particular mantiene, con fundamento en el anterior artículo 107.1 de la Ley 30/1992 (actual art. 112 de la Ley 39/2015) y en el artículo 25 de la Ley 29/1998 (LJCA), y en su calificación de “trámite cualificado”, la posible impugnación autónoma del dictamen del órgano consultivo¹².

5.4

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana n.º 116/2018, de 22 de febrero

En la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana n.º 116/2018, de 22 de febrero, rec. 215/2014, se analiza el recurso contencioso-administrativo 43/2016, interpuesto por varios concejales contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Onteniente, de 25 de septiembre de 2014, por el que se acordó dejar sin efecto la revisión de oficio para declarar la nulidad del anterior acuerdo plenario del mismo ayuntamiento, adoptado en su sesión de 10 de julio de 2008, por el que se aprobó definitivamente la Modificación puntual n.º 3 del Plan General de Onteniente. El recurso se formuló asimismo contra el

12. Un examen de los distintos argumentos del voto particular se efectúa por Cristina Figueras Bosch (2014).

dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana (CJCCV) desfavorable a la revisión de oficio del citado acuerdo de 2014. La causa de nulidad se había fundamentado en la incompetencia de la entidad local para la aprobación de dicha modificación, al tratarse de una modificación urbanística de carácter estructural.

Pues bien, respecto a la impugnabilidad del dictamen del CJCCV, la Sala señala lo siguiente: “El dictamen del órgano consultivo es un acto administrativo, revisable en sede jurisdiccional, aunque el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre LRJPAC, subordine la revisión de oficio al previo dictamen favorable y constituya un presupuesto de la actuación administrativa, tiene un carácter habilitante y su ausencia supone la carencia de uno de los presupuestos o requisitos legales que deben concurrir para el nacimiento de la acción de la potestad de revisión. Pero es un acto impugnabile, de acuerdo con lo previsto en el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, en relación a los recursos administrativos, y el artículo 25 de la LJCA, al disponer que el recurso contencioso es admisible, entre otros, en relación a los actos expresos de las Administraciones Públicas, definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directamente o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Tampoco el artículo 102 de la 30/1992, prevé ninguna excepción al principio de recurribilidad de los actos administrativos, principio consubstancial al Estado de Derecho y a la función de control de la Administración que corresponde al Poder judicial, y que no puede ser dejada a la misma Administración, aunque esta sea el Consell Consultiu”.

Sigue argumentando la Sala: “El ordenamiento jurídico admite la revisión de oficio, sin que se excluya la imposibilidad de impugnar el dictamen, no hay norma que impida el control del dictamen por los tribunales, ni excepción al principio de impugnabilidad de los actos de trámite cualificados. El derecho a la tutela judicial efectiva constitucionalmente consagrado y el principio de defensa, no quedan garantizados por el hecho de que el Ayuntamiento pueda disponer de otras vías para cuestionar una resolución previa, como pudiera ser la declaración de lesividad, que está limitada a cuatro años y se dirige a los actos administrativos anulables, mientras que la revisión de oficio se dirige a los actos nulos de pleno derecho”.

La Sala de instancia, tras asumir su posibilidad de revisión jurisdiccional, discrepa del contenido desfavorable del dictamen del órgano consultivo, y considera que el mismo debería haber sido favorable, por lo que resuelve anulando la decisión de archivo adoptada por el Acuerdo Plenario de 2014 y declara la nulidad del Acuerdo de 2008.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, en la Sentencia 1395/2020, de 26 de octubre, rec. 5056/2018, si bien revoca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, no efectúa objeción jurídica alguna respecto de la impugnabilidad del dictamen mantenida por la Sala de instancia. La revocación de la Sentencia se basa, fundamentalmente, en lo siguiente:

“El Acuerdo de 2008 era unánime, además de firme y consentido para todos los miembros de la Corporación, y tal condición no decae -resulta absolutamente incompatible- porque contra el mismo se siga un procedimiento de revisión de oficio en el que se ha emitido un dictamen desfavorable por parte del órgano consultivo valenciano.

Por ello, la legitimación de los concejales recurrentes en la instancia no puede extenderse a la impugnación del Acuerdo de 2008, del que no discreparon, y mucho menos desde la perspectiva en que plantearon la impugnación: ‘Acordar como situación jurídica individualizada la nulidad del Acuerdo del Plano de 10.7.2008’.

Resulta paradójico reconocer legitimación a unos Concejales que contribuyeron a la adopción del Acuerdo de 2008, aprobatorio de la Modificación puntual del Plan General, y que no se opusieron a su legalidad en vía jurisdiccional -ni podían hacerlo- por lo que el mismo devino firme y consentido”.

Además, el Alto Tribunal efectúa una importante afirmación al señalar que “la situación en la que nos encontramos es que el Acuerdo de 2014, desde una perspectiva formal, es ajustado al Ordenamiento jurídico, por cuanto el contenido del mismo -decretando el archivo- venía obligado por el carácter desfavorable del dictamen consultivo. Pero, como sabemos, con sus razonamientos, la Sala de instancia ha discrepado del contenido del dictamen, y ha considerado que su contenido tenía que haber sido favorable porque la Modificación puntual de 2008 no era de competencia municipal”. Este planteamiento da entrada al doble análisis —conformidad formal y sustantiva— de la resolución administrativa definitiva adoptada en los procedimientos de revisión de oficio, al ordenamiento jurídico, así como a cuál es el alcance respecto de ambos aspectos por parte de los tribunales.

6

Posición desfavorable a la impugnación del dictamen mantenida por los tribunales superiores de justicia de Cataluña y Asturias

Una posición restrictiva a la impugnabilidad del dictamen se mantiene por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña y por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

6.1

Sentencia n.º 434/2015, de 3 de junio, y Auto de 19 de marzo de 2014, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña

La precitada Sentencia 434/2015 del TSJ de Cataluña desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Corbera de Llobregat contra el Auto n.º 140/2014, dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 9 de Barcelona, por el que se inadmitió el recurso contencioso-administrativo contra el Dictamen 349/13, aprobado por la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña. La Sala considera que el dictamen no es un acto impugnabile, al ser un mero presupuesto habilitante y una garantía del administrado.

El TSJ de Cataluña mantuvo una posición restrictiva tradicional en virtud de la cual el dictamen de los órganos consultivos no es impugnabile directamente, al considerarse un acto de trámite no cualificado, carente de efectos jurídicos autónomos. El Tribunal subraya su carácter habilitante y de garantía, destinado a proteger al administrado, sin ser una decisión que afecte a la esfera jurídica de la Administración consultante. Concretamente, argumenta que “[...] este dictamen constituye no solo una garantía para el ciudadano sino también un presupuesto de la actuación administrativa encaminada a la declaración de nulidad. Por ello la ausencia de dictamen vinculante impide el nacimiento de la acción. Así el dictamen constituye un presupuesto necesario para su integración en la Resolución del Ayuntamiento. Por tanto mientras este presupuesto no se integra en aquella, como ocurre en este caso, se carece de legitimación para recurrirlo. La ausencia de dictamen favorable no es un mero obstáculo sobrevenido al ejercicio de una potestad administrativa preexistente, sino que supone la ausencia de uno de los presupuestos legales que han de concurrir para el nacimiento de aquélla. Así el dictamen desfavorable impide a la Administración consultante pronunciarse en favor de la nulidad que pretende”.

En el mismo sentido, como se ha indicado anteriormente, y por las mismas razones, el Auto de 19 de marzo de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que inadmitió a trámite un recurso contencioso interpuesto directamente contra el Dictamen 47/2013 de la Comisión Jurídica Asesora, relativo a una revisión de oficio informada desfavorablemente.

6.2

Auto de 11 de septiembre de 2019, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias

En el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias se analiza la impugnación de la resolución del interventor del Ayuntamiento de Llanes que se limita a adjuntar el informe de un técnico de Administración General que a su vez examina el dictamen del Consejo Consultivo, que adjunta, con indicación al destinatario de la posibilidad de recurrirlo. En el citado auto el Tribunal señala lo siguiente: “Hacemos hincapié en que una cosa es la necesidad de un dictamen favorable y otra la necesidad de un dictamen determinante. El dictamen favorable (como el requerido para la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, art. 106.1 LJCA) es una condición previa o presupuesto para que se dicte la resolución final, y es mera garantía de legalidad en favor de los interesados. El dictamen determinante, en cambio, es alfa y omega de la resolución final pues agota toda su capacidad de decisión y cubre legalidad y oportunidad”¹³.

Si bien en las sentencias del TSJ de Cataluña el recurso se interpuso por la Administración pública autora del acto que se pretendía revisar, en el Auto del TSJ de Asturias el recurso contra el dictamen se formuló por una agrupación de vecinos y amigos y en relación con la declaración de nulidad del otorgamiento de unas licencias para la ampliación y construcción de un edificio.

En cualquiera de los dos casos, la interpretación restrictiva de la impugnación del dictamen resulta, al menos, discutible, y ello si atendemos al hecho de que el dictamen impide jurídicamente la revisión, condiciona el

13. No obstante, en el citado auto la Sala matiza: “No olvidemos que la disputa o controversia es entre una asociación y un ayuntamiento y no entre una asociación y un Consejo Consultivo. La admisibilidad del recurso directo contra el dictamen llevaría al absurdo de que sería parte demandada el Consejo Consultivo y el Ayuntamiento podría ser llamado como mero codemandado, cuando es éste quien inicia el expediente, lo gestiona, lo impulsa y lo archiva. O empujaría a duplicar recursos, uno frente al dictamen y otro posterior frente a la resolución definitiva del Ayuntamiento”. Añade, además, algo muy importante: “Notemos que lo que podría cuestionarse jurídicamente como caso de laboratorio es si un Ayuntamiento defendiese su autonomía o intereses locales frente a un acto de la administración autonómica (consultivo o no) pero esa vertiente no es la aquí debatida sino si un particular puede precipitarse a plantear un recurso prematuro frente a un dictamen de un consejo consultivo en vez de esperar o instar a que el Ayuntamiento adopte la decisión final en congruencia con dicho dictamen”.

fondo y limita el ejercicio de la potestad revisora de la Administración pública (local, universitaria e, incluso, autonómica). Por tanto, produce efectos jurídicos materiales y debería considerarse acto de trámite cualificado. Negar su impugnabilidad deja a la Administración sin posibilidad de defensa frente a una decisión que restringe su competencia, y al ciudadano sin control judicial efectivo sobre la legalidad del dictamen.

7

Reflexiones en relación con la tesis del dictamen como “presupuesto habilitante no impugnabile”

La doctrina restrictiva de la impugnabilidad del dictamen se basa en sostener, fundamentalmente, que el dictamen de los órganos consultivos en la revisión de oficio no es un acto administrativo impugnabile, por tratarse de un “presupuesto habilitante” para el ejercicio de la potestad revisora y no de una decisión con efectos jurídicos propios. En definitiva, un acto de trámite.

Según esta visión, el dictamen se integraría en la resolución final, careciendo de autonomía material, y su función sería meramente garantista en favor del ciudadano. Sin embargo, esta interpretación resulta discutible desde un punto de vista sistemático, funcional y constitucional, por las razones que se exponen a continuación:

■ El dictamen no es un presupuesto “habilitante”, sino “obstativo” y “limitativo” de la decisión final.

La noción de “presupuesto habilitante” implica que el acto previo facilita o autoriza el ejercicio de una potestad, pero no impide su ejercicio. Sin embargo, en el contexto del artículo 106 de la Ley 39/2015 el dictamen no habilita, sino que condiciona de forma absoluta la potestad de revisar actos nulos:

- Si el dictamen es favorable, la Administración puede declarar la nulidad.
- Si es desfavorable, queda jurídicamente impedida para hacerlo.

Por tanto, el dictamen no opera como presupuesto “habilitante”, sino como condicionante negativo, que determina la imposibilidad de proceder a la declaración de nulidad de los actos administrativos. El dictamen encaja plenamente, como se ha dicho, en la definición de acto de trámite cualificado del artículo 112.1 de la Ley 39/2015, que los configura como los actos de trámite que “deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, [...]”.

El propio tenor literal del precepto descarta la tesis del presupuesto habilitante, porque el dictamen no es instrumental o neutro, sino que decide el destino de la revisión de oficio, negativa o positivamente.

■ **La tesis del “presupuesto habilitante” desconoce los efectos jurídicos reales del dictamen.**

El dictamen obstativo produce efectos jurídicos inmediatos, no meramente mediatos. Así, cierra el procedimiento de revisión de oficio y pone fin a la expectativa legítima del administrado o de la Administración de depurar el ordenamiento jurídico mediante la expulsión de un acto que se considera nulo. Impide el ejercicio de una potestad legalmente reconocida (la revisión de oficio), y genera una situación de “cosa decidida material” dentro del procedimiento.

Por tanto, no puede sostenerse que carezca de efectos jurídicos, ya que produce consecuencias directas y definitivas sobre la relación jurídico-administrativa. Negar su impugnabilidad equivaldría a ignorar su eficacia jurídica real, reduciendo el análisis a una visión formalista de los actos preparatorios, en este caso, de la emisión de un dictamen.

■ **Contradicción con la doctrina sobre los actos de trámite cualificados.**

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, el dictamen no debería ser catalogado de mero acto de trámite o “presupuesto”, sino como acto de trámite cualificado con capacidad para afectar de forma directa a la esfera jurídica del interesado o de la propia Administración. Se convierte en un trámite preceptivo, pues debe solicitarse siempre antes de la declaración de nulidad; es obstativo, dado que, sin dictamen favorable, la Administración no puede declarar la nulidad; y es externo al ente decisor, pues emana de un órgano distinto de la Administración que pretende revisar el acto. En definitiva, el dictamen condiciona decisivamente el ejercicio de una potestad administrativa, lo que justifica su calificación de “cualificado”.

El error de la tesis del “presupuesto habilitante no impugnabile” radica precisamente en tratar de modo uniforme todos los dictámenes, sin distinguir entre los de mera orientación y los de efecto obstativo. Si bien los primeros cumplen una función de asesoramiento interno y no alteran el curso del procedimiento, los segundos producen un efecto jurídico externo y definitivo, ya que determinan que el procedimiento se cierre o que la Administración no pueda ejercer una potestad legalmente prevista. En este sentido, el dictamen del artículo 106 LPAC no es un informe ordinario, sino un acto de naturaleza híbrida, que combina la función consultiva con un efecto jurídico decisorio negativo. Al tener carácter vinculante y obstativo, su eficacia equivale materialmente a una denegación del procedimiento.

Por tanto, conforme a la interpretación sistemática del artículo 112.1 LPAC y a la jurisprudencia, debería calificarse no como un mero presupuesto habilitante, sino como un acto de trámite cualificado susceptible de recurso.

■ **Desconoce el principio de autotutela declarativa.**

La tesis del “presupuesto habilitante” desnaturaliza la potestad de autotutela declarativa de la Administración, que incluye el poder-deber de revisar sus propios actos nulos para restablecer la legalidad.

Si la Administración detecta un acto nulo de pleno derecho, pero el dictamen del órgano consultivo desfavorable a la revisión de oficio le impide revisarlo y, además, no puede recurrir ese dictamen, la potestad de autotutela queda vaciada de contenido. La consecuencia es una situación absurda: la ley impone a la Administración el deber de someterse al derecho (art. 103 CE y art. 106.1 de la Ley 39/2015), pero a la vez le niega los instrumentos para restablecerlo cuando un órgano consultivo —sin competencia decisoria propia en la materia sustantiva que se examina— bloquea la revisión.

Esta conclusión es incompatible con la lógica del sistema de control interno de la Administración y con el principio de legalidad que debe regir su actuación. Un acto administrativo no puede quedar inmune al control judicial solo porque adopte la forma de dictamen, y lo haya solicitado la Administración autora del acto.

Por otro lado, una de las argumentaciones utilizadas por la doctrina restrictiva es afirmar que la Administración dispone de un cauce alternativo suficiente, consistente en la declaración de lesividad regulada en el artículo 107 de la Ley 39/2015. Según esta tesis, si la Administración no puede revisar de oficio un acto por falta de dictamen consultivo favorable, siempre podría acudir a la vía de la lesividad y someter el acto al control judicial, lo que haría innecesaria —o incluso improcedente— la impugnación directa del dictamen.

Sin embargo, este razonamiento no se estima suficiente. La revisión de oficio y la declaración de lesividad no son mecanismos equivalentes ni intercambiables, sino instrumentos distintos, con presupuestos, finalidades y efectos jurídicos radicalmente diferentes. La declaración de lesividad (art. 107 de la Ley 39/2015) se refiere a actos anulables favorables, con un límite temporal de 4 años; por lo que no siempre ofrece una respuesta efectiva al problema que plantea el dictamen consultivo desfavorable.

Incluso prescindiendo de la diferencia conceptual, la declaración de lesividad no neutraliza el efecto jurídico propio del dictamen consultivo desfavorable. El problema central no es la ausencia de una vía judicial abstracta, sino el hecho de que el dictamen produce un efecto jurídico inmediato y autónomo: impide a la Administración ejercer la potestad de revisión de ofi-

cio y cierra definitivamente el procedimiento. Ese efecto obstativo subsiste con independencia de que la Administración pueda, en teoría, acudir a la jurisdicción por otras vías.

La autotutela declarativa existe precisamente para permitir a la Administración corregir de manera directa los actos nulos, sin necesidad de judicializar sistemáticamente los conflictos. Obligar a acudir siempre a la lesividad cuando un dictamen consultivo desfavorable impide la revisión de oficio no solo vacía de contenido esta potestad, sino que introduce una rigidez procesal artificial, contraria a los principios de eficacia y economía procedimental que informan la actuación administrativa conforme al artículo 103 de la Constitución.

Finalmente, aceptar la posible declaración de lesividad como alternativa a la impugnabilidad del dictamen equivale, en realidad, a desplazar el foco del problema. No se trata de si la Administración dispone de otros instrumentos para reaccionar frente a actos inválidos, sino de si es admisible que un dictamen de eficacia obstativa, emitido por un órgano consultivo externo, produzca efectos jurídicos decisivos sin estar sujeto a control jurisdiccional directo.

Por ello, la declaración de lesividad no debería presentarse como “remedio suficiente” frente a la inimpugnabilidad del dictamen.

■ **El argumento de la “garantía del ciudadano” es parcial y desequilibrado.**

El fundamento histórico de la exigencia de dictamen favorable fue proteger al administrado frente a revisiones intempestivas de actos firmes que le favorecían. Pero en el marco del artículo 106 de la Ley 39/2015, el dictamen también garantiza el interés público y el principio de legalidad. El equilibrio entre ambos intereses exige que el dictamen sea susceptible de control judicial, pues de lo contrario se privilegia indebidamente la estabilidad formal del acto sobre la legalidad material. Además, el ciudadano no pierde protección porque el dictamen sea impugnabile, ya que el recurso contra el dictamen solo permite verificar judicialmente la corrección del propio dictamen.

Por tanto, la impugnabilidad no erosiona la seguridad jurídica del ciudadano, sino que refuerza el control de legalidad, que es la finalidad última del procedimiento revisorio.

■ **Incongruencia con el principio de tutela judicial efectiva (art. 24 CE).**

La doctrina del “presupuesto habilitante no impugnabile” crea, como se ha expuesto, una zona de inmunidad judicial contraria al artículo 24 CE. Tanto el particular como la Administración ven afectados sus derechos e intereses legítimos por un dictamen que decide el resultado del procedimiento, pero se les impide acudir al juez para impugnarlo.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantiza el acceso de los ciudadanos y de las Administraciones al control jurisdiccional de la legalidad.

El Tribunal Constitucional ha reiterado que el artículo 24 CE no se agota en el derecho de acceso a un proceso, sino que impide la creación de zonas exentas de control judicial cuando existan actos que produzcan efectos jurídicos o limiten derechos o competencias. Negar la impugnabilidad del dictamen consultivo —que decide indirectamente el fondo del asunto y puede cerrar el procedimiento— puede contradecir esta doctrina, al excluir del control judicial un acto que produce consecuencias jurídicas materiales.

En esta línea, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 175/2001, de 26 de julio, admite que las personas públicas son titulares del derecho de acceso al proceso. Argumenta en dicha sentencia lo siguiente: “El art. 24.1 CE no exige de la Ley la articulación, en todo caso, de instrumentos procesales con los que las personas públicas puedan hacer valer los intereses generales cuya satisfacción les atribuye el Ordenamiento. Dicho de otro modo, según viene declarando este Tribunal, esta vertiente del art. 24.1 CE sólo tutela a las personas públicas frente a los Jueces y Tribunales, no en relación con el legislador (SSTC 197/1988, de 24 de octubre, FJ 4; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 7). Corresponde a la Ley procesal determinar, entonces, los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado. Lógicamente, aquella tarea de configuración legal ha de ejercerse con sometimiento al ordenamiento constitucional, lo que impide no sólo exclusiones procesales arbitrarias, sino incluso aquellas otras que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso. El alcance limitado del art. 24.1 CE en relación con las personas públicas actúa, según venimos diciendo, respecto del legislador, no en relación con el juez. Así que la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso estará guiada, también en relación con las personas públicas, por el principio *pro actione* (cuando se trate de acceso a la jurisdicción) o por el canon constitucional de interdicción de la arbitrariedad, la irrazonabilidad y el error patente, cuando se trate del acceso a los recursos legales”. Además, el Tribunal Constitucional recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva está imponiendo a los órganos judiciales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en la atribución de la legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (STC 73/2004, de 22 de abril, y STC 226/2006, de 17 de julio).

Por tanto, una Administración consultante —por ejemplo, una entidad local o una universidad— debe poder recurrir el dictamen que le impide

ejercer su potestad revisora, pues lo contrario equivaldría a negarle el acceso a la justicia en un ámbito de su competencia legalmente atribuida en el artículo 106 de la Ley 39/2015. Por tanto, una interpretación conforme con la Constitución puede exigir la impugnabilidad del dictamen cuando este cierra el procedimiento o impide el ejercicio de una potestad.

■ **No se acomoda de forma suficiente al control jurisdiccional de la actuación administrativa (art. 106.1 CE) y al principio de legalidad (art. 103 CE).**

El artículo 106 CE atribuye a los tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa, “así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. Este precepto implica que toda actuación administrativa con efectos jurídicos —sea decisoria o consultiva de trámite cualificado— debe estar sujeta a control judicial. En este sentido, el precepto constitucional garantiza un control pleno y no meramente formal, extendido a todos los actos con capacidad de producir consecuencias jurídicas, sin excluir los informes o dictámenes preceptivos y vinculantes. No puede, por tanto, quedar exento del control judicial el dictamen obstativo sin vulnerar el mandato constitucional del artículo 106 CE.

El control de los tribunales sobre este tipo de dictámenes no solo es posible, sino también necesario para garantizar la plenitud del Estado de derecho. Además, el control judicial del dictamen cumple una función de equilibrio institucional: evita que órganos consultivos —no integrados en el poder ejecutivo ni sometidos a responsabilidad política— se conviertan en instancias decisorias últimas sin posibilidad de revisión jurisdiccional. Aceptar que el dictamen consultivo no es impugnabile equivale a otorgar poder decisorio a un órgano consultivo que, por un lado, no forma parte de la Administración decisora; por otra parte, no ostenta potestad administrativa ni responsabilidad política, y, además, no está sujeto a control judicial directo. Se consagra así una delegación encubierta del control de legalidad en un órgano ajeno al circuito institucional de responsabilidad, lo que es incompatible con el artículo 106 CE, que atribuye el control de legalidad en exclusiva a los tribunales.

Por otro lado, el artículo 103 CE impone la legalidad y la eficacia como principios estructurales de la actuación administrativa. La Administración no actúa *ex voluntate*, sino *ex lege*; por ello, está obligada a ajustar su actuación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, así como a los fines de interés general. Desde esta perspectiva, la potestad administrativa de revisión de oficio de actos nulos es precisamente una manifestación de este principio. Se trata de un mecanismo de autocorrección jurídica, que permite a la Administración restablecer la legalidad infringida

sin necesidad de un proceso contencioso. Por ello, si el dictamen consultivo negativo —acto de un órgano externo, no responsable del acto revisado— bloquea definitivamente la revisión y, además, es inimpugnable, se produce una quiebra del principio de control judicial de tales principios. En efecto, la Administración quedaría materialmente impedida de restablecer la legalidad, aunque detecte un acto nulo de pleno derecho. Por último, el dictamen del órgano consultivo tiene precisamente la función de conciliar la seguridad jurídica con la legalidad de la actuación administrativa. Sin embargo, convertirlo en un acto inimpugnable rompe ese equilibrio, dado que la seguridad jurídica del particular se transforma en inmunidad frente a la legalidad, y el interés público en la corrección del orden jurídico queda relegado. La verdadera seguridad jurídica no se obtiene bloqueando la revisión judicial, sino asegurando que toda decisión con efectos jurídicos —también los dictámenes obstativos— pueda ser revisada por los tribunales, de modo que ni el administrado ni la Administración queden sometidos a decisiones irrevisables.

8

La tesis restrictiva como reacción a un problema procesal no resuelto: la impugnación del dictamen y la posición institucional de los órganos consultivos

1. Sin perjuicio de las objeciones dogmáticas que suscita la tesis restrictiva que niega la impugnabilidad del dictamen de los órganos consultivos, resulta necesario reconocer que dicha posición probablemente encuentre su verdadera explicación en una serie de dificultades procesales no resueltas que plantea la eventual impugnación directa de estos dictámenes en el marco del proceso contencioso-administrativo.

Admitir la impugnabilidad del dictamen consultivo obstativo no solo plantea la cuestión de su calificación como acto de trámite cualificado, sino que abre interrogantes complejos sobre la posición procesal del órgano consultivo que lo ha emitido. La Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ofrece una respuesta clara y específica para estos supuestos, en los que el acto impugnado emana de un órgano que no es Administración decisora en sentido estricto, carece de potestad resolutoria en la materia sustantiva y actúa con una función eminentemente consultiva y técnica.

Este problema se advierte si se atiende a lo dispuesto en el artículo 25.3 del Texto Refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2016, conforme al

cual, cuando en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución final se deduzcan pretensiones relativas a informes preceptivos y vinculantes, “la Administración que los hubiera emitido tendrá la consideración de codemandada”. Esta previsión normativa, que constituye una excepción expresa y singular, evidencia que el legislador es consciente de las dificultades procesales que plantea el control jurisdiccional de informes vinculantes y ha optado, en ese ámbito concreto, por imponer la presencia procesal del órgano emisor como parte codemandada.

Ahora bien, la extrapolación de esta solución al ámbito de los órganos consultivos genera algunos problemas. En primer lugar, muchos de estos órganos —como sucede con el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana— carecen de personalidad jurídica propia, lo que obliga, en caso de impugnación, a articular su intervención procesal a través de la Administración autonómica. Ello produce una distorsión evidente: la Administración autonómica puede verse compelida a defender en juicio un dictamen emitido por un órgano independiente en su criterio técnico-jurídico, incluso cuando no haya intervenido en el procedimiento de revisión de oficio ni sea autora del acto cuya nulidad se debate.

En segundo lugar, la eventual configuración del órgano consultivo como codemandado plantea interrogantes relevantes desde el punto de vista de su función institucional. Los órganos consultivos no actúan en defensa de un interés propio, ni ostentan potestades administrativas en la materia sustantiva objeto del dictamen, ni están llamados a sostener posiciones de parte. Su razón de ser es la emisión de un juicio técnico o jurídico independiente, no la defensa procesal de ese juicio frente a las partes interesadas. Obligarles a comparecer como codemandados puede tensionar su posición institucional y erosionar, al menos en apariencia, la neutralidad y *auctoritas* que caracteriza su función.

Es razonable pensar que estas dificultades —legítimas y no menores— hayan influido de manera decisiva en la postura de los órganos judiciales que han optado por negar la impugnabilidad directa del dictamen, reconduciendo su naturaleza a la de un mero presupuesto habilitante o una garantía procedimental del administrado. Desde esta óptica, la tesis restrictiva podría entenderse no como una negación dogmática del carácter decisorio del dictamen, sino como una respuesta prudente ante la falta de una regulación procesal adecuada para articular su control jurisdiccional.

Ahora bien, reconocer la existencia de estos problemas no equivale a aceptar la solución adoptada. Las dificultades procesales, por muy reales que sean, no pueden justificar la exclusión de un acto con efectos jurídicos materiales del control judicial. En un Estado de derecho, los problemas de

encaje procesal no deben resolverse mediante la negación del derecho a la tutela judicial efectiva o mediante la creación de ámbitos de inmunidad jurisdiccional, sino mediante la búsqueda de soluciones normativas o jurisprudenciales que permitan compatibilizar el control judicial con la correcta configuración institucional de los órganos afectados.

En este sentido, la existencia de interrogantes sobre la posición procesal del órgano consultivo no debería conducir a negar la impugnabilidad del dictamen, sino a plantear alternativas interpretativas: desde la articulación de su intervención como parte codemandada, solo cuando resulte estrictamente necesario, hasta la configuración de su comparecencia como órgano informante o incluso la atribución de la legitimación pasiva a la Administración consultante, sin perjuicio de la defensa técnica del dictamen. Que las soluciones sean complejas o imperfectas no permite ignorarlas, pues el coste de negar el control judicial del dictamen es sensiblemente mayor.

La propia Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana n.º 116/2018, que admite la impugnación del dictamen del Consell Jurídic Consultiu, pone de relieve esta laguna al no pronunciarse expresamente sobre la posición procesal del órgano consultivo. Pero esta ausencia de pronunciamiento no invalida la tesis de la impugnabilidad, pues simplemente evidencia que el debate no está cerrado y que el ordenamiento todavía no ha dado una respuesta completa a todas sus implicaciones procesales.

En definitiva, puede aceptarse que la doctrina restrictiva encuentra parte de su fundamento en la incomodidad procesal que genera la impugnación del dictamen consultivo. Sin embargo, esta incomodidad no puede erigirse en criterio decisorio. El hecho de que existan cuestiones procesales complejas por resolver no autoriza a negar el carácter impugnabile de un acto que, por su naturaleza obstativa, decide indirectamente el fondo del asunto y bloquea el ejercicio de potestades administrativas legalmente reconocidas. La solución no pasa por negar la impugnabilidad del dictamen, sino por afrontar con rigor jurídico la construcción de un modelo procesal adecuado, aun cuando ello exija un esfuerzo interpretativo o una futura intervención del legislador.

2. En este punto, no puede descartarse tampoco una reflexión *de lege ferenda*. El carácter obstativo del dictamen en la revisión de oficio (art. 106.1 de la Ley 39/2015) responde a una tradición legislativa de marcado carácter garantista, orientada a proteger al administrado frente a revisiones arbitrarias de actos firmes favorables. Sin embargo, esa finalidad puede alcanzarse igualmente con la función estrictamente consultiva del órgano consultivo, sin atribuirle un poder de bloqueo jurídico absoluto sobre el ejercicio de la

potestad revisora. Desde esta óptica, el dictamen seguiría cumpliendo una función técnica y garantista de primer orden, pero dejaría de impedir jurídicamente la revisión, integrándose plenamente en la motivación reforzada de la resolución final.

Una eventual supresión del carácter obstativo del dictamen permitiría, además, eliminar buena parte de los problemas asociados a su impugnación. Si el dictamen no tuviera eficacia impeditiva, desaparecería la necesidad de su control jurisdiccional directo, y, con ello, las complejas cuestiones relativas a la posición procesal del órgano consultivo, su eventual condición de codemandado o la distorsión que supone su defensa procesal a través de la Administración autonómica. Esta solución tendría especial relevancia respecto de la posición de la Administración autora del acto, que en el régimen actual queda privada de toda posibilidad de reacción frente a un dictamen desfavorable, viéndose impedida de ejercer su potestad de autotutela declarativa sin acceso a control judicial alguno.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta la consolidación institucional que la función consultiva ha alcanzado en el momento actual. Los órganos consultivos se caracterizan hoy por su profesionalización e independencia funcional, lo que les confiere una reconocida autoridad jurídica. En este contexto, el mantenimiento de un carácter obstativo del dictamen ya no parece imprescindible para garantizar su eficacia ni para proteger adecuadamente los derechos del administrado.

La experiencia demuestra que, incluso en aquellas materias en las que los dictámenes carecen de eficacia vinculante, su peso jurídico y práctico es extraordinariamente relevante y tomado en consideración por la autoridad consultante e incluso por órganos judiciales. La separación de la Administración respecto del criterio expresado por un órgano consultivo exige una motivación¹⁴ especialmente rigurosa, sometida en todo caso al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. De este modo, la función garantista del dictamen puede cumplirse eficazmente a través de la exigencia de una motivación reforzada y del posterior control judicial, sin necesidad de atribuirle un efecto impeditivo absoluto sobre el ejercicio de potestades administrativas legalmente reconocidas.

Desde esta perspectiva, la supresión del carácter obstativo del dictamen no implicaría una desvalorización de la función consultiva, sino, por el contrario, su plena integración en un modelo de buena administración, en el que la autoridad técnica y jurídica del órgano consultivo opera como elemento central de la decisión administrativa, sin desplazar el centro de gravedad decisorio ni generar disfunciones procesales. Esta opción permi-

14. El art. 35.1.c) de la Ley 39/2015 obliga a motivar "los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos".

tiría preservar la función consultiva en toda su intensidad, al tiempo que evitaría los problemas derivados de la impugnación directa del dictamen, y en particular la situación de bloqueo en que actualmente puede quedar la Administración autora del acto cuando el dictamen es desfavorable.

Ahora bien, mientras el legislador no opte expresamente por esta vía, el carácter obstativo del dictamen sigue siendo derecho positivo vigente. Por ello, mientras el dictamen conserve efectos jurídicos impeditivos, no resulta jurídicamente admisible resolver las dificultades que plantea su control judicial mediante la negación de su impugnabilidad.

9 Conclusión

El dictamen del Consejo de Estado y de los órganos consultivos autonómicos en la revisión de oficio del artículo 106.1 de la Ley 39/2015 no puede ser considerado un mero trámite carente de efectos jurídicos. Su carácter preceptivo y vinculante cuando es desfavorable le confiere una eficacia claramente obstativa, pues impide jurídicamente el ejercicio de la potestad de revisión y determina el cierre del procedimiento, lo que justifica su calificación como acto de trámite cualificado conforme a los artículos 112.1 LPAC y 25.1 LJCA.

La exclusión de este dictamen del control jurisdiccional no resulta compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva ni con el principio de control judicial de la actuación administrativa, en la medida en que crea un ámbito de inmunidad respecto de un acto que decide indirectamente el fondo del asunto. Esta conclusión se impone tanto desde la perspectiva del particular como, de manera especialmente intensa, desde la de la Administración solicitante, que ve bloqueado el ejercicio de su potestad de autotutela declarativa sin posibilidad de reacción frente al acto que lo impide.

Es cierto que la admisión de la impugnabilidad del dictamen plantea relevantes dificultades procesales, especialmente en relación con la posición de los órganos consultivos en el proceso contencioso-administrativo. Sin embargo, tales dificultades no pueden justificar la negación del control judicial de un acto con efectos jurídicos materiales, sino que deben afrontarse mediante soluciones interpretativas o normativas adecuadas. En este sentido, puede concebirse como opción *de lege ferenda* la revisión del carácter obstativo del dictamen, reforzando su función estrictamente consultiva.

Mientras el dictamen conserve, no obstante, su eficacia impeditiva conforme al derecho vigente, su sometimiento al control judicial constituye una exigencia inherente a su propia naturaleza jurídica.

10 Bibliografía

- Bauzá Martorell, F. J. (2016). Revisión de oficio de los actos de trámite determinantes: La declaración de interés general para edificar en suelo rústico. *Práctica urbanística*, 139.
- Beladiez Rojo, M. (1994). *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Barcelona: Marcial Pons.
- Bocanegra Sierra, R. (1998). *La anulación de oficio de los actos administrativos*. Oviedo: Academia Asturiana de Jurisprudencia.
- (2005). *La teoría del acto administrativo*. Madrid: Lustel.
- Cano Campos, T. (2004). *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*. Cizur Menor: Civitas.
- (2016). Validez e invalidez de los actos: teoría general. En E. Gamero Casado (dir.). *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cosculluela Montaner, L. (2016). *Manual de Derecho Administrativo* (27.^a ed.). Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- Díez Sastre, S. (2017). Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En F. López Ramón y F. Villar Rojas (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: INAP.
- Entrena Cuesta, R. (1999). *Curso de Derecho Administrativo I* (13.^a ed.). Madrid: Tecnos.
- Fernández Farreres, G. (2016). *Sistema de Derecho Administrativo I* (3.^a ed.). Cizur Menor: Civitas-Thomson-Reuters.
- Fernández Rodríguez, T. R. (1979). *La nulidad de los actos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Figueras Bosch, C. (2014). El dictamen del órgano consultivo como acto administrativo no revisable en sede jurisdiccional. Auto del Tribunal Superior de Justicia de

Cataluña de 19 de marzo de 2014. *Revista Española de la Función Consultiva*, 21, 97-102.

García Luengo, J. (2002). *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Cizur Menor: Civitas.

González Sanfiel, A. M. (2017). Límites a la declaración de nulidad del planeamiento. En F. López Ramón y F. Villar Rojas (coords.). *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: INAP.

Guastini, R. (2010). *Le fonti del Diritto. Fondamenti teorici*. Milán: Giuffrè.

Jordano Fraga, J. (1996). *Nulidad de actos administrativos y derechos fundamentales*. Barcelona: Marcial Pons.

Maurer, H. (2011). *Derecho Administrativo. Parte General* (traducción coordinada por G. Doménech). Madrid: Marcial Pons.

Menéndez García, P. (2001). La revisión de oficio de actos y normas. Vía de lesividad y revocación de actos. Rectificación de errores. Experiencia tras la Ley 4/1999. *Revista Gallega de Administración Pública*, 29.

Nieto García, A. (1994). Estudio preliminar. En M. Beladiez Rojo. *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Madrid: Marcial Pons.

Pasquau Liaño, M. (2007). La acción de nulidad sí prescribe. En J. Delgado Echeverría (coord.). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.

Rebollo Puig, M. (2009). La nulidad en Derecho Administrativo (consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad de los derechos fundamentales). *Justicia Administrativa*, 44.

— (2018). La invalidez del acto administrativo. En M. Rebollo Puig y D. J. Vera Jurado (dirs.). *Derecho Administrativo. Tomo II* (3.ª ed.). Madrid: Tecnos.

Rebollo Puig, M. y Carbonell Porras, E. (2018). La revisión de oficio. En M. Rebollo Puig y D. J. Vera Jurado (dirs.). *Derecho Administrativo. Tomo II* (3.ª ed.). Madrid: Tecnos.

- Santamaría Pastor, J. A. (1975). *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público* (2.^a ed.). Madrid: IEA.
- (2016). El nuevo régimen de la revisión de oficio y de los recursos administrativos. *Revista Vasca de Administración Pública*, 105.