

La función consultiva del Consejo de Estado

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. EXTENSION E INTENSIDAD DE LA FUNCION CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO. III. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. IV. LA FUNCION CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO EN RELACION CON PROCESOS CONSTITUCIONALES. V. FUNCION CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO RESPECTO DE LAS LEYES ORGANICAS DE TRANSFERENCIA O DELEGACION. VI. CONTROL DEL EJERCICIO DE FACULTADES DELEGADAS POR EL ESTADO A LAS COMUNIDADES AUTONOMAS. VII. COMPETENCIA CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA MATERIA LEGISLATIVA. VIII. LA FUNCION CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA REGLAMENTARIA.

I. INTRODUCCION (1)

Nuestra Constitución dedica al Consejo de Estado un artículo (el 107), comprendido dentro del Título IV, dedicado al «Gobierno y la Administración», título en el que es perceptible se contemplan previsiones constitucionales que no se acotan por la referencia única a la

(1) Para un estudio histórico del Consejo de Estado, puede consultarse J. M.ª CORDERO TORRES, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas*, 1944; F. BARRIOS, *El Consejo de Estado de la Monarquía española, 1521-1812*, 1984; L. JORDANA DE POZAS, *El Consejo de Estado español y las influencias francesas a lo largo de su evolución*, 1983.

Un estudio del art. 107 de la Constitución de 1978, en los Comentarios dirigidos por Oscar ALZAGA. El estudio se debe al Letrado del Consejo de Estado y Letrado de las Cortes J. GALVEZ MONTES (T. VIII).

Sobre el Consejo de Estado, la monografía de A. PÉREZ HERNÁNDEZ, 1965, y el estudio de J. M.ª VILLAR y ROMERO, 1980.

que viene llamarse la Administración del Estado. Preceptos como los contenidos en el artículo 103, 105 y 106, que preceden al artículo 107, son bien reveladores de que el mencionado Título IV contiene reglas constitucionales aplicables a todas las Administraciones Públicas, de modo que resultaría equivocado entender que las directrices constitucionales contenidas en el Título VIII agotan, desde la perspectiva constitucional, el régimen de las Administraciones Autonómicas y de las Administraciones Locales.

En el mencionado artículo 107 se constitucionaliza el «Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno», según la propia dicción constitucional. La definición constitucional del Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno lleva, en principio, a considerar al Consejo de Estado, órgano consultivo estatal, como perteneciente al ámbito estatal, y que realiza su función consultiva a petición del Gobierno, tanto en la composición colegiada que dice el artículo 98.1 de la Constitución como a iniciativa de sus miembros. La organización territorial del Estado, alumbrada por la Constitución de 1978, y la afirmación respecto de las Entidades que integran el Estado, en los términos que dice el artículo 137, del principio de autonomía predicado en todas ellas (con distintas intensidad), plantea —está planteada en la jurisprudencia y en la doctrina— la cuestión de la función que, en su caso, tiene el Consejo de Estado respecto de las Comunidades Autónomas. La cuestión ha dado lugar a interpretaciones doctrinales, divergentes y a interpretaciones jurisprudenciales, en las que si bien son perceptibles diferencias y hasta divergencias de fondo, se vislumbra una cierta línea tendente a cierta uniformidad interpretativa, en la que un papel de uniformidad ha venido representado por un recurso de revisión contencioso-administrativo articulado por el motivo del artículo 101.1.b) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Sobre estas cuestiones se tratará más adelante.

El artículo 107 mencionado remite a una Ley Orgánica (remisión específica a reserva de Ley Orgánica) la regulación de la composición y competencia del Consejo de Estado. Ha sido la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, la que establece esta regulación, comprendiendo la misma tres títulos: el primero, de «disposiciones generales»; el segundo, de «composición» del Consejo de Estado, y el tercero, de «competencia» del mismo. Los principios contenidos en el Título Primero, dentro del indicado marco constitucional, afirman:

— el Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno (art. 1.1);

— ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las Leyes (art. 1.2);

— en el ejercicio de la función consultiva el Consejo de Estado velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (art. 2.1, inc. 1.º);

— valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines (art. 2.1, inc. 2.º);

— la consulta del Consejo de Estado será preceptiva cuando en la propia Ley Orgánica o en otras leyes así se establezca, y facultativa en los demás casos (art. 2.2);

— los dictámenes del Consejo de Estado no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario (art. 2.3).

Se configura así el Consejo de Estado por la Constitución y la Ley Orgánica a la que el artículo 107 de aquélla remite la regulación de la composición y competencia, como un *órgano consultivo* (y no de funciones jurisdiccionales como en algún tiempo de su historia ha acumulado a su competencia) *independiente* de la Administración activa, al que incumbe, ante todo, velar por la *observancia* de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 de la Constitución), pero no sólo en función consultiva de constitucionalidad y legalidad ordinaria; también, por los aspectos de oportunidad y conveniencia y los de mayor eficacia de la Administración para el cumplimiento de sus fines (art. 103.1 de la Constitución). Su modo de expresión es el *dictamen* a solicitud del Gobierno o de sus Ministros y, en su caso, de los Presidentes de Comunidades Autónomas (o de la Comunidad Foral de Navarra) y no *ex officio*, teniendo las consultas bien carácter *preceptivo* (en los supuestos señalados por su Ley Orgánica o, por remisión, las Leyes) o carácter *potestativo*, y los dictámenes que emita no tienen, por lo general, carácter vinculante, aunque si la autoridad receptora se aparta de las observaciones consideradas por el Consejo de Estado como esenciales, deberá expresar que la disposición o acto se emite «oído el Consejo de Estado».

La Ley Orgánica del Consejo de Estado tiene su desarrollo en el Reglamento orgánico de ejecución y desarrollo, aprobado por el Gobierno a propuesta del Consejo de Estado, inspirándose (dice la disposición final tercera de la Ley Orgánica de 1980) en cuanto a su organización y funcionamiento en los principios que se deducen las disposiciones generales de la misma.

II. EXTENSION E INTENSIDAD DE LA FUNCION CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO (2)

A) La función consultiva del Consejo de Estado se extiende, en primer lugar, a velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Cuando se solicita la consulta del Consejo de Estado respecto de anteproyectos de ley, en algún caso preceptiva, como son los previstos en los artículos 21.2 y 22.4 de su Ley Orgánica (sobre ellos trataré mas adelante), y posible siempre con carácter potestativo a tenor de la regla del artículo 24.1 de la misma Ley, la consulta comprende el estudio desde la perspectiva de la constitucionalidad del anteproyecto sometido a dictamen.

También la dimensión constitucional es de ineludible análisis por el Consejo de Estado en la consulta a la que se refiere el artículo 22.6 de su Ley Orgánica, esto es, cuando se trata de la impugnación de disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos (legislativos o ejecutivos) de las Comunidades Autónomas. Cuando se trata de la iniciativa del recurso de inconstitucionalidad corresponde a la función consultiva verificar, desde, insisto, el contenido propio de esta función, si las leyes de la Comunidad Autónoma —las leyes objeto del recurso— son conformes o disconformes con los preceptos constitucionales y, además y en su caso, con las leyes que dentro del marco constitucional se hubieren dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas. En la misma línea, corresponde al Consejo de Estado, como órgano consultivo, el verificar la conformidad o disconformidad de la disposición o acto de la Comunidad con el bloque de constitucionalidad cuando la iniciativa se refiere al planteamiento de un conflicto de competencias (positivo o negativo) entre el Estado y una Comunidad Autónoma.

Corresponde al Consejo de Estado, en estos supuestos y en otros afines (como el de la impugnación que regula el Título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), tanto si las razones que se aducen en el expediente para sostener el recurso, el conflicto o impugnación son fundadas, como, en su caso, exponer los fundamentos que, a juicio del órgano consultivo, apoyarían razonablemente la pretensión.

B) En el ejercicio de la función consultiva corresponde al Consejo de Estado velar por la observancia del Ordenamiento Jurídico, cuando conoce en el ejercicio de su función consultiva de proyectos (o an-

(2) Sobre la Administración consultiva, véase el estudio de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, publicado primero como Prólogo a la edición española de la obra de J. D. MOONEY *Principios de Organización* y simultáneamente, y con el título «Aspectos de la Administración consultiva», publicado en la *RAP*, núm. 24, y en 1961 en la obra *La Administración Española*.

teproyectos) de disposiciones reglamentarias (art. 22.3 de su Ley Orgánica) o de «propuestas de resolución» (en el amplio abanico de competencias consultivas en este ámbito), confrontación o verificación que se proyecta tanto sobre el procedimiento, y la regularidad del mismo, como de los contenidos sustantivos del «proyecto» (o anteproyecto) o de la «propuesta».

La consulta (o asesoramiento previo solicitado el Consejo de Estado) atribuye al supremo órgano consultivo (así califican al Consejo de Estado la Constitución y la Ley Orgánica) el estudio o análisis del proyecto consultado desde todos sus aspectos: los de constitucionalidad y legalidad, pero también los de técnica normativa y, como se estudia más adelante, los de oportunidad, conveniencia y eficacia. Especialmente intenso es el control de procedimiento, no con carácter obstructivo al proyecto (o anteproyecto) o a la propuesta de resolución, pues el dictamen no es, por lo general, vinculante (o condicionante o habilitante) de la actuación de la Autoridad consultante o de la Administración para la que se consulta, pero sí es salvaguardia para que las disposiciones o actos estén precedidas del cumplimiento de los requisitos garantizadores de la regularidad del procedimiento, por cuanto los vicios de procedimiento pueden conducir a la nulidad de la disposición general, o a la nulidad o a la anulabilidad de los actos, según la intensidad del vicio. El Consejo de Estado está, por ello, obligado a verificar la regularidad del procedimiento —las reglas procedimentales— cumpliendo así una función garantista que coadyuva a la buena actuación de los Poderes Públicos y a protección de las garantías formales de los ciudadanos. El procedimiento es una forma de garantía tanto del interés público como de los derechos e intereses de los particulares.

C) Dice el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado que éste velará por la mayor eficacia de la Administración Pública en el cumplimiento de sus fines, en el ejercicio de su función consultiva. Tal formulación tiene engarce constitucional con lo proclamado por el artículo 103.1 de la Constitución, en el que se establece que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de *eficacia*, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

La eficacia se ha consagrado como principio jurídico de rango constitucional, como principio de la actuación de la Administración Pública. El contenido y alcance del principio jurídico-constitucional, reconocido y afirmado en el artículo 103, se perfila en la doctrina sentada por la jurisprudencia constitucional —ha estudiado Parejo Alonso— en los siguientes términos fundamentales:

— el principio consagra un bien o interés jurídico integrado en el orden constitucional material de valores y principios, incluidos los superiores; integración en la que juega una función servicial dirigida a asegurar el cumplimiento o realización reales y efectivos de dicho orden;

— el principio tiene contenido amplio, capaz de permitir diversas opciones legislativas, por lo que su concreción queda remitida al legislador en el curso del proceso de desarrollo de la norma fundamental;

— el principio se traduce en cualquier forma en un deber jurídico a cargo de la Administración Pública, de todas y cada una de las Administraciones Públicas;

— el contenido del principio de eficacia alcanza *ex Constitutione*, en todo caso, a los siguientes aspectos: la organización misma de la Administración, incluida la de sus medios personales; el régimen jurídico determinante del estatuto general de la actuación de la Administración en cuanto poder público (3).

El velar en el ejercicio de la función consultiva por la observancia de la Constitución es ya de por sí hacerlo por la observancia de los valores y principios que aquélla consagra, de los que el principio eficacia, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, es uno de ellos. Al ámbito de la función consultiva corresponde el verificar si la actuación administrativa —específicamente, en el ámbito de las disposiciones reglamentarias, pero no sólo en este ámbito— cumple las exigencias del principio de eficacia. Cuando en el ejercicio de la potestad reglamentaria el Poder Público tiene diversas opciones, el Consejo de Estado, desde su función consultiva, debe verificar las opciones legítimamente posibles y, atendiendo a los fines perseguidos, expresar su juicio acerca de la que considera comparativamente que mejor cumple las exigencias del principio constitucional de eficacia, ofreciendo, incluso, textos alternativos que la Autoridad consultante considere en el ejercicio de su potestad reglamentaria el que sirve mejor a los objetivos el texto consultado. A la verificación de la eficacia corresponde el considerar si una medida es idónea para alcanzar un fin determinado, o qué medida, entre varias posibles, es la que mejor sirve el principio de eficacia.

D) En el ejercicio de la función consultiva, al Consejo de Estado corresponde «valorar» los aspectos de «oportunidad» y «conveniencia» cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante. Se trata de un control de apreciación de la oportunidad del proyecto consultado, en su globalidad, o en alguna o algunas de las medidas (en los términos en que lo hace) contenidas en

(3) Sobre el principio constitucional de eficacia véase L. PAREJO ALFONSO, en *DA*, 218-219, 1989.

el proyecto. La oportunidad o conveniencia del texto consultado o de las soluciones alumbradas. Se extiende aquí el control más allá de la verificación de legalidad, para penetrar —partiendo de su adecuación a la ley y al Derecho— en la oportunidad, para inferir si el proyecto o algunas de las medidas incorporadas, resulta conveniente o existen —a juicio del Consejo de Estado— otras alternativas que podrían lograr el fin deseado de modo más simple y eficaz.

III. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

El artículo 107 de la Constitución previene que una Ley Orgánica regulará la composición y competencia del Consejo de Estado. Por lo que se refiere a la competencia su Ley Orgánica, en cuanto a las consultivas, determina las competencias del Pleno en el artículo 21 y las de la Comisión Permanente en el artículo 22. Cierra la delimitación competencial que estoy considerando en el artículo 24, con dos reglas: 1. El Consejo de Estado, sea en Pleno o en Comisión Permanente, puede ser oído en cualquier asunto en que, sin ser obligatoria la consulta, el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro lo estime conveniente. 2. El Consejo de Estado en Pleno dictaminará en aquellos asuntos en que, aunque estuvieran atribuidos a las competencias de la Comisión Permanente, así lo solicitare el Presidente del Gobierno o lo acuerde el Presidente del Consejo de Estado.

La consulta al Consejo de Estado puede ser obligatoria (o preceptiva) y facultativa y puede corresponder al Pleno o a la Comisión Permanente.

El Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado preceptivamente en los siguientes asuntos:

- 1.º Proyectos de decretos legislativos.
- 2.º Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales.
- 3.º Dudas y discrepancias que surjan en la interpretación o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales en los que España sea parte.
- 4.º Problemas jurídicos que suscite la interpretación o cumplimiento de los actos o resoluciones emanadas de organizaciones internacionales o supranacionales.
- 5.º Reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional.
- 6.º Anteproyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango u objeto, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado.

7.º Transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento a arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos.

8.º Separación de los Consejeros Permanentes.

9.º Asuntos de Estado a los que el Gobierno reconozca especial trascendencia o repercusión.

10. Todo asunto en que, por precepto expreso de una ley, haya de consultarse al Consejo de Estado en Pleno.

El Consejo de Estado en Pleno puede ser oído (consulta potestativa) en los siguientes asuntos:

1.º En aquellos, en que sin ser obligatoria la consulta, el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro lo estime conveniente.

2.º En aquellos en que, aunque estuvieren atribuidos a la competencia de la Comisión Permanente, así lo solicitare el Presidente del Gobierno o lo acuerde el Presidente del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado, en Comisión Permanente, debe ser consultado (consulta preceptiva) en los siguientes asuntos:

1.º En todos los tratados y convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado.

2.º Disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales.

3.º Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones.

4.º Anteproyectos de Ley Orgánica de trasferencia o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas.

5.º Control del ejercicio de funciones delegadas por el Estado a las Comunidades Autónomas.

6.º Impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo o posterior a la interposición del recurso.

7.º Conflictos de atribuciones entre los distintos Departamentos ministeriales.

8.º Recursos administrativos de súplica o alzada que deban conocer en virtud de disposición expresa de una ley el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegada del Gobierno o la Presidencia del Gobierno.

9.º Recursos administrativos de revisión.

10. Revisión de oficio de los actos administrativos en los supuestos previstos por la ley.

11. Nulidad, interpretación, resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en

todo caso, en los casos previstos en la legislación de contratos del Estado.

12. Nulidad, interpretación, modificación y extinción de concesiones administrativas, cualquiera que sea su objeto, cuando se formule oposición por parte del concesionario y, en todo caso, cuando así lo dispongan las normas aplicables.

13. Reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado.

14. Concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito.

15. Concesión y rehabilitación de honores y privilegios cuando así se establezca por disposición legal.

16. Concesión de monopolios y servicios públicos monopolizados.

17. Todo asunto en que por precepto expreso de una ley haya de consultarse al Consejo de Estado.

El Consejo de Estado, en Comisión Permanente, puede ser consultado (consulta potestativa) en cualquier asunto en que, sin ser obligatoria la consulta, el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro lo estime conveniente.

IV. LA FUNCION CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO EN RELACION CON PROCESOS CONSTITUCIONALES

El Consejo de Estado, en su actual organización, ha sido investido de una función consultiva, en materia de inconstitucionalidad, de conflictos constitucionales de competencia y de impugnación de disposiciones o resoluciones (Título V LOTC). Esta función consultiva formalmente tiene como órgano reclamante y receptor de la consulta al Gobierno del Estado y se inserta con carácter previo al ejercicio de la acción (de inconstitucionalidad o de conflicto o de impugnación) o en tiempo ulterior a la formalización de la misma. Mediante esta consulta, preceptiva pero no vinculante, el Gobierno recaba un asesoramiento del supremo órgano consultivo previo o posterior al ejercicio de la acción procesal constitucional referida a las leyes, disposiciones o resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. Cuando el Gobierno considera que una actuación legislativa, reglamentaria o administrativa de una Comunidad Autónoma (o de la Comunidad Foral de Navarra) puede estar incurso en inconstitucionalidad material o infringe las normas definidoras de los ámbitos competenciales diseñados por la Constitución (y, en su marco, por los Estatutos y, en su caso, las leyes), el propósito del Gobierno o la decisión ya adoptada al respecto requiere la consulta al Consejo de Estado.

La Constitución ha previsto que el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley puede ser in-

terpuesto (entre otros legitimados para ello) por el Presidente del Gobierno, y ha remitido a la LOTC el determinar las personas y órganos legitimados en los demás casos distintos del recurso de inconstitucionalidad y del recurso de amparo. Para los conflictos constitucionales de competencia que oponga al Estado con una Comunidad Autónoma, la LOTC legitima al Gobierno (aquí, el Gobierno, no su Presidente) y la misma legitimación atribuye al Gobierno para impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas.

A estos supuestos se refiere el artículo 22.6 de la LO del CE cuando impone preceptivamente la consulta a la Comisión Permanente del Consejo de Estado, en los casos de impugnación por vía de recurso de inconstitucionalidad, o por la vía de conflicto competencial, o por la vía establecida en el Título V de la LOTC. En el ejercicio de la función consultiva, corresponde al Consejo de Estado velar por la observancia de la Constitución, esto es, emitir su razonado parecer acerca de la pretensión de inconstitucionalidad (esto es, apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de la ley, o acto con fuerza de ley) o la pretensión competencial (esto es, apreciar si la disposición o resolución de una Comunidad respeta el orden de competencias establecido en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía o en las Leyes Orgánicas correspondientes) o la pretensión impugnatoria del Título V (apreciar si la impugnación está fundada en los términos que dice el art. 77 de la LOTC).

La consulta —lo dice el art. 22.6 citado— puede solicitarse con carácter previo o posterior a la interposición del recurso y, en este último caso, el Gobierno (o el Presidente del Gobierno) acordará, en la misma sesión interponer el recurso (el recurso, el conflicto o la impugnación) y formular la consulta al Consejo de Estado. Se configura así un supuesto de excepción a lo que es común a la función consultiva, anterior a la decisión, por cuanto, como se decía por el Consejo de Estado (Memoria, año 1983), la excepción señalada en cuanto el acto decisorio puede preceder al acto consultivo ha devenido prácticamente en una regla general, con la consiguiente pérdida de eficacia de la función consultiva, tanto desde la perspectiva —menor en sí misma— del Consejo de Estado cuanto desde la perspectiva —importante por sí, en todo caso— del mejor asesoramiento del Gobierno, a efectos de respaldar la legalidad y el acierto de su decisión impugnatoria y de procurar su más sólida fundamentación.

El dictamen, aun *a posteriori* al ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, o competencial o de impugnación, no debe privar de eficacia a la función consultiva, que no opera ciertamente en la fase de impugnación, pero puede —y debe— servir para que conocido el dic-

tamen pueda el Gobierno reconsiderar el planteamiento para, en su caso, si aquél comparte el parecer del Consejo de Estado y es desfavorable al planteamiento por entender que no existen fundadas razones para mantener la impugnación de inconstitucionalidad, o el conflicto competencial o la prevista en el Título V de la LOTC, articule el apartamiento del proceso mediante el desistimiento y, caso de informe favorable —si el estado procesal del litigio lo permite—, hacer llegar al Tribunal el dictamen emitido por el Consejo de Estado. El propio Tribunal podrá recabar del Gobierno la remisión del dictamen del Consejo de Estado relativo a la consulta previa o posterior a la interposición del recurso de inconstitucionalidad, o al conflicto de competencia o la impugnación que regula el Título V de la LOTC, pues así lo autoriza el artículo 88.1 de esta Ley.

V. FUNCION CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO RESPECTO DE LAS LEYES ORGANICAS DE TRASFERENCIA O DELEGACION (4)

Debe ser consultada la Comisión Permanente del Consejo de Estado en las materias que dice el artículo 22 de su Ley Orgánica y, entre ellas, cuando se trate de Anteproyectos de Ley Orgánica de transferencia o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas. El precepto de la LOCE hace así aplicación —estableciendo el dictamen preceptivo del Consejo de Estado— de lo que dispone el artículo 150.2 de la Constitución.

El precepto que acabo de dictar contiene un mecanismo legal traslativo de competencias mediante el cual se permite atribuir competencias a las Comunidades Autónomas (se trata de una de las vías de modificación extraestatutaria de las competencias) por encima del, en principio, techo competencial de posible asunción autonómica mediante los Estatutos. Se ha dicho que la ratio principal de este tipo de ley consiste en corregir el ejercicio de distribución competencial operada por los Estatutos, bien porque se haya mostrado poco funcional o porque se opte por elevar el techo competencial autonómico (AJA). El instrumento legal diseñado para esta operación es la Ley Orgánica (son Leyes Orgánicas... las demás previstas en la Constitución, dice el art. 81 de la Constitución), su contenido es la delegación o las transferencias

(4) Sobre las Leyes Orgánicas de transferencia o delegación (art. 150.2 de la Constitución) pueden consultarse E. AJA en la obra colectiva *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*; E. GARCÍA DE ENTERRÍA en *Estudios sobre Autonomías Territoriales*; J. LEGUINA VILLA en *Escritos sobre autonomías territoriales*; VILLAR PALASÍ-SUÑÉ LLINAS en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por O. ALZAGA (T. XI); BASSOLS COMA y SERRANO ALBERCA en *RAP*, núm. 97; S. MUÑOZ MACHADO en *Derecho Público de las Comunidades Autónomas* (T. I); A. CALONGE VÁZQUEZ en *REDA*, núm. 62.

y las facultades que pueden transferirse o delegarse son las correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación.

La «delegación» y la «transferencia», categorías distintas, no han sido utilizadas en el texto constitucional como equivalentes. Se ha dicho que la transferencia comporta la atribución, en este caso a una Comunidad Autónoma, de la titularidad de una determinada competencia, mientras que la delegación es una mera cesión de atribuciones concretas y, por tanto, de ejercicio de la competencia, conservando el cedente su titularidad (VILLAR PALASÍ-SUÑÉ LLINAS). Una y otra son revocables requiriendo Ley Orgánica, esto es, el Estado podría recuperar las competencias cedidas que dejara para el futuro (desde la vigencia de la Ley Orgánica de revocación) sin efecto la transferencia o la delegación operada. La consulta preceptiva al Consejo de Estado es tanto de los anteproyectos de ley de transferencias o delegación de competencias estatales como de los anteproyectos de ley de revocación de la transferencia o de la delegación.

Se ha sostenido por un amplio sector de la doctrina que las competencias (facultades en la redacción del art. 150.2 de la Constitución) susceptibles de transferencia o de delegación son las ejecutivas. La opinión no ha sido compartida por otros autores que han sostenido que la transferencia o delegación tanto puede versar sobre facultades legislativas como ejecutivas (AJA) o que el mencionado precepto permite transferir, esto es, ceder competencias enteras de naturaleza normativa y de ejecución o delegar, es decir, atribuir todas o algunas de las facultades de ejecución o gestión de servicios estatales en aquellas materias que por su propia naturaleza puedan ser objeto de cesión o desplazamiento competencial (LEGUINA). Es esta opinión la que parece ha prevalecido en la práctica legislativa, pues mediante Leyes Orgánicas el Estado ha transferido a Canarias y a la Comunidad Valenciana (Leyes Orgánicas 11/1982 y 12/1982) competencias legislativas sobre materias de titularidad estatal, mientras que la LO de delegación 5/1987 ha atribuido competencias (o facultades) de ejecución o gestión de servicios estatales. El ejercicio de las facultades delegadas a que se refiere la presente Ley Orgánica —dice la Ley 5/1987— estará sujeta a las normas del Estado, que conservará, en todo caso, la función legislativa y la potestad reglamentaria sobre las materias objeto de delegación.

El propio artículo 150.2 se ocupa del contenido de la transferencia o delegación. Dice el precepto en este punto: «facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación». Desde luego (no se ofrece duda al respecto) que la posibilidad de transferencia o delegación se extiende a las competencias no exclusivas, esto es, las que corresponden al Estado por la cláusula residual del artículo 149.3 de

la Constitución. La cuestión surge del resto de las competencias exclusivas (art. 149.1), esto es, las comprendidas en el artículo 149.1 bajo el enunciado inicial que afirma la competencia exclusiva sobre las materias que se establecen a todo lo largo del mencionado artículo 149.1.

El constituyente ha optado por una fórmula abierta (y no por un sistema de lista) utilizando a este fin el concepto indeterminado de materias que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. Se ha dicho que queda reducido el núcleo de la intransferibilidad a las materias que merecen la conceptualización de competencias exclusivas absolutas, pero aun respecto de éstas son susceptibles de transferencia o delegación las facultades de gestión, siempre que no se trate de materias intrínsecamente relacionadas con la soberanía (BASSOLS y SERRANO). Conviene advertir, igualmente, que el artículo 150.2 autoriza a transferir facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación, lo que viene a entender que respecto de las competencias exclusivas (aun las absolutas)... será constitucionalmente legítimo la transferencia o delegación de facultades de gestión. La eventual transferencia o delegación no podrá referirse a la competencia propiamente dicha, sino a facultades concretas de gestión de la misma. No resulta posible transferir o delegar una materia o competencias en bloque, sino sólo determinadas «facultades» propias de dichas competencias (GARCÍA DE ENTERRÍA). No han faltado opiniones que interpretan el precepto en el sentido de que es constitucionalmente posible que la transferencia o delegación tanto pueden versar sobre facultades legislativas como ejecutivas (AJA). Podría entenderse que tratándose de materias comprendidas en la categoría de competencias exclusivas relativas, el artículo 150.2 abre la posibilidad de transferir o delegar no sólo competencias ejecutivas, sino también competencias legislativas.

VI. CONTROL DEL EJERCICIO DE FACULTADES DELEGADAS POR EL ESTADO A LAS COMUNIDADES AUTONOMAS (5)

El artículo 153.b) de la Constitución, al referirse al control de la actividad de las Comunidades Autónomas, establece el control por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el artículo 150.2. A esta participación del Consejo de Estado, por vía consultiva preceptiva, pero no vinculante o habilitante o condicionante, se refiere el artículo 22.5 de la

(5) Sobre esta materia, véase J. M.ª GIL-ROBLES en *Comentarios al artículo 153 de la Constitución* dirigidos por O. ALZAGA; S. MUÑOZ MACHADO en *Derecho Público de las Comunidades Autónomas* (T. II).

LOCE, cuando dice que la Comisión permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos: 5. Control de ejercicio de funciones delegadas por el Estado a las Comunidades Autónomas.

Se advierte de la lectura de este precepto [el del art. 153.b)] que se confiere al Gobierno (en el sentido que resulta del art. 97 también de la Constitución) el control del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el artículo 150.2, esto es, no del ejercicio de competencias transferidas que también contempla el mencionado precepto constitucional. Se ha planteado la cuestión de por qué no se requiere para el control del ejercicio de competencias transferidas cuando la Constitución [art. 153.b)] lo exige para el supuesto de delegación. Se ha dicho que esto es así porque las competencias transferidas pasan a ser, en tanto no se revoque la transferencia, competencias propias de las Comunidades Autónomas, mientras que el Estado sigue siendo titular de las delegadas (GIL-ROBLES).

El dictamen preceptivo del Consejo de Estado (preceptivo pero no vinculante) procederá respecto de los proyectos de actos (o de disposiciones generales) cuando la Ley de Delegación haya atribuido a la Administración del Estado, respecto de actos o disposiciones de la Comunidad Autónoma, potestades de anulación, revocación o modificación, hipótesis en que el ejercicio de tales potestades requieren el previo dictamen del Consejo de Estado. Se configura así una garantía residenciada en el Consejo de Estado, con el alcance que definen el artículo 2.1 de su LO, esto es, el de velar, en el ejercicio de su función consultiva, por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. El dictamen es preceptivo, exigible, en los casos de ejercicio de los poderes de control del Gobierno que entrañen la anulación, revocación o modificación de disposiciones o actos emanados de las Comunidades Autónomas, invocando su competencia delegada por virtud de la Ley que dice el artículo 150.2 de la Constitución. Todo ello, en el marco definido por esta Ley. El sometimiento al dictamen preceptivo del Consejo de Estado no se limita, como parece sostiene MUÑOZ MACHADO, a sólo los casos en que la LO del Consejo de Estado lo exige con carácter general por razón de la naturaleza o singularidad de la decisión adoptada por el Gobierno.

VII. COMPETENCIA CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA MATERIA LEGISLATIVA

A) El Consejo de Estado debe ser consultado (preceptivamente) en los anteproyectos de ley en los supuestos que dicen los artículos 22.4 (anteproyecto de Ley Orgánica de transferencias o delegaciones estata-

les a las Comunidades Autónomas) y 21.2 (anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales). Con carácter potestativo, puede ser consultado respecto de cualquier anteproyecto de ley cuando el Presidente del Gobierno o los Ministros que asumen la iniciativa lo estimen conveniente (art. 24.1).

Se realiza así, desde el prisma de la función consultiva propia del Consejo de Estado, una colaboración en la formación de las leyes. A una de esas funciones consultivas y colaboradoras me he referido anteriormente (V). Cooperará así el Consejo de Estado a la obra del Gobierno (o de los Ministros) en la preparación de los anteproyectos de ley, aportando su conocimiento y experiencia a la mejor realización de aquella obra; emite su parecer sobre la constitucionalidad del anteproyecto de ley; verifica si la ley proyectada se ajusta a los tratados internacionales válidamente celebrados, integrantes, una vez publicados, del ordenamiento interno; coopera a la corrección técnico-jurídico de la obra legislativa.

B) También corresponden a la competencia consultiva del Consejo de Estado los proyectos de decretos legislativos, esto es, de los decretos del Gobierno que desarrollan una delegación otorgada por las Cortes, una delegación legislativa de cuyo ejercicio resultan normas con rango de ley. Se trata de una función consultiva que versa sobre las modalidades de delegación que encuentran hoy su consagración constitucional —y su régimen— en el artículo 82 de la Constitución: los textos articulados y los textos refundidos. Dice, al efecto, el número 2 del mencionado artículo que «la delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formulación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo».

En una y otra modalidad realiza el Consejo de Estado una función consultiva de control que se proyecta sobre el contenido (control de contenido) y sobre el procedimiento (control de procedimiento). El Consejo de Estado, en Pleno, verifica en los anteproyectos de textos articulados si desarrollan —en los límites de la delegación— las bases de la ley delegante, pues a las leyes de bases corresponde delimitar con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio y al Gobierno —apoderado por el legislador— articular, partiendo del objeto y alcance de la delegación, y verificar el ajuste del anteproyecto consultado a los principios y criterios establecidos en las bases.

Cuando se trate de anteproyectos de textos refundidos, el Consejo de Estado extiende su función a verificar si en el ejercicio de la delegación el anteproyecto objeto de la consulta respeta el ámbito normativo al que se refiere el contenido de la delegación y si ésta comprende

la regularización, aclaración y armonización de los textos legales que han de ser refundidos; la función consultiva es más intensa y compleja, debiendo el Consejo de Estado emitir su juicio de fondo sobre la interpretación de las reglas refundidas y los contenidos refundidos. Respecto de esta refundición realiza el Consejo de Estado una valoración que se extiende también a los aspectos de técnica y sistemática del texto consultado.

VIII. LA FUNCION CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA REGLAMENTARIA

La consulta preceptiva al Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales no está prevista en la regulación que la LPA (Título VII, Capítulo I) dedica a este procedimiento. La preceptividad del dictamen se contenía en el artículo 10.6 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado respecto de los «reglamentos para la ejecución de las leyes» y se actualiza —y se impone— hoy por el artículo 22.3 de la LO del Consejo de Estado: el dictamen es preceptivo (y no vinculante) para los «reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones». También la LO del Consejo del Estado en el artículo 22.2 establece la consulta preceptiva al Consejo de las «disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios y acuerdos internacionales». «No sólo, pues, la potestad reglamentaria se halla sometida al control y revisión *ex post* de los Tribunales, sino que opera sobre ella el más cualificado control preventivo (el del Consejo de Estado, como supremo órgano consultivo), control interno a la Administración como tal, pero externo al núcleo de la misma en que la potestad se ejercita, núcleo que, con propiedad, puede identificarse en el seno de una “Administración activa” funcionalmente diferenciada de la “Administración consultiva”» (Memoria del Consejo de Estado, año 1989).

En el ejercicio de esta competencia consultiva corresponde al Consejo de Estado, sin limitaciones, verificar si el texto sometido a consulta ha sido precedido del procedimiento legalmente establecido y emana de quien tiene atribuida la competencia (control de procedimiento y competencia). Verifica el Consejo de Estado si el texto se ajusta a la Ley que proporciona cobertura al Reglamento, del que éste es ejecución, desarrollo o complemento, y al Consejo de Estado corresponde también verificar si el Reglamento respeta los límites materiales o sustantivos de la potestad reglamentaria (control de contenido). Los aspectos de técnica normativa (construcción de la regla de Derecho, certeza y claridad en su formulación, ordenación sistemática y otros)

son también propios de la función consultiva del Consejo de Estado en materia reglamentaria. El ejercicio, pues, de la función consultiva se inserta, como control previo, en el procedimiento de la formación del reglamento, y tiende a garantizar, con su contribución, al mejor logro, en el contenido y en la forma, de la disposición reglamentaria, esto es, el Consejo de Estado coopera, desde su posición institucional, a conferir a la norma las ineludibles exigencias de constitucionalidad y legalidad y el perfeccionamiento técnico-normativo.

La previa consulta preceptiva del Consejo de Estado prevista en el artículo 22 (núms. 2 y 3) de su LO está referida a las disposiciones normativas que se dicten en ejecución de las leyes (ejecución, cumplimiento y desarrollo) o los tratados internacionales, que, como dice el artículo 96 de la Constitución, forman parte del ordenamiento jurídico interno. Así, se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) del 18 de diciembre de 1990 que indicada consulta a la Comisión Permanente está reservada a las normas reglamentarias conectadas a la ley y a sus ulteriores modificaciones para que el supremo Órgano consultivo garantice que la potestad reglamentaria se acomoda y no contrae la ley de que es mero producto subordinado.

B) En nuestro sistema jurídico-constitucional la potestad reglamentaria no está reservada en exclusividad al Gobierno (atribuida expresamente en el art. 97 de la Constitución) o a los Ministros, en la materia propia de su Departamento (que requiere habilitación legal específica, esto es, se trata de una potestad derivada). También las Comunidades Autónomas [arts. 153.c) y 161.2 de la Constitución lo dan por supuesto] ostentan potestades reglamentarias, en paralelo con el Estado, en el ámbito de sus propias competencias. Uno de los problemas que se plantean desde la perspectiva de la función consultiva del Consejo de Estado, en relación con las Comunidades Autónomas, es el de su posición respecto de la actividad reglamentaria de aquéllas. La doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de esta cuestión.

El artículo 23 de la LOCE se refiere, en la primera de sus reglas, a que las Comunidades Autónomas podrán solicitar dictamen del Consejo de Estado, bien en Pleno o en Comisión Permanente, en aquellos asuntos en que, por la especial competencia o experiencia del mismo, lo estimen conveniente. Se trata de un dictamen potestativo, que se prevé en citado artículo para las Comunidades Autónomas, en paralelo del previsto en el artículo 24.1 de la misma Ley, abierto en este caso al Presidente del Gobierno o a cualquier Ministro, también de carácter no preceptivo u obligatorio.

Junto a la disponibilidad de esta vía de consulta no preceptiva, el mismo artículo 23 (en su párrafo segundo) establece que el dictamen será preceptivo para las Comunidades Autónomas en los mismos casos previstos en la propia LO para el Estado, cuando hayan asumido

las competencias correspondientes. El precepto, en su literalidad, parece que lleva a entender que en los mismos casos en que el dictamen es preceptivo según lo previsto, en lo aplicable, en los artículos 21 (consulta al Pleno) y 22 (consulta a la Comisión Permanente) a las Comunidades Autónomas deben consultar al Consejo de Estado. Los indicados preceptos son coherentes con el artículo 20.1 de la misma LOCE: el Consejo de Estado emitirá dictamen en cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno y sus miembros a las Comunidades Autónomas a través de su Presidente.

La doctrina se ha ocupado de estas facultades consultivas del Consejo de Estado, entendiendo, una parte de la doctrina, que los preceptos de la LO mencionados no contienen una ampliación de la competencia consultiva, pues la potencial competencia del Consejo de Estado queda expresamente abierta por el artículo 107 de la Constitución en cuanto que se remite a una futura Ley Orgánica para diseñar el cuerpo de su propia competencia, y sobre este previsto mandato constitucional se ha apoyado la vigente LO para convertir al Consejo de Estado también en órgano consultivo de las Comunidades Autónomas (RODRÍGUEZ OLIVER). Se afirma que el hecho de que esté dispuesto que las Administraciones Autonómicas estén en el deber de consultar al Consejo de Estado no puede ser tomado como una potencial amenaza del grado de autonomía que la Constitución les reconoce y garantiza; así como la competencia decisoria autonómica exclusiva no desplaza su competencia preceptiva consultiva, la emisión de la consulta no lesiona la exclusividad para resolver que corresponde al ejecutivo de cada Comunidad (RODRÍGUEZ OLIVER). La tesis de este autor (como la del comentarista GÁLVEZ) descansa en que no puede verse en el artículo 107 de la Constitución un sentido excluyente de su función consultiva respecto de las Comunidades Autónomas, pues el sentido real de la expresión contenida en el mencionado artículo tiende a resaltar que el Consejo de Estado es un órgano que se encuadra en la Administración, en el terreno propio del Poder Ejecutivo, lo que significa que su actuación no debe inferir con la actividad de las Cortes, el Poder Judicial y la Corona. Asegura el precepto constitucional, un deslinde negativo de competencia con otros poderes del Estado. A cambio, dentro del plano jurídico-administrativo su potencial competencial no tiene otros límites que los que derivan de la legislación, ya que su competencia preceptiva queda abierta por el artículo 107 a la Ley Orgánica a que se remite este precepto constitucional.

Distinta (diametralmente opuesta) es la tesis que mantienen otros autores que se han ocupado del tema. Se ha dicho que la intervención del Consejo de Estado, prevista en su LO (y en algún Estatuto de Autonomía), entendida como preceptiva y generalizada en la actividad de las Comunidades Autónomas podría llegar a suponer una alteración

en el régimen de distribución de competencias, sobre todo cuando el dictamen del Consejo de Estado es vinculante, ya que ello supondría una modalidad de control no prevista constitucionalmente. Parece correcto, a lo sumo, se añade, mantener el dictamen preceptivo en los proyectos de normas reglamentarias autonómicas que ejecuten la legislación estatal (FONT).

Para MUÑOZ MACHADO, el artículo 107 de la Constitución define al Consejo de Estado como «supremo órgano consultivo del Gobierno». La LO ha transformado al Consejo de Estado en supremo órgano consultivo de las Administraciones Públicas, al extender sus competencias hasta las Comunidades Autónomas en los mismos términos en que viene ejerciéndolas tradicionalmente respecto de la Administración del Estado; esta expansión parece a MUÑOZ MACHADO constitucionalmente discutible y, en todo caso, inconveniente para la propia institución. Las razones aducidas son que cuando la Constitución ha pretendido extender la esfera de actuación de una institucional estatal a las Comunidades Autónomas lo ha establecido así expresamente; la función consultiva consiste, las más de las veces, en un control de la regularidad del funcionamiento de la Administración y la Constitución no atribuye esta función de control al Consejo de Estado con carácter general; cuando los dictámenes preceptivos —y particularmente los vinculantes— se establecen en relación con competencias exclusivas, en sentido técnico, de las Comunidades Autónomas, se está incidiendo en el orden constitucional de competencias, porque se rompe el régimen de exclusividad en un punto constitucionalmente imprevisto, sin una cobertura expresa.

También para BRAVO-FERRER (en su cuidado estudio sobre *Consejo de Estado y Estado de Autonomías* no existe fundamento constitucional y legal para extender las competencias preceptivas del Consejo de Estado a las Comunidades Autónomas. Se alinea este autor en la tesis contraria a la que ha postulado una extensión del artículo 107 de la Constitución, defendida en el estudio de RODRÍGUEZ OLIVER (6).

C) El Consejo de Estado (Memoria, año 1986) se pronuncia en el sentido de que siendo competencia exclusiva del Estado la regulación del procedimiento administrativo común y visto lo establecido por la Ley Orgánica 3/1980, sólo por ley estatal pueden incorporarse al ordenamiento disposiciones que afecten a la necesidad del acto consultivo —en principio, propio del Consejo de Estado— impuesta por leyes estatales. A éstas corresponden definir los supuestos en que el dic-

(6) Sobre la función consultiva del Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas, véanse L. TOVAR ALAS, REDA, núm. 28; J. M.ª RODRÍGUEZ OLIVER (ob. colectiva en homenaje a García-Trevijano Fos, 1982); S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas* (T. II); M. BRAVO-FERRER DELGADO, REDA, núm. 60; J. FONT en la obra colectiva *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*.

tamen del Consejo de Estado no pueden ser omitido: las disposiciones reglamentarias autonómicas dictadas en desarrollo de leyes estatales constituyen un ejemplo razonable y fundado de esos supuestos.

D) Como hemos visto con anterioridad, la doctrina ofrece respuestas distintas, diametralmente opuestas, en los términos que han sido recordados, respecto al sentido y alcance del artículo 23 de la LOCE, esto es, sobre todo, respecto a la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado, «en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes».

Uno de estos supuestos (art. 22.3) es el caso de reglamentos o disposiciones de carácter que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones. A él voy a referirme ahora acudiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como recoge una STS (12 mayo 1987) en la cuestión se alumbraron dos interpretaciones divergentes (interpretación amplia e interpretación restrictiva las llama del TS), una más amplia (así se dice) consistente en entender que el dictamen era preceptivo para todos los supuestos iguales (o similares) a los recogidos en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, con independencia de que la actuación se produjera en la esfera estatal o en la esfera autonómica, y otra, que se califica de más restrictiva, que limita la necesidad o preceptividad del informe a los supuestos exclusivos de actividades propias del Estado, cuando aquéllas hayan sido asumidas por las Comunidades Autónomas (en análogo sentido, SSTS de 23 de octubre de 1987, 6 de junio de 1988, 5 de abril de 1989, entre otras, que consideran preceptivo el dictamen del Consejo de Estado en el supuesto de desarrollo de leyes estatales).

Es perceptible, sin embargo, una discrepancia interpretativa en el seno del Consejo de Estado, anterior a la STS antes anotada y que persiste después de ella, hasta el punto de que ha sido llamada a resolver la discrepancia la Sala de Revisión del mismo Tribunal, en función propiamente casacional [art. 102.1.b) LJCA]. Las Sentencias en contradicción en este caso fueron las de 18 de marzo de 1988 (que consideró preceptivo el dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de un Reglamento autonómico en materia de la exclusiva competencia de la Generalidad de Cataluña) y la anterior de 17 de febrero de 1988 (que estimó que en materias asumidas con carácter exclusivo por una Comunidad Autónoma el dictamen no es preceptivo). La Sentencia de revisión (de 24 de noviembre de 1989) considera que la doctrina correcta es la contenida en la Sentencia de 17 de febrero y no la de 18 de marzo, debiendo entenderse el artículo 23.2 de la LO del Consejo de Estado como remisión a dictamen del propio órgano

consultivo de la respectiva Comunidad Autónoma, pues así lo exigen la naturaleza constitucional del Consejo de Estado (art. 107 de la Constitución) y el principio de autonomía (art. 143 ídem) (7).

(7) Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas y Consejo de Estado:

STS 12 mayo 1987

Considera el TS que vino a sostenerse una doble interpretación, una más amplia consistente en hacerlo obligatorio para todos los supuestos iguales o similares a los recogidos en los artículos 21 y 22 LOCE, con independencia de que la actuación se produjera en la esfera estatal o autonómica, y otra más restrictiva que limita la obligatoriedad del informe a los supuestos exclusivos de actividades propias del Estado, cuando aquéllas hayan sido asumidas por las Comunidades Autónomas, tesis esta última que considera la más adecuada.

STS 23 octubre 1987

Considera el TS que la omisión del dictamen del Consejo de Estado implica un vicio esencial de forma, que por imperativo del artículo 47.2 de la LPA obliga a declarar la nulidad del Reglamento promulgado por la Comunidad Autónoma de Canarias (Decreto de desarrollo y ejecución de la Ley estatal de Ordenamiento de Transportes Mecánicos por Carretera).

STS 17 febrero 1988

Como ya declaró este TS (SS de 7 y 21 de mayo de 1987 y de la Sala de Revisión de 23 de octubre de 1987), el informe del Consejo de Estado es un control de tipo interno, no exigible para la perfección de la norma reglamentaria, cuya omisión no impide a esta jurisdicción entrar a conocer el fondo del asunto cuando disponga de elementos suficientes.

En materias asumidas con carácter exclusivo por una Comunidad Autónoma, la sujeción al dictamen preceptivo de un órgano estatal ha de venir por la vía de la sujeción voluntaria de la Comunidad Autónoma de que se trate y no por la de un mandato del Estado —aunque revista la forma de Ley Orgánica.

El artículo 17 de la Constitución configura al Consejo de Estado como órgano consultivo del Gobierno de España, no de las Comunidades Autónomas.

Una interpretación maximalista del artículo 23.2 LOCE, órgano consultivo estatal, sería atentatoria del principio de autonomía, el cual postula como uno de sus contenidos el de la autoorganización.

STS 24 noviembre 1989 (Sala de Revisión)

La doctrina correcta y ortodoxa es la contenida en la STS de 17 de febrero de 1988 y no la de 18 de marzo de 1988, porque: *a)* en la elaboración de disposiciones generales de reglamentación ejecutiva reguladoras de materias exclusivas de la Generalidad de Cataluña la emisión del dictamen por el Consejo de Estado —del art. 22.3 de su Ley Orgánica— tiene carácter voluntario para la Generalidad, no forzoso, pues este Alto Organismo es consultivo del Gobierno y Administración Central del Estado, según los artículos 107 de la Constitución y 1.1 de la LOCE; *b)* tal carácter voluntario está relevado por el artículo 23.1 de la Ley acabada de citar, y *c)* el apartado 2 del aludido artículo ha de entenderse como remisión a dictamen del propio organismo consultivo de la respectiva Comunidad Autónoma, pues así lo exige el máximo respeto al principio de autonomía proclamado por el artículo 143 de la Constitución.

STS 6 junio 1988

El carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado en el supuesto de desarrollo de leyes estatales no excluye su necesidad, aunque llegara a entenderse que no sucedería otro tanto con los reglamentos dictados en ejecución exclusiva de leyes autonómicas independientes, cuando se refieran a materias cuya competencia hubiera sido asumida por la Comunidad Autónoma.

STS 21 junio 1988

En materias asumidas con carácter exclusivo por las Comunidades Autónomas, la sujeción al dictamen preceptivo de un órgano estatal (Consejo de Estado) ha de venir por la vía de la sujeción voluntaria de la Comunidad Autónoma de que se trate y no por la de un mandato del Estado, aunque adopte la forma de Ley Orgánica. De otro modo, esta Ley Orgánica estatal habría modificado la previsión constitucional (art. 107 CE) que configura el Consejo de Estado como órgano consultivo del Gobierno de España, no de las Comunidades Autónomas. Una interpretación maximalista del art. 23.2 de la LO del Consejo de Estado sería atentatoria del principio de autonomía, el cual postula como uno de sus contenidos el de autoorganización.

STS 5 abril 1989

En esta Sentencia, en cuanto se refiere también a un decreto, en este caso de la Generalidad de Cataluña, que modifica, para Cataluña, el Reglamento estatal de Ordenación de los Transportes por Carretera, se mantiene el mismo criterio que el adoptado en la STS de 23-I-1987.

STS 15 diciembre 1989

Considera la Sentencia citada que este TS ha resuelto recursos semejantes al actual (Reglamento de la Comunidad Autónoma de Murcia que desarrolla la Ley regional sobre juegos de suerte, envite o azar) estableciendo la doctrina de la necesidad del dictamen del Consejo de Estado cuando se reglamenten por la Comunidad Autónoma materias reguladas por las normas estatales, y su innecesariedad en aquellas otras materias reguladas exclusivamente por normas dictadas por la Comunidad, dentro del ámbito de su competencia. Otras muchas Sentencias —añade la Sentencia aquí anotada— han admitido la validez de las disposiciones reglamentarias de las Comunidades Autónomas en aquellos casos en que el dictamen preceptivo del Consejo de Estado ha sido omitido, pero existe, en cambio, dictamen emitido por el órgano consultivo correspondiente de la Comunidad, en cuyo sentido cita la STS (Sala de Revisión) de 24 de noviembre de 1989, que declaró eficaz un Reglamento en que el dictamen había sido sustituido por el de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad Catalana. La Sentencia anotada considera cumplida la exigencia de la preceptividad del dictamen, por cuanto existen otros informes jurídicos procedentes de la Administración activa autonómica.

STS 19 diciembre 1989

Menciona el TS la STS (Sala de Revisión) de 24 de noviembre, que a través de la interpretación conjunta del principio de autonomía y del carácter voluntario de la consulta de las Comunidades Autónomas (que la Sentencia aquí anotada acata solamente en aras del principio de seguridad jurídica) llega a la conclusión que el párrafo segundo del artículo 23 LOCE, al disponer que el dictamen será preceptivo para las Comunidades Autónomas, en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes, permite entenderlo como una remisión al dictamen de un órgano consultivo equivalente en la propia Comunidad.

STS 1 junio 1990

Considera el TS que una norma regional complementaria de una Ley Básica estatal no necesita del informe del Consejo de Estado. Dice que una norma regional complementaria de una Ley Básica estatal no puede nunca ser informada —a menos que lo solicite la Comunidad Autónoma, y aun es discutible que pueda hacerlo en este caso— por un órgano consultivo estatal. Porque ello, añade, supondría someter a control de oportunidad del Estado la política regional en la materia de que se trate. Aduce que reglamento ejecutivo es una cosa y reglamento complementario —que no ejecutivo, que no de desarrollo— de la Ley Básica es otra.

STS 27 julio 1990

Falta el preceptivo dictamen del Consejo de Estado, pues, al tratarse de un Reglamento ejecutivo, derivado de una ley del Estado, aquél es exigible (arts. 22.3 y 23 LOCE). No es jurídicamente válida la argumentación de que el Órgano consultivo que ha de evacuar el dictamen

está situado fuera de la organización administrativa que tramita el procedimiento, por lo que sigue diciendo la apelante «dicho dictamen se desnaturaliza para convertirse en un trámite distinto de vigilancia externa, tesis que el TS no acepta, pues el Consejo de Estado actúa en los dictámenes de referencia dentro de su competencia con arreglo a normas de Derecho administrativo, no políticas, siendo la tesis sostenida por la Generalidad de Cataluña contraria a lo dispuesto en el artículo 23.2, siendo que dicho trámite se trasforma en un trámite de vigilancia externa, con el fin concreto de inspeccionar la actividad administrativa autonómica, como si ésta perteneciera a una organización territorial distinta a la del Estado donde aquella se integra; pues nunca el Consejo de Estado tiene la misión de revocar, reformar o anular por sí mismo los actos sometidos por ley a un dictamen, aunque pueda conforme a ella, y en su caso, instar del Gobierno de la Nación la actuación de los mecanismos constitucionales de control».

STS 27 noviembre 1990

Considera el Tribunal Supremo (como ya sostuvo la STS 6 de junio de 1988) que es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado como previo a la aprobación de un Reglamento procedente de la Comunidad Autónoma, que dicte en ejecución de ley estatal, aunque llegara a entenderse que no sucederá otro tanto para los Reglamentos dictados en exclusiva ejecución de leyes autonómicas independientes, tesis que resulta congruente con la mantenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1987, 23 de octubre de 1987 y 6 de junio de 1988, las cuales estimaron necesario el informe del Consejo de Estado para los Reglamentos dictados en ejecución de leyes del Estado, y que no atentan a la propia autonomía, ni a la autoorganización, ya que no supone sino la consagración de la debida armonización en el territorio del Estado, cuando se desarrollan leyes del mismo, y que reputamos necesaria.

