

# La caracterización constitucional del Consejo de Estado

*SUMARIO*; I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONSEJO DE ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN. III. REFERENCIAS CARACTERIZADORAS DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA LEY ORGÁNICA 3/1982, DE 22 DE ABRIL. IV. UNA REFERENCIA BREVE A LA TIPOLOGÍA DE LOS ÓRGANOS. V. EL CONSEJO DE ESTADO, ÓRGANO DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL. VI. EL CONSEJO DE ESTADO, ÓRGANO CONSULTIVO QUE REALIZA UNA FUNCIÓN DE CONTROL PREVENTIVO. VII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio es el indagar las notas caracterizadoras del Consejo de Estado, para lo cual ha de acudirse no sólo a lo que la Constitución proclama, sobre todo, pero no únicamente, en el artículo 107, sino, además, en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril. Constituyen las leyes orgánicas una de las innovaciones introducidas por la Constitución, para considerar como tales «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral y las demás previstas en la Constitución» y precisamente, como expresión de la función principal que el Consejo de Estado desempeña en el conjunto de las instituciones públicas, el artículo 107, después de

calificar al Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno, remite a una ley orgánica para regular su composición y competencia. Aunque no han faltado autores que han considerado las leyes orgánicas como una categoría intermedia entre las leyes ordinarias y la Constitución, no parece que la relación entre ley orgánica y ley ordinaria se sitúe en un arco de jerarquía normativa, sino que determinadas materias ha entendido el constituyente que debían reservarse a una ley orgánica, precisamente por la relevancia de su contenido. Es el caso de la Ley orgánica del Consejo de Estado, por la relevancia de este órgano y la función que a él se encomienda. El artículo 107 de la Constitución hace una expresa remisión a la ley orgánica, después de calificar al Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno, remite a la ley orgánica la regulación de la composición y competencia de dicho órgano.

El Consejo de Estado no es una creación de la Constitución, pero ésta ha dado al Consejo rango constitucional, afirmando así tanto su existencia en el Estado que proclama la Constitución como algunas de sus competencias, pero defiriendo a la Ley Orgánica la regulación de competencias y funcionamiento.

La inclusión del Consejo de Estado en la Constitución, después de debatirse si debía acogerse en el texto constitucional o deferirlo al legislador ordinario, es un dato no irrelevante para la caracterización del Consejo de Estado. Se puede extraer como consecuencia importante que los constituyentes deliberadamente constitucionalizaron el Consejo de Estado; supuso, como ha destacado DE LA QUADRA-SALCEDO («El Consejo de Estado en un Estado Social y Democrático de Derecho», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I) la constitucionalización del Consejo de Estado, la asignación al mismo de rango constitucional, y el reconocimiento a su función de una relevancia constitucional, que se hace más patente cuando al Consejo de Estado, se le asigna, en su función consultiva, según el texto constitucional y la Ley Orgánica a la que el constituyente remitió la determinación de su competencia, la intervención consultiva respecto de los anteproyectos de ley, en los términos definidos en la Ley Orgánica, y de lo que se tratará en el curso de este estudio sobre la caracterización constitucional del Consejo de Estado.

Corresponde al Consejo de Estado, en el ejercicio de la función consultiva que a él ha atribuido la Constitución y por remisión de la misma, la Ley Orgánica, la comprobación o verificación, desde postulados, sobre todo, de legalidad, si las opciones políticas, plasmadas en los correspondientes antepro-

yectos legislativos, se desenvuelven dentro del marco propio que al legislador asigna la Constitución, pero no sólo de las reglas y procedimientos que dirigen y conforman la acción legislativa, sino, además, de los principios y valores que conforman un Estado social y democrático de Derecho, tal como proclama y prescribe la Constitución, desde el primero de sus artículos.

El objeto del presente estudio se realizará atendiendo a la caracterización que del Consejo de Estado se hace en el artículo 107 y por remisión, a la caracterización, que resulte, sobre todo, de las funciones que la Ley Orgánica hace al definir sus competencias.

## II. EL CONSEJO DE ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN

A) La Constitución se ocupa del Consejo de Estado en dos preceptos: en primer lugar y con carácter principal, en el artículo 107, ubicado dentro del Título IV, dedicado al Gobierno y a la Administración; en segundo lugar, en el artículo 153, contenido en el Título VIII, que se ocupa de la organización territorial del Estado.

En el primero de los artículos mencionados se contiene una caracterización del Consejo de Estado, desde una perspectiva funcional, y de posición o rango, al definirlo como «el supremo órgano consultivo del Gobierno». En el segundo de los preceptos mencionados (el art. 153) se confiere al Consejo de Estado una función relevante en el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas, encomendada al Gobierno, por cuanto se establece la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado, para que el gobierno pueda desarrollar el indicado control del ejercicio de funciones delegadas transferidas a las Comunidades Autónomas, en los términos que autoriza constitucionalmente el artículo 150.2. Se atribuye así al Consejo de Estado una función de relevancia constitucional en el diseño y operatividad del modelo autonómico del Estado.

B) Lo primero que ha de destacarse a los fines de la caracterización del Consejo de Estado es que el mismo se ha incorporado a la Constitución mediante la definición de sus rasgos fundamentales en el artículo 107, lo que confiere a este órgano una dimensión constitucional, ya en su más alta significación, que podrá llevar a plantearse si se trata de un órgano constitucional, o si, su cita y expresión de su cometido en el texto constitucional, le confiere tan sólo relevancia constitucional, cuestión que se abordará más adelante.

La primera nota caracterizadora que resulta del artículo 107 es la de que el Consejo de Estado es un órgano supremo, a la que sigue la nota segunda caracterizadora, cual es la de tratarse de un órgano que ejerce una función consultiva y, por último, que el destinatario de tal función consultiva o en términos más precisos, los dictámenes en que se hace real la función consultiva, es el Gobierno, uno de los sujetos que rubrican el Título en que se ubica el artículo 107. Así, podría concluirse con este solo criterio interpretativo de esta materia que el Consejo de Estado se caracteriza constitucionalmente como órgano consultivo del Gobierno, pero no de la Administración, tesis que, sin embargo, en una consideración de conjunto, no puede defenderse.

Lo relevante es que el constituyente de 1978 ha incluido en la Constitución, siguiendo una tradición, al Consejo de Estado. En el proceso de elaboración de la Constitución prevaleció la opinión de mantener y configurar constitucionalmente al Consejo de Estado, encomendándole, además de sus competencias tradicionales, una función consultiva relevante en el supuesto de control por el Gobierno del ejercicio de competencias por las Comunidades Autónomas, del ejercicio de las funciones delegadas a que se refiere el artículo 150.2.

El artículo 150.2, comprendido dentro del Capítulo dedicado a las Comunidades Autónomas, en el título que la Constitución dedica a la Organización territorial, permite al Estado transferir o delegar a las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal, lo que ha de entenderse comprende tanto facultades legislativas como ejecutivas. Pues bien, el artículo 153 atribuye al Gobierno Central el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las funciones delegadas (no de las transferidas), si bien se introduce constitucionalmente que se requerirá dictamen del Consejo de Estado, dictamen preceptivo y no vinculante, pero cuya omisión impide el ejercicio de la potestad de control atribuido al Gobierno. El control del Gobierno es de ejercicio posible en el caso de competencias delegadas, pero no es extendible el precepto para el caso de funciones transferidas. La delegación se configura como un acto político, que entraña una sucesión en un ámbito competencial público, que mantiene en el Gobierno, no en el Legislativo, un control sobre el objeto de la delegación, control en el que se inserta, por prescripción constitucional, el dictamen que debe recabarse del Consejo de Estado, y que, como tal dictamen previo al ejercicio de una potestad de control, se configura, sin dejar de ser un acto

emanado de un Órgano consultivo, con un cierto carácter de control preventivo de la acción del Gobierno.

### III. REFERENCIAS CARACTERIZADORAS DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA LEY ORGÁNICA 3/1982, DE 22 DE ABRIL

El artículo 107 de la Constitución remite a una ley orgánica la regulación de su composición y competencia. De este modo, por efecto de la Ley Orgánica a la que el constituyente define la fijación y competencia del Consejo de Estado, se configura éste:

A) Como un supremo órgano consultivo, que configura como un órgano consultivo de estructura colegiada, en el que una parte de sus miembros, los llamados Consejeros natos, son a la vez titulares de otras organizaciones públicas, integradas o no en la estructura del Estado. Así acontecerá con el Presidente del órgano colegiado a que se refiere el artículo 131.2 de la Constitución, previsto constitucionalmente como órgano de asesoramiento y auxilio en la elaboración de los instrumentos de planificación de la actividad económica general. Se trata de un órgano de carácter asesor y consultivo, auxiliar del Gobierno, al ser colaborador de él en la elaboración de los proyectos de planificación. Se trataría de un órgano colegiado, previsto constitucionalmente pero no de necesaria constitución en tanto no se elija en los objetivos políticos una política de planificación. El actual Consejo Económico y Social, creado y en funcionamiento, no es al que alude el artículo 131.2 de la Constitución y, por tanto, su Presidente no pertenece a la estructura colegial del Consejo de Estado.

Sí pertenecen a la estructura orgánica del Consejo de Estado: a) El Fiscal del Estado; b) el Presidente de la Junta de Jefes del Estado Mayor; c) el Presidente del Consejo General de la Abogacía; d) el Presidente de la Comisión General de Codificación; e) el Director del Servicio Jurídico del Estado; f) el Director del Centro de Estudios Constitucionales; g) el Director de la Real Academia Española y los Presidentes de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas, y de Jurisprudencia y Legislación.

Estos Consejeros llamados «natos» constituyen con los «electivos» y los «permanentes», el Pleno que es el órgano supremo del Consejo de Estado. Se trata, desde esta perspectiva, de un Consejo colegiado, del que pasarán a formar parte, en uno de

los órganos, el pleno, conformándose mediante titulares de otros órganos, si bien los componentes del pleno no son las entidades de que proceden, sino los individuos que ostentan su representación máxima. No son las organizaciones a las cuales pertenecen los miembros del Consejo, sino las personas en sí y por sí, por lo que no cabe su sustitución en el «colegio» por los que, en la organización o entidad de procedencia, les sustituyan accidental o duraderamente.

B) El artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1980 afirma, reproduciendo la fórmula constitucional, que el Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno, pero se queda como formulación insuficiente, si se atiende, sobre todo, a lo que dice el artículo 22, referida a la competencia de la Permanente, que en algunas de sus formulaciones se concibe el Consejo de Estado como órgano consultivo de la Administración del Estado. Y aún más si se atiende a lo que dice el artículo 23, que concibe al Consejo de Estado como órgano consultivo de las Comunidades Autónomas en aquellos asuntos en que, por su competencia o experiencia, lo estimen conveniente.

El Consejo de Estado se concibe así en su Ley Orgánica como órgano consultivo, no sólo del Gobierno, sino también de la Administración y no sólo de la Administración del Estado, sino también de las Administraciones Autonómicas y de las Administraciones Locales. Sin embargo, nada se opone a que las Comunidades Autónomas, en uso de su potestad de autoorganización, como expresión primaria y elemental de su autonomía, se doten de un órgano consultivo, para la asistencia jurídica de la Administración no sólo autonómica sino también de los Ayuntamientos y Diputaciones. Tal posibilidad ejercitada por buen número de Comunidades Autónomas, no impide, sin embargo, según la dicción legal del artículo 23 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, que tales Gobiernos o Administraciones Autonómicas, para sí o para las Entidades Locales, consulten al Consejo de Estado en aquellos asuntos en que, por la especial competencia o experiencia del mismo, lo estimen conveniente.

En efecto, la intervención del Consejo de Estado puede ser sustituida por los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas cuando se prevea. Así lo declaro el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 26 de noviembre de 1992, al afirmar que «la intervención del órgano autonómico excluye la del Consejo de Estado, salvo que la Constitución, los Estatutos de Autonomía, o las leyes autonómicas establezcan lo contrario.

En este punto el Consejo de Estado, en Dictamen 1495, de 3 de noviembre de 1994 (*Recopilación de Doctrina Legal*, año 1994,

núm. marginal 25). Se dice en este Dictamen, según el extracto de doctrina del mismo, lo siguiente: «Para que la intervención de un órgano consultivo autonómico excluya la intervención del Consejo de Estado, además de la específica previsión legal contenida en la Ley autonómica en tal sentido, es precisa la concurrencia de otras condiciones: la primera, que sea una ley estatal la que prevea la alternativa de poder evacuarse la consulta bien por el Consejo de Estado bien por el órgano consultivo autonómico, y, la segunda, que este último consultivo sea homologable o se asemeje, en lo tocante a sus características orgánicas y funcionales, a las del Consejo de Estado, asegurándose así «su independencia, objetividad y cualificación técnica», en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1993.

Esta alternativa está prevista en algunas leyes estatales, como es la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en los artículos 102 y 103, referidos el primero a la revisión de actos nulos, y el segundo a la revisión de actos anulables. También se prevé tal posibilidad en alguna ley sectorial, como es la Ley del Suelo y Ordenación urbana, Texto Refundido de 26 de junio de 1992, artículo 129, referido a la modificación de planes que tuvieren por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres (debe tenerse en mente el efecto anulatorio inherente a las sentencias recaídas en procesos de constitucionalidad, lo dispuesto en la STC de 20 de marzo de 1997, que no altera, sin embargo, la idea expuesta). Ha dicho el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de julio de 1987, que la trascendental importancia de las zonas verdes para un adecuado desarrollo de la vida ciudadana, junto a los conocidos peligros que sobre ellas se ciernen, ha dado lugar a establecer unas garantías adicionales, hasta el punto de que se llevan a las más altas cumbres de la Administración tanto activa como consultiva.

C) Se configura así el Consejo de Estado en su Ley Orgánica como un órgano consultivo, independiente de la Administración activa, al que incumbe, según reza el artículo 2, velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, al que deberán ser consultados —consulta preceptiva— los asuntos que reseñan los artículos 21 (consulta al Consejo de Estado, en pleno) y 22 (consulta al Consejo de Estado en comisión permanente) de la Ley Orgánica y, potestativamente, en todos aquellos asuntos de Gobierno o Administración, en que la Autoridad consultante lo considere conveniente, por la especial competencia o experiencia del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado en su función consultiva vela, como se ha dicho, por la observancia de la Constitución y el resto del

Ordenamiento Jurídico. Pero corresponde también al Consejo de Estado valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia, cuando lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la Autoridad consultante. Realiza, así, el Consejo de Estado un control (en el sentido que se estudia más adelante) de legalidad o legitimidad y un control de oportunidad. Legalidad o legitimidad y oportunidad hacen referencia al grado de vinculación con normas preestablecidas o al grado de libertad del Gobierno o de la Administración actuante. El Consejo de Estado hace una verificación más intensa cuando se trata de una actividad reglada, pero esto no excluye, antes al contrario es propia de la función del Consejo de Estado, verificar también la oportunidad, si bien su función de control preventivo es más tenue, cuando se trata de valorar los aspectos de oportunidad o conveniencia, excepto cuando pueden ser objeto de análisis jurídico, acudiendo a los parámetros que configuran la actividad discrecional.

Un listado de supuestos de consulta preceptiva del Gobierno, por referirse a competencia más del Gobierno que de la Administración, es el contenido en el artículo 21, referido en buena parte a actuaciones que al Gobierno corresponde, según prescripciones constitucionales, en lo atinente a la elaboración de las leyes (anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales; anteproyectos de ley que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del propio Consejo de Estado), o las que según el listado del artículo 22 (competencia de la Comisión Permanente) es preceptiva la consulta de los anteproyectos de ley orgánica de transferencia o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas. También es preceptiva la consulta al Consejo de Estado (en comisión permanente) cuando se trate, por el Gobierno, del control del ejercicio de funciones delegadas por el Estado a las Comunidades Autónomas, o cuando el Gobierno impugne disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional). La misma Constitución atribuye al Poder Legislativo y, en su caso, al Gobierno una relevante intervención en materia de Tratados Internacionales (arts. 93 y 94), respecto de la cual se establece la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado, en los términos que dice el artículo 21 de la Ley Orgánica 3/1980 (dudas y discrepancias que surjan en la interpretación o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales), (problemas jurídicos que suscite la interpretación o cumplimiento de los actos y resoluciones emanadas de las organizaciones internacionales o supra-



nacionales) o en los términos del artículo 22, también de la citada Ley Orgánica, a cuyo tenor la Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en todos los tratados o convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado.

D) La función consultiva del Consejo de Estado —y esto es importante para la caracterización constitucional del Consejo de Estado— se proyecta en velar por la Constitución, lo que se conecta directamente con la proclamación, en el artículo 9.1 de la Constitución, de que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico. Este ejercicio de la función consultiva está presente con un carácter general en el artículo 2 de la Ley Orgánica 3/1980, a cuyo tenor «en el ejercicio de la función consultiva el Consejo de Estado velará por la observancia de la Constitución». Esta dimensión constitucional de la función consultiva está presente en distintos preceptos de la mencionada Ley Orgánica. Así, la dimensión constitucional de la función consultiva está presente en los artículos 21.2 (consulta de anteproyectos de ley), 22.4 (consulta de anteproyectos de ley orgánica de transferencia o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas), 22.6 (impugnación de disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional). En efecto, el Consejo de Estado en virtud de lo previsto en los mencionados preceptos de la Ley Orgánica, a la que el constituyente ha remitido para definir la competencia del Consejo, realiza una función consultiva, con rasgos, además, de una función de control previo, en materia de inconstitucionalidad, de conflictos de competencia y de impugnación de disposiciones o resoluciones (Título V de la LOTC). Mediante esta consulta, que 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 la acción de impugnación, o del conflicto, o en tiempo ulterior a la formalización de la misma, el Gobierno recaba un asesoramiento al Consejo de Estado. También en el listado de otras competencias consultivas del Consejo de Estado, preceptivas, aunque no vinculantes, se sitúa la preceptividad de la consulta respecto de leyes orgánicas de transferencia y delegación, y también en el control de ejercicio de facultades delegadas por el Estado a las Comunidades Autónomas, tal como previene el artículo 153.b) de la Constitución. En efecto, este precepto, al referirse al control de la actividad de las Comunidades Autónomas, establece el control del Gobier-

no, previo dictamen del Consejo de Estado, del ejercicio de las facultades delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150 de la Constitución.

Especial relevancia constitucional adquiere el Consejo de Estado en aquellos supuestos de consulta preceptiva, aunque no vinculante, relacionada con los procesos constitucionales, y respecto de anteproyectos de leyes orgánicas de transferencia o delegación y otros anteproyectos de ley.

Paremos la atención en la función consultiva en relación con procesos constitucionales.

A) 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 interpuesto (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 dictamen 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 favo-

nable —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.

B) También adquiere relevancia constitucional el Consejo de Estado, en cuanto participa mediante su función consultiva respecto de las leyes orgánicas de transferencia o delegación.

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 citar 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. 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 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-SUNÉ LLINAS). Una y otra son revocables requiriendo ley orgánica, esto es, el Estado podría recuperar las competencias cedidas que dejará 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 (LAGUNA). Es esta opinión la que parece ha prevalecido en la práctica legislativa, pues mediante leyes orgánicas el Estado ha transferido 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 sujeto 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). Puede 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.

C) Por último, citemos aquí completando las consideraciones que se hacen en otro lugar, la competencia consultiva del Consejo de Estado en materia legislativa, en cuanto entraña una cooperación —vía consultiva— en el proceso de producción 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 estatales de 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. 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-jurídica 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 formación 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.

E) También tiene una dimensión constitucional la competencia del Consejo de Estado, en cuanto conectada al regular

ejercicio de la función reglamentaria y de la función ejecutiva —presente en la redacción del artículo 97 de la Constitución—. En efecto, aunque no se cite explícitamente en el texto constitucional, las funciones que el artículo 97 de la Constitución atribuye al Gobierno, requieren de la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado, así lo establece el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, a cuyo tenor el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado es preceptivo respecto de las disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución de las leyes, así como de sus modificaciones. La consulta al Consejo de Estado es una indudable función de control preventivo de las exigencias del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 de la Constitución) y de regularidad del procedimiento de la elaboración de las disposiciones generales [arts. 129 a 132, de la Ley 17 de julio de 1958, cuya vigencia ha sido expresamente salvada por la Disposición Derogatoria 2.b) de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre].

F) En el ejercicio de la función consultiva corresponde al Consejo de Estado velar por la observancia del Ordenamiento Jurídico. En el ejercicio de su función consultiva sobre proyectos (o anteproyectos) de disposiciones reglamentarias (art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980) la verificación encomendada al Consejo se proyecta tanto sobre el procedimiento de elaboración de la disposición, velando por la regularidad del mismo, como del contenido sustantivo del proyecto (o del anteproyecto) o de la propuesta de resolución, sometida a la verificación en que consiste la función consultiva. La consulta o asesoramiento previo solicitado del Consejo, atribuye al órgano consultivo supremo el estudio, examen o análisis del proyecto consultado desde todos los aspectos: los de constitucionalidad y de legalidad, pero también los de técnica normativa, y los de oportunidad, conveniencia y eficacia. Destacadamente intenso es el control sobre el procedimiento, por cuanto los vicios de procedimiento, aun cuando no conduzcan irremediamente a la nulidad de la disposición o a la nulidad o anulabilidad de los actos, cumple siempre la verificación de la corrección jurídica del procedimiento, una función garantista que coadyuva a la buena actuación de los Poderes Públicos y a la protección de las garantías formales de los ciudadanos. El procedimiento es así una garantía tanto del interés público como de los derechos e intereses de los particulares. El dictamen del Consejo de Estado, como vehículo de la función consultiva encomendada al mismo, cumple una función garantista, y, en cierto modo, de control previo, tanto del interés público como de los derechos e intereses de los particulares.



G) El Consejo de Estado, mediante sus dictámenes que son la expresión de la función consultiva, no emite una manifestación de voluntad, sino una declaración de juicio. Esto es, una opinión razonada, en forma solemne sobre los asuntos sometidos a su consideración. Por regla general, los dictámenes y la opinión contenida en ellos no son vinculantes para la Autoridad consultante, pero son siempre expresión de un juicio colegiado de un órgano que, como el Consejo de Estado, tiene su reconocimiento en la misma Constitución (art. 107) y la regulación de su funcionamiento y competencia en una Ley Orgánica, a la que la propia Constitución ha remitido. Aunque la solicitud de dictamen no confiere a éste un carácter vinculante, pues la Autoridad consultante puede apartarse del juicio expresado en el dictamen, es revelador de que puede situarse, sin violencia, como una modalidad de control preventivo, de modo que mediante la obligación de la Autoridad consultante, si se apartara del dictamen, de que lo exprese así en la propia disposición o acto, mediante la conocida fórmula de «oído el Consejo de Estado» se hace público la discrepancia con la opinión de un órgano consultivo de relevancia constitucional. Tiene esta fórmula un claro mensaje de que el reglamento o acto ha sido contra el parecer del Consejo de Estado, lo que, sin entrañar una vinculación para la Autoridad consultante, sí introduce un juicio previo de que tal disposición o acto no cumple las exigencias que el Ordenamiento jurídico establece al respecto. El dictamen desfavorable no tiene en sí mismo un efecto invalidatorio del reglamento o del acto, a diferencia de la sanción jurídica que comporta la omisión del dictamen, que es la de nulidad cuando se trata de reglamento, o la anulabilidad cuando se trata de actos, para los que siendo preceptiva la consulta al Consejo de Estado, ésta no ha sido solicitada.

En los casos en que el dictamen del Consejo de Estado es preceptivo y, pese a ello, el acto que se dicta por la autoridad consultante, no haya sido precedido de consulta, se incurre al dictarlo o aprobarlo (acto o reglamento) en vicio de tal entidad que se sanciona jurídicamente como supuesto de nulidad, no susceptible de convalidación. Tal conclusión no es, sin embargo, trasladable al supuesto de consulta preceptiva referida a anteproyectos de Ley, pues como ha dicho el Consejo de Estado en su dictamen de 8 de julio de 1982 (*Recopilación de Doctrina Legal*, año 1982, núm. marginal 68) no tiene efecto invalidante por la doble razón de que las leyes no son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa y de que la suprema calidad representativa de las Cortes Generales tiene la virtualidad de convalidar

cualquier defecto que no revista caracteres de inconstitucionalidad.

H) Especial relevancia tiene la consulta al Consejo de Estado en los casos de revisión de oficio, regulada en los artículos 102 (revisión de actos nulos) y en el artículo 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (revisión de actos anulables), por cuanto el primero de los artículos citados requiere, para que pueda procederse a la nulidad, previo dictamen favorable del Consejo de Estado, u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere; preceptividad que en la regulación actual del artículo 103, si bien exige el dictamen, no requiere que sea favorable para que la Administración declare la anulación. Se trata de una diferencia respecto de la regulación precedente (art. 110 de la Ley de 17 de julio de 1958), que disminuye las garantías tanto para el interés general como para el destinatario o favorecido por el acto cuya revisión por anulabilidad se pretende.

La intervención del Consejo de Estado en lo que se refiere a la revisión de oficio, intervención preceptiva tanto en los supuestos de nulidad como en los de anulabilidad, pero sólo vinculante, en el sentido de que la nulidad no puede declararse si el dictamen del Consejo de Estado es desfavorable, convierte al dictamen del Consejo de Estado en un requisito necesario, configurador de un supuesto intenso de control, hasta el punto de que se haya podido decir que se trata de una competencia compartida o confluyente, en la decisión de nulidad. En realidad es así, por cuanto la Administración activa no puede, contra el dictamen del Consejo de Estado —que cumple así una función garantista—, declarar la nulidad, quedándole tan sólo la vía del proceso de lesividad, de modo que la garantía que pudo encomendarse al Consejo de Estado en los términos de la legislación precedente, se cumple mediante la garantía jurisdiccional del proceso de lesividad (revisión de actos anulables y también de actos nulos) de la Ley 30/1992).

#### IV. UNA REFERENCIA BREVE A LA TIPOLOGÍA DE LOS ÓRGANOS

A) La doctrina especializada en el ámbito de las organizaciones públicas acostumbra a establecer distintos criterios tipificadores de los órganos públicos.

Así, desde una perspectiva o punto de vista estructural, los órganos propios de las organizaciones públicas estatales se suelen distinguir entre «órganos constitucionales» y «órganos no consti-

tucionales», concepto este último distinto de órganos no constitucionales y órganos inconstitucionales.

Una primera nota caracterizadora de los órganos constitucionales es que se sitúan en el vértice de la organización estatal y como tal estén previstos en la Constitución. Desde otra perspectiva, la esencialidad de los órganos para la subsistencia de un determinado modelo de Estado, esto es, que sean depositarios del ejercicio de funciones indispensables para la vitalidad misma del Estado, se sitúa en el núcleo definidor de los órganos constitucionales. En un Estado que se rija por una forma de gobierno constitucional, presidida por el principio de división de poderes, tal vez sólo merezcan, en rigor, la calificación de órganos constitucionales los titulares de esos poderes, esto es, las Cámaras legislativas, el Gobierno, y los componentes del Gobierno, y tal vez el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, pero no el Consejo General del Poder Judicial, por cuanto no desempeña una función jurisdiccional, sino tan sólo una función de gobierno, aunque, ciertamente, en nuestro Derecho al estar previsto en la Constitución (art. 122) y tener atribuida una función en el sistema político, cual es la de Gobierno del Poder Judicial, podría, sin violencia, considerarse al Consejo General del Poder Judicial como órgano constitucional.

Otro criterio o punto de vista para la caracterización de los órganos según un criterio estructural, es la que distingue entre órganos individuales y órganos colegiados. Los primeros están constituidos por una sola persona o por varias personas pero que obran separada e individualmente, mientras que los colegiados están constituidos por una pluralidad de personas (por lo menos tres, según el antiguo aforismo *tres faciunt collegium*), que desarrollan colegiadamente, sus funciones.

También, desde el punto de vista estructural, es importante el criterio caracterizador de órganos representativos y de órganos no representativos. El Consejo de Estado pertenece a esta segunda categoría, sin que altere tal calificación la presencia en su seno de los Consejeros natos.

B) Desde el punto de vista funcional, el criterio de mayor relevancia es el que distingue entre órganos activos, órganos consultivos, órganos deliberantes y órganos de control. No obstante este último punto de vista, pueden centrarse en un órgano, esencialmente consultivo, que realice a través del acto expresión de la consulta, una función de control preventivo, entendiéndose por control preventivo el que se produce antes de que el acto se realice o antes que el acto produzca sus efectos, distintos del control *a posteriori*, para algunos autores, control

represivo, que es el que se realiza tras que el acto ha adquirido la cualidad de definitivo en el sentido de acto que pone fin a un procedimiento.

Mediante la función consultiva se vela por la observancia de la Constitución y del resto del Ordenamiento Jurídico, ejerciéndose así una forma de control preventivo, más intensa cuando el dictamen del órgano consultivo es determinante para la adopción de los actos de la Administración, como ocurre en el caso del dictamen preceptivo establecido en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, referida al ejercicio de la potestad de revisión de los actos incurso en nulidad de pleno derecho, según las causas de nulidad absoluta tipificadas en el artículo 62 de la Ley que acaba de citarse.

## V. EL CONSEJO DE ESTADO, ÓRGANO DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 59/1990, de 29 de marzo, ha declarado —frente a la pretensión de algunas Comunidades Autónomas de su participación en el Tribunal de Conflictos que cuando se trata de los conflictos entre la Administración y la Jurisdicción, a resolver por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales y del que forman parte tres miembros del Consejo de Estado— éste tiene «en realidad el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece», resultado así de su composición y de sus funciones consultivas que se extienden también a las Comunidades Autónomas.

Se configura así el Consejo de Estado por el Tribunal Constitucional en una posición sobresaliente, en el marco de las instituciones públicas. Se trata de un órgano que, además de mencionado en la Constitución en los artículos 107 y 153, no entraña una mera relevancia formal, sino una relevancia sustantiva, pues aunque el Consejo de Estado no ejerce funciones indispensables para la vitalidad del mismo Estado (legislativa, jurisdiccional y ejecutivas, atribuidas a las Cámaras, a los Tribunales y al Gobierno) coadyuva desde una misión preventiva garantizadora —más que auxiliar— al recto ejercicio de las funciones esenciales del Estado. Se trata el Consejo de Estado de un órgano que, en tareas propias del Ejecutivo, emite dictámenes, obligatorios en los supuestos que la Constitución y la Ley Orgánica a la que remite el constituyente para definir su competencia así lo establezca, que, aun no siendo vinculantes, mo-

dulan de algún modo los productos normativos o singulares propios de la actuación del Gobierno (y por extensión de las Administraciones Públicas), puesto que el Gobierno, o la Administración, si bien pueden apartarse del juicio consultivo del Consejo de Estado, tiene que hacerlo patente mediante la fórmula de «oído el Consejo de Estado», por oposición a la fórmula «de acuerdo con el Consejo de Estado».

La calificación de órgano de relevancia constitucional implica, sin embargo, una calificación que rebaja la caracterización real del Consejo de Estado como «órgano constitucional».

## VI. EL CONSEJO DE ESTADO, ÓRGANO CONSULTIVO QUE REALIZA UNA FUNCIÓN DE CONTROL PREVENTIVO

Obviamente, el Consejo de Estado es un órgano consultivo (el supremo órgano consultivo del Gobierno y de la Administración), pero esto no excluye su caracterización, además, como órgano de control, por cuanto realiza una función de control preventivo. Así lo ha sostenido PARADA VÁZQUEZ (en *Documentación Administrativa*, núm. 226 ) cuando dice que «la intervención del Consejo de Estado no parece impuesta tanto por la necesidad del asesoramiento técnico que sus dictámenes puedan comportar, sino con una finalidad cuasifiscalizadora, orientada a que el Gobierno y la Administración sigan en esas materias el parecer del Consejo de Estado, so pena y sanción de que sus actuaciones, o bien no sean válidas, si se omite la petición de informe, o sufran una cierta desautorización material —no formal—, porque la decisión contraria a los dictámenes es válida, pero incurso en una desautorización material, que puede influir cuando el producto normativo o el acto administrativo, se residencia en las instancias jurisdiccionales a las que corresponde el control repressivo de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, en los términos que proclama el artículo 106 de la Constitución.

No es ahora la ocasión para extenderse en qué es el «control», pero sí para indicar que el control atribuido al Consejo de Estado dentro de una formulación general de su función consultiva implica, en primer lugar, una actividad jurídica dirigida a verificar si la actuación del sujeto consultante, y plasmada en la «propuesta de resolución, cuando se trata de actos administrativos, y en el «anteproyecto de ley», cuando se trata de consulta referida a leyes,

o en el «proyecto de reglamento cuando el objeto de la consulta es un proyecto reglamentario, si la actuación del Gobierno o de la Administración, según la amplia casuística de los supuestos en que la consulta es preceptiva según lo que, en síntesis, se ha dicho anteriormente, es o no conforme con los cánones o reglas jurídicas, debe desenvolver la actuación del Gobierno o de la Administración.

Pero no es esencial el control, en su propia significación, la actuación mediante el cual el sujeto controlante impide al controlado la prosecución de la actuación disconforme con el parámetro que define la función propia del órgano al que está atribuida la función consultiva, y eventualmente impide al controlado la prosecución de la actuación y, eventualmente, le sanciona por la ya realizada, o bien, en caso de que la actuación controlada se haya ajustado a lo previsto en el Ordenamiento Jurídico, otorga su aprobación a la misma. Puede darse, pero esto no es, por lo general, la propia de la función consultiva que, como hemos dicho, realiza una función de control preventivo, aunque no faltan supuestos en que el dictamen del Consejo de Estado impide al consultante una actuación que se considera no conforme con el Ordenamiento Jurídico (supuesto de los dictámenes que, además de preceptivos, son determinantes de la actuación administrativa).

Son los supuestos en que la «garantía» es compleja y está constituida por dos elementos: primero dirigido a comprobar o verificar la adecuación de la «propuesta de resolución» o del «anteproyecto o proyecto de disposición general» a las reglas jurídicas, normas y principios, que rigen la potestad normativa, la potestad reglamentaria, o la potestad ejecutiva, traducida en actos administrativos. El mecanismo de garantía es propio del control represivo, pero no es de esencia al control preventivo, que es el que realiza, por lo general, el Consejo de Estado. El control es uno de los mecanismos de garantía, que se completa con el elemento sancionador. Cuando el dictamen del Consejo de Estado no impide el acto, si la Administración se aparta del juicio técnico jurídico que emite el Consejo de Estado, el acto no es inválido, aunque presupone una tacha de ilegalidad que afectará, no a la validez del acto, en sí mismo, sino a su credibilidad ante los eventuales juicios que corresponden a los órganos de la jurisdicción competente, ordinariamente y por modo general, la jurisdicción contencioso-administrativa. El dictamen del Consejo de Estado tiene un componente sustancial de verificación, independiente de la consecuencia ulterior. En este sentido FORTI (*controlli dei amministraciones comunali*), ha destacado

que en el lenguaje jurídico se entiende por control una actividad de *riesame* de la actividad de otros, esto es, un examen de la actuación de otros, a la luz de determinadas normas o principios, que es tanto como decir del Ordenamiento Jurídico.

Efectivamente, desde el punto de la lógica jurídica, el control lleva en sí mismo la idea de control de una actuación previa, pero en el caso del Consejo de Estado no se pronuncia sobre actos o textos normativos acabados, sino sobre proposiciones de actos o anteproyectos y proyectos de ley o reglamento, lo que no impide que realice un control o verificación previa, que no constreñirá, en términos legales, el poder del Gobierno o de la Administración, pero que advierte al consultante o alerta a los eventuales destinatarios de la norma o del acto de que, a juicio relevante del Consejo de Estado, la disposición o el acto no se ajusta al Ordenamiento Jurídico.

La consulta al Consejo de Estado se configura como la obligación impuesta al Gobierno o a la Administración de requerir su opinión antes de ejercer su potestad de gobierno de formular, en los casos previstos, anteproyectos de ley, o proyectos de reglamentos o antes de dictar un determinado acto administrativo. Puede conceptuarse como un procedimiento de control preventivo, que se hace más intenso y hasta determinante en los casos de dictamen vinculante o de dictamen obstativo. La opinión que expresa el Consejo de Estado no deja de tener su significación de acto de control previo, aunque de intensidad distinta, según el carácter del dictamen, vinculante o no, pero aun en estos casos no deja de ejercer un control preventivo, aunque de intensidad menor. El juicio que expresa el Consejo de Estado no es un acto administrativo, sino es un juicio que, por lo general, en Derecho no obliga al órgano competente para dictar el acto. Se trata de algo más que una formalidad previa, irrelevante, pues la no solicitud del dictamen, en los casos en que es preceptiva, vicia al reglamento o al acto dictado, de invalidez.

## VII. CONCLUSIONES

El Consejo de Estado es un órgano colegiado supremo, que no pertenece a la Administración activa, pues actúa con independencia orgánica y funcional, para garantizar su objetividad e independencia. Vela, desde su función consultiva, por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, pero puede alcanzar la función consultiva a valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia, cuando lo exija 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.

Es un órgano de relevancia constitucional y desarrolla, mediante dictámenes, una función de control previo, más intensa o plena cuando la solicitud de dictamen, además de preceptivo, es vinculante, o habilitante de una determinada actuación administrativa.