

Manuel Rebollo Puig
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Córdoba

El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado

SUMARIO: I. CUADRO GENERAL DE LAS INTERVENCIONES DEL CONSEJO DE ESTADO EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE POTESTADES NORMATIVAS. II. LA EXIGENCIA DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS EJECUTIVOS. III. EN PARTICULAR, EL CONCEPTO DE REGLAMENTO EJECUTIVO A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 22.3 LOCE. IV. DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. V. LOS CRITERIOS DE LOS DICTÁMENES RELATIVOS A DISPOSICIONES GENERALES. VI. VALIDEZ O INVALIDEZ DE LAS DISPOSICIONES GENERALES DICTADAS CON OMISIÓN DE LA CONSULTA PRECEPTIVA AL CONSEJO DE ESTADO. ADDENDA.

I. CUADRO GENERAL DE LAS INTERVENCIONES DEL CONSEJO DE ESTADO EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE POTESTADES NORMATIVAS

La Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (en lo sucesivo, LOCE), de conformidad con lo previsto en el artículo 107 CE, establece los supuestos en que el Consejo de Estado debe ser consultado. De los artículos 21 y 22, que enumeran respectivamente los casos en que el dictamen corresponde al Pleno y a la Comisión Permanente, sólo nos interesan aquí los que guardan relación directa con el ejercicio de potestades normativas lo que, de acuerdo con la remisión del artículo

lo 130.3 LPA de 1958, sitúa la intervención del Consejo de Estado como un trámite dentro del procedimiento de elaboración de disposiciones generales.

A) Atendiendo al tipo y rango de la norma objeto de la consulta y prescindiendo a estos efectos de cuál sea el órgano del Consejo, Pleno o Permanente, que haya de informar, podemos distinguir los siguientes supuestos de dictamen preceptivo, aunque nunca vinculante, en la elaboración de normas:

a) La elaboración de las leyes, informando sus anteproyectos, en estos casos:

— cuando hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales (art. 21.2 LOCE);

— cuando se trate de anteproyectos de leyes orgánicas de transferencias o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas (art. 22.4 LOCE);

— cuando los anteproyectos de ley afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado (art. 21.6 LOCE).

b) Decretos legislativos (arts. 21.1 LOCE y 10.4 LRJAE), en todo caso, ya sean textos articulados o refundidos, y con independencia de la materia sobre la que versen¹.

c) Reglamentos en tres tipos de supuestos:

— cuando se dicten en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales (art. 22.2 LOCE), supuesto que, como ha declarado el TS, no se da por el simple hecho de que el reglamento deba tener en cuenta esas normas internacionales²;

— cuando afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado (art. 21.6 LOCE)³. Singular es

¹ Vid. T. DE LA QUADRA-SALCEDO, «La delegación legislativa en la Constitución», en la obra colectiva coordinada por S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, I, pág. 395; y E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Fiscalización jurisdiccional de los Decretos Legislativos», en la misma obra y tomo, págs. 408-409.

² Así, la STS de 13 de marzo de 1996 (Ar. 2126) declara que no es necesario el dictamen del Consejo de Estado cuando la norma «no se produce en desarrollo, cumplimiento o ejecución de tratado internacional, si bien deba tener en cuenta lo dispuesto en ellos, muy particularmente el de Adhesión a las Comunidades Europeas».

³ En el dictamen 44991, de 15 de febrero de 1983 (Rec. 70) se afirma que «el artículo 21.6 LOCE... constituye una garantía de la autonomía orgánica y funcional del Consejo de Estado, y, aunque el dictamen deba versar sobre cuestiones que afectan personalmente a Consejeros y Letrados del citado Órgano Consultivo, no se estima que exista causa de inhibición,

el caso del Reglamento orgánico de ejecución y desarrollo de la LOCE que, según la disposición final tercera de la propia Ley, debe ser aprobado por el Gobierno «a propuesta del Consejo de Estado»⁴: para esta norma, pues, no basta un simple dictamen sino que es necesaria una propuesta de manera que el Consejo, además de la iniciativa, tiene una intervención determinante en la elaboración de la norma;

— cuando se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones (arts. 22.3 LOCE y 10.6 LRJAE). Es éste el supuesto más frecuente y, al mismo tiempo, el que mayores problemas jurídicos suscita, tanto por lo que se refiere al ámbito de este supuesto de consulta preceptiva como a su régimen, razones por las cuales le prestaremos preferente atención en las siguientes páginas.

B) Situación diferente es la de los tratados o convenios internacionales que sólo requieren dictamen del Consejo de Estado en cuanto a la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado (art. 22.1 LOCE), exigencia que «se contrae a los supuestos señalados en el artículo 94.1 CE, siendo innecesario en todos los demás porque se mantiene incólume al respecto la facultad de concluir Tratados que con carácter general corresponde al Gobierno»⁵. El Consejo ha flexibilizado este requisito al no considerar preciso recabar el dictamen sobre supuestos singulares de tratados que se adapten a un modelo previamente informado⁶. En cualquier caso, como se comprenderá, esta intervención del Consejo no afecta propiamente a la elaboración de la norma y responde a necesidades y principios diferentes a los supuestos de dictámenes preceptivos que aquí se analizarán.

C) En el cuadro descrito no introduce cambios la disposición adicional primera de la Ley 8/1994, de 19 de mayo:

El Consejo de Estado deberá ser consultado sobre las normas que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo del Derecho Comunitario Europeo, de conformidad y en los términos establecidos en su propia Ley Orgánica.

toda vez que es el propio texto legal el que exige se emita un dictamen que, en otro caso, sería imposible evacuar».

⁴ Así se hizo en la elaboración del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado (en adelante, ROCE), aprobado por RD 1674/1980, de 18 de julio, y modificado por RD 1405/1990, de 16 de noviembre.

⁵ Dictamen 43320, de 23 de abril de 1981 (Rec. 52). Con todo, aclara, «cuando surjan dudas sobre la concreción de los supuestos enumerados en el artículo 94.1 CE, deberá también ser requerido el dictamen del Consejo de Estado, en congruencia con el artículo 22.1 de su Ley Orgánica».

⁶ Dictamen 49144, de 16 de mayo de 1986 (Rec. 2; en el mismo sentido cita el 43320).

Pese a que la misma LOCE (arts. 21.10 y 22.19) permite que otras leyes —sin explicitar que hayan de ser orgánicas— prevean nuevos supuestos de consulta preceptiva, no es ése el caso de la transcrita disposición adicional que se limita a aclarar y recordar la necesidad de solicitar el dictamen cuando proceda «de conformidad y en los términos» establecidos en la misma LOCE. En consecuencia, las normas españolas que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo del Derecho Comunitario requerirán o no el dictamen, el del Pleno o el de la Permanente, en función de otros factores y clasificaciones (según sean leyes, decretos legislativos o reglamentos; según desarrollen Tratados —Derecho originario— o no; según ejecuten o no, al mismo tiempo, una ley, etc.)⁷.

D) Junto a los supuestos de consulta preceptiva, el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro puede acordar solicitar dictamen del Consejo de Estado en otros asuntos cuando lo estime conveniente (art. 24.1 LOCE), facultad que encuentra terreno propicio en la elaboración de anteproyectos de ley y proyectos de reglamento no comprendidos en los artículos 21 y 22.

E) Otras competencias del Consejo de Estado pueden recaer eventualmente sobre normas —igual que podrían referirse a actos— y suponer la existencia de dictámenes preceptivos. Pero ninguno de estos casos afecta propiamente al ejercicio de potestades normativas, sino al control o anulación de normas ya aprobadas.

Así, por ejemplo, el «control del ejercicio de funciones delegadas por el Estado a las Comunidades Autónomas» [art. 22.5 LOCE que plasma lo previsto en el art. 153.b) CE] podrá versar sobre las más diversas actuaciones autonómicas y, en concreto, sobre normas cuando aquellas funciones delegadas sean precisamente normativas.

De igual modo debe referirse el artículo 22.6 LOCE que exige la consulta para «la impugnación de las *disposiciones* y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional». El precepto parece evocar la impugnación prevista en los artículos 161.2 CE y 76 y 77 LOTC, pero no resulta difícil justificar una interpretación amplia y, así, el propio Consejo de Estado ha entendido que también deben incluirse los recursos de inconstitucionalidad contra disposiciones

⁷ Lo único singular aquí es la asimilación jurisprudencial (STS de 14 de septiembre de 1994, Ar. 6969) de los Reglamentos comunitarios a las leyes españolas en cuanto a la exigencia del dictamen en la elaboración de reglamentos nacionales que se dicten para la ejecución de aquellos, tema del que nos ocuparemos luego (*vid. infra* II.5).

autonómicas⁸. Para este dictamen el artículo 22.6 establece una regla peculiar pues permite que sea solicitado «con carácter previo o posterior a la interposición del recurso. En este último caso, el Gobierno acordará, en la misma sesión, interponer el recurso y formular la consulta». Sin duda, el dictamen posterior a la interposición del recurso pierde en parte su eficacia⁹, pero también la conserva en parte¹⁰ pues, además de aportar en su caso «nuevos argumentos de colaboración al proceso constitucional»¹¹, podrá dar origen al desistimiento del mismo¹². En cualquier caso, tanto si es previo como si es posterior, los órganos legitimados podrán interponer o mantener el recurso en contra del dictamen¹³.

Incluso el dictamen exigido para la revisión de oficio (arts. 22.10 LOCE y 102 y 103 LAP) afecta no sólo a actos, sino a los reglamentos, si es que se admite que éstos pueden ser objeto de tal vía administrativa de anulación. La posibilidad de

⁸ Dictamen 43347, de 14 de mayo de 1981 (*Recopilación de Doctrina Legal*, referencia 37): «... la discriminación entre los conflictos constitucionales y los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes no ostentan la nitidez suficiente, en los casos en que se enfrenta el Estado con una Comunidad Autónoma como para excluir que el artículo 22.6 LOCE sea aplicable también a los recursos de inconstitucionalidad». En este sentido, e incluyendo con acierto los conflictos de competencias. C. RUIZ MIGUEL, *Consejo de Estado y consejos consultivos autonómicos*, Madrid, 1995, pág. 146. Por contra, no creo acertada su tesis según la cual el artículo 22.6 LOCE también obligaría a las Comunidades Autónomas que desearan plantear uno de estos procesos constitucionales, *loc. cit.*

⁹ Incluso el dictamen 43910, de 17 de febrero de 1981 (Rec. 44), dice: «parece evidente que la emisión del dictamen ha de ser anterior a la interposición del recurso, si se quiere que la consulta cumpla con las funciones que se han expresado». *Vid.* también J. J. LAVILLA RUBIRA, voz «Consejo de Estado» en la *Enciclopedia jurídica básica*, I, pág. 1481.

¹⁰ *Vid.* J. M. RODRIGUEZ OLIVER, «Las competencias consultivas del Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas», *REDA*, núm. 33 (1982), pág. 274. Este mismo trabajo está también publicado en la obra colectiva *Organización territorial del Estado*, Madrid, 1984, IV, págs. 2705 y ss., y en *Homenaje a García-Trevijano Fos*, Madrid, 1982, págs. 375 y ss.

¹¹ «El dictamen del Consejo de Estado puede servir para aportar al Tribunal Constitucional nuevos argumentos de colaboración al proceso constitucional...», como dice el 43910, de 17 de diciembre de 1981 (Rec. 44); sin embargo, tal dictamen «no tiene por qué ser remitido al Tribunal Constitucional si éste no lo solicita expresamente al amparo del artículo 88.1 LOTC» (44625, de 18 de noviembre de 1982, Rec. 59).

¹² Dictamen 44625, de 18 de noviembre de 1982 (Rec. 59): «El presente dictamen sólo puede desplegar su eficacia en los casos en que se considere que la cuestión es notoria y manifiestamente infundada, por lo que se estima conveniente que el Gobierno desista del proceso entablado». Es lo que ocurre en el caso: «... existen razones jurídicas suficientes para desistir del conflicto constitucional planteado, dada la claridad de la cuestión y la sobrecarga de procesos que penden ante el TC». Otros supuestos de dictámenes recomendando el desistimiento pueden verse en D. V. BLANQUER CRIADO, *Consejo de Estado y autonomías. La función consultiva como garantía de los ciudadanos y de la autonomía local*, Madrid, 1994, págs. 20-21, notas 6 y 7.

¹³ Este dictamen, dice el Consejo de Estado en el 44014, de 4 de marzo de 1982 (Rec. 54), «en nada afecta a la potestad del Presidente del Gobierno, único legitimado para interponer el recurso...» que puede «apartarse del dictamen del Consejo de Estado que, en estos supuestos, no tienen carácter vinculante...».

revisar de oficio los reglamentos, que resulta dudosa tras la LAP¹⁴, ha sido aceptada por el propio Consejo de Estado que en sesión plenaria de 30 de noviembre de 1995 entendió subsistente «la posibilidad de que la Administración, de oficio o a instancia de cualquiera, declare con efectos retroactivos la nulidad de una norma reglamentaria por el procedimiento establecido en la Orden de 12 de diciembre de 1960, que se considera vigente»¹⁵. De consolidarse esta interpretación que, pese a todo, resulta discutible, encontraríamos en este procedimiento otra competencia relevante del Consejo de Estado sobre las normas, pero no exactamente en el ejercicio de las potestades normativas, que es lo que aquí nos ocupará.

II. LA EXIGENCIA DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS EJECUTIVOS

1. La LOCE, en su artículo 22, dispone:

La Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos:

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

Completa este precepto el artículo 10.6 LRJAE que atribuye al Consejo de Ministros competencia respecto a los «reglamentos para la ejecución de las leyes, *previo dictamen del Consejo de Estado*».

Estos dos artículos, sobre todo el primero (o su equivalente en la anterior LOCE de 25 de noviembre de 1944, art. 17.6) han dado origen a una amplia doctrina que, pese a retrocesos y vacilaciones, ha ido perfilando el significado de este mandato legal.

2. Ha de tratarse de «reglamentos o disposiciones de carácter general». Quedan así excluidos los actos administrativos, aunque sean generales (STS de 9 de diciembre de 1976, Ar. 7210), y las instrucciones de servicios o normas que no se integran propia-

¹⁴ Vid. L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 6.ª ed., 1995, pág. 459; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 7.ª ed., 1995, pág. 215; y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «La revisión de oficio», en la obra colectiva dir. por J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, págs. 289 a 291.

¹⁵ Consejo de Estado. *Memoria 1995*, págs. 165 y ss., donde se recogen las discrepancias que había en el mismo seno del Consejo de Estado.

mente en el ordenamiento jurídico general, por más que la alusión a las «disposiciones de carácter general» permitiría, en teoría, una interpretación amplísima que las incluyera pero que nadie ha sostenido. Nunca se ha hecho tampoco el intento de excluir de este concepto de reglamento del artículo 22.3 LOCE a los llamados «elementos normativos desgajados» que, sin embargo, sí ha utilizado el TS para eximir del informe de la Secretaría General Técnica ¹⁶.

La referencia simultánea a «reglamentos» y «disposiciones de carácter general» no es significativa ni obliga a replantear de ninguna forma el concepto mismo de reglamento que es siempre una disposición de carácter general. El artículo 17.6 LOCE de 1944 hablaba de «reglamentos generales» lo que dio origen a interpretaciones restrictivas que ya el Consejo de Estado, en su Moción de 22 de mayo de 1969 ¹⁷, intentó atajar. Aclaraba esta Moción, de un lado, que no podía limitarse la intervención del Consejo a aquellas normas que la Administración denomina formalmente «reglamentos» sino que incumbía a cualesquiera disposiciones administrativas normativas, sea cual fuere su nombre oficial. Insistía, por otro lado, en que la adjetivación de «general» sólo pretendía excluir a los reglamentos locales, de manera que era «reglamento general» el aprobado por la Administración del Estado y aplicable en todo el territorio nacional. Sólo a evitar aquellos equívocos y dejar clara la misma interpretación de la Moción de 1969 tiende la redacción de 1980 al referirse a «reglamentos o disposiciones de carácter general».

3. Es irrelevante el rango del reglamento. Así se ha entendido siempre y así lo ratifica el TS: se exige el dictamen «cualquiera que sea... la forma, el rango o contenido que estos reglamentos posean, debiéndose subrayar además la peculiaridad de que cuando la autoridad que ejerce la potestad reglamentaria sea un Ministro —en los casos limitados en que esta posibilidad subsiste tras la Constitución— la omisión del dictamen del Consejo de Estado sería, si cupiera, de mayor relevancia formal dado que la competencia misma del Ministro para expedir el

¹⁶ Así, entre otras, SSTS de 20 de septiembre de 1988 (Ar. 7233) y 25 de febrero de 1994 (Ar. 6352 de 1995) por entender, «trasladando un concepto acuñado en cierto sector doctrinal» (fundamentalmente J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. MEILÁN GIL), que un elemento normativo desgajado es una «unidad jurídica intermedia entre el acto y la norma» ante el que «el procedimiento formalizado de los artículos 129 y siguientes no es exigible, o lo es de forma menos rigurosa que cuando de verdaderos reglamentos se trata». Si esto se llevara a sus últimas consecuencias, también podrían eximirse del dictamen del Consejo de Estado pero, salvo error, este concepto nunca se ha aplicado con tal finalidad.

¹⁷ Publicada en la *Recopilación de doctrina legal del Consejo de Estado* de 1968/69, págs. 42 a 66, y en la *RAP*, núm. 69 (1972), págs. 469 a 489.

reglamento en forma de Orden Ministerial depende del sentido del referido dictamen por cuanto, cuando el Ministro disienta de él, debe elevar el asunto a la deliberación colegiada del Consejo de Ministros...» de conformidad con el artículo 2.5 LOCE (STS de 23 de diciembre de 1991, Ar. 302 de 1992).

4. Pese a que la LOCE habla exclusivamente de «leyes» siempre se acepta que lo único importante es que el reglamento ejecute una norma con rango de ley. Es irrelevante que se trate de una Ley ordinaria u orgánica, o de un Decreto-ley o de un Decreto Legislativo (STS de 16 de junio de 1984, Ar. 3909).

Por contra, no es ejecutivo y, por tanto, no requiere dictamen del Consejo de Estado el reglamento que desarrolla o completa a otro reglamento anterior de superior jerarquía¹⁸. Esta exclusión plantea problemas en cuanto que es posible que ambos reglamentos sean, en definitiva, ejecución de una norma de rango legal¹⁹. Con carácter general sólo cabe decir que esta exclusión del artículo 22.3 LOCE no puede convertirse en un subterfugio para eximir del dictamen a reglamentos que realmente son ejecución de una norma legal por el mero hecho de que, entre aquellos y ésta, exista otro reglamento.

5. Consideración aparte merece la necesidad de dictamen de los reglamentos que desarrollan el Derecho Comunitario²⁰, cuestión que, como dijimos, la Ley 8/1994 obliga a resolver conforme a lo establecido en la LOCE. En la medida en que se produzcan reglamentos que desarrollen los Tratados constitutivos, necesitarán el dictamen del Consejo de Estado en virtud del artículo 22.2 LOCE. En cuanto al Derecho derivado, sólo parece necesario recoger la STS de 14 de septiembre de 1994 (Ar. 6969) para los reglamentos nacionales que ejecuten reglamentos comunitarios: «... si bien el extremo de que ahora se trata no se encuentra previsto expresamente en la LOCE, nos encontramos ante una norma dictada por el Gobierno que desarrolla un Reglamento o

¹⁸ En contra o, al menos, en un sentido más amplio J. M. BOQUERA OLIVER, «Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos», *REDA*, núms. 40-41 (1984), pág. 11: reglamentos ejecutivos son los que «desarrollan a las leyes o a otros reglamentos de superior jerarquía».

¹⁹ Sobre la jurisprudencia que excluye de la exigencia del dictamen a los reglamentos que desarrollan otros y su crítica, *vid.* J. A. SANTAMARÍA PASTOR y L. PAREJO ALFONSO (dirs.), *Derecho Administrativo. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1989, págs. 93-94. *Vid.* también J. J. SEBASTIÁN LORENTE, «El dictamen del Consejo de Estado sobre reglamentos. Casuística y sistemática jurisprudencial», *Actualidad Administrativa*, núm. 8/22-28 febrero 1993, pág. 138.

²⁰ *Vid.* C. RUIZ MIGUEL, *Consejo de Estado y consejos consultivos...*, cit., pág. 141, y R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Madrid, 1992, pág. 69, nota 48, aunque ambos referidos al derogado artículo 4 de la Ley 47/1985, de 27 de diciembre.

conjunto de Reglamentos de la Comunidad Europea que tienen fuerza vinculante para las autoridades españolas en términos superiores a los propios de las leyes». Tras ello, distingue: «... en ningún modo podría mantenerse que es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado si el Real Decreto se limitase pura y simplemente a transcribir al Derecho interno los mandatos de la norma comunitaria. Pues en tal caso ello equivaldría a exigir que se recabara informe del Consejo de Estado respecto a la aplicación directa de una ley...»; por el contrario, si hay más que esa transcripción, se hace necesario el dictamen: «En tales condiciones, el Real Decreto... presenta unas características que lo hacen rigurosamente equivalente a los Reglamentos dictados para ejecución de las leyes...». Por otra parte, no hay especialidades por el hecho de que el reglamento nacional sea transposición de directivas o se dicte para dar cumplimiento a las obligaciones estatales surgidas de las directivas: éstas no alteran las relaciones entre leyes y reglamentos (principio de autonomía institucional), de manera que, al margen de la repercusión que en el contenido de la norma nacional tenga lo establecido en la directiva, el reglamento que se dicte requerirá el dictamen del Consejo de Estado si es ejecución de una ley española.

6. Requieren el dictamen tanto los reglamentos que ejecutan toda una ley, como los que lo hacen respecto a una parte, aunque sea un solo precepto, o los que se conectan con un conjunto de leyes. Nada de esto tiene trascendencia para la aplicación del artículo 22.3 LOCE como destacaba la ya citada Moción de 22 de mayo de 1969 y ha admitido el TS: «la propia finalidad perseguida con la audiencia del alto órgano consultivo, de garantía de acierto en la sujeción jurídica a la ley del reglamento o disposición general que la desarrollan y amplían, aconseja que ha de ser exigible tanto cuando se realice este cometido respecto de la totalidad de la ley como una parte de ella» (SSTS de 1 de octubre de 1985, Ar. 4530; 26 de junio de 1986, Ar. 3581, y de 5 de abril de 1988, Ar. 2614, entre muchas que, sin pronunciarse expresamente, exigen el dictamen a reglamentos que desarrollaban partes reducidas de una ley).

7. La exigencia del artículo 22.3 LOCE no depende de que el reglamento sea el primero que ejecuta una ley: necesitarán el dictamen también los sucesivos reglamentos que sustituyan o modifiquen al que inicialmente realizó esa operación. La reiterada Moción de 1969 y la STS de 4 de noviembre de 1975 (Ar. 4878) refuerzan esta conclusión con el principio del *contrarius actus*. No obstante, tratando de cerrar el paso a interpretaciones restrictivas y desviadas, la LOCE de 1980 incluyó expresamente las «modi-

ficaciones» de los reglamentos ejecutivos²¹. El mismo trato hay que dar a los reglamentos que se limitan a derogar un previo reglamento ejecutivo. Así lo ha entendido el Consejo de Estado con un razonamiento sólido (dictamen 45.332, de 1 de junio de 1983, Rec. 72) y así creo que debe mantenerse como regla general pese a que la STS 9 septiembre 1985 (Ar. 4283) resolvió en sentido contrario.

8. Pero el aspecto capital y más problemático del artículo 22.3 LOCE, el que define de manera esencial los reglamentos a que se refiere el precepto, es el que circunscribe la exigencia del dictamen de la Comisión Permanente a aquellos «que se dicten en ejecución de las leyes».

Tal expresión legal, igual que la equivalente de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 1944, se ha considerado siempre alusiva al concepto de reglamento ejecutivo. Las dificultades comienzan al tratar de precisar este concepto que, pese a su tradición, no ofrece perfiles claros. Su análisis necesita una consideración especial que nos ocupará en el siguiente epígrafe. Digamos aquí tan sólo que el concepto de reglamento ejecutivo se inscribe en el marco de las relaciones intraordinamentales entre ley y reglamento, sin que sea exacto referirlo a los reglamentos de ordenamientos autónomos que se conecten con leyes de distinto ordenamiento²². En concreto, el supuesto contemplado en el artículo 22.3 LOCE hay que circunscribirlo, en principio y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23 de la misma Ley para las Comunidades Autónomas, a los reglamentos estatales o, todavía más restrictivamente, a los aprobados por la Administración del Estado, quedando fuera no sólo los reglamentos regionales y locales, sino también los que muy limitadamente pueden dictar algunos órganos constitucionales no encuadrados en la Administración²³.

9. En tanto que el reglamento encaje en las previsiones del artículo 22.3 LOCE necesitará el dictamen salvo supuestos excepcionales de urgencia en los que, concurriendo los requisitos

²¹ Con todo, no cabe descartar alguna excepción como la que recoge la STS de 17 de marzo de 1995 (Ar. 2646): no es preceptivo el Dictamen del Consejo para modificar un reglamento cuando la reforma es consecuencia de aceptar los requerimientos de incompetencia formulados al amparo de los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

²² L. COSCULLUELA MONTANER, *Manuel...*, cit., págs. 119 a 125, *passim*.

²³ Así, el artículo 142 LOPJ expresamente establece que el Consejo General del Poder Judicial en ningún caso necesitará la intervención del Consejo de Estado, tampoco para aprobar los reglamentos que en desarrollo de la propia LOPJ le corresponden de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 de la misma. *Vid.* L. TOLIVAR ALAS, *Derecho Administrativo y Poder Judicial*, Madrid, 1996, págs. 81 y 89. Lo mismo hay que concluir para el Tribunal Constitucional u otros órganos no administrativos con competencia reglamentaria.

del artículo 130.6 de la LPA de 1958, no sea suficiente la reducción de plazos prevista en el artículo 19 de la LOCE²⁴.

Con esa salvedad, la intervención del Consejo de Estado será preceptiva con independencia de que no lo disponga la Ley ejecutada y aunque ésta exija el informe de otros órganos consultivos²⁵ cuya intervención deberá ser anterior a la del Consejo de Estado²⁶ según se desprende del artículo 2.4 LOCE: «Los asuntos en que hubiera dictaminado el Pleno... no podrán remitirse a informe de ningún otro Cuerpo u órgano de la Administración del Estado. En los que hubiera dictaminado la Comisión Permanente sólo podrá informar el Consejo de Estado en Pleno». El Consejo ha reiterado este carácter final de su dictamen²⁷, considerando que incluso la aprobación de Presidencia del Gobierno establecida en el artículo 130.2 LPA debe producirse con anterioridad a la petición del dictamen del Consejo de Estado²⁸.

²⁴ Sobre este extremo se pronuncia, con una interpretación restrictiva del artículo 130.6 LPA, la aludida Moción de 22 de mayo de 1969, concluyendo que, con esta excepción, la urgencia sólo permite una «aceleración de los trámites» que, en suma, supone la reducción de plazos en los términos que ahora prevé el artículo 19 LOCE y que tanto el TS (sentencia de 17 de marzo de 1995, Ar. 2646) como el Consejo de Estado (dictamen 45853, de 17 de noviembre de 1983, Rec. 212) entienden en el sentido de que sólo el Gobierno o su Presidente, no los órganos de una Comunidad Autónoma, pueden imponer al Consejo plazos inferiores a quince días.

²⁵ Ya la Moción de 22 de mayo de 1969 afirmaba que «aunque la ley que deba ser ejecutada establezca trámites especiales y singulares para la redacción del reglamento ejecutivo, subsistirán las reglas generales, salvo exclusión expresa de la misma ley». Hoy, tal vez, ni siquiera quepa tan fácilmente esa exclusión singular decidida por la ley ejecutada, dada la remisión del artículo 107 CE a una ley orgánica para determinar las competencias del Consejo de Estado.

²⁶ Vid. J. J. SEBASTIÁN LORENTE, «El dictamen...», *op. cit.*, págs. 139-140.

²⁷ «Con posterioridad al dictamen del CE no cabe informe ni intervención consultiva alguna procedente de órganos de la Administración activa», dice el dictamen 44669, 14 de octubre de 1982 (Rec. 70), y en parecidos términos el 47451, 19 de junio de 1985 (Rec. 9). C. RUIZ MIGUEL, *Consejo de Estado...*, cit., pág. 138, afirma que incluso el dictamen del Consejo Económico y Social debe ser anterior. Lo mismo cabría decir en los casos en que debe informar el Consejo General del Poder Judicial pero nótese que el artículo 2.4 LOCE sólo se refiere a órganos de la Administración del Estado, no a los que están fuera de ella.

²⁸ Así, dictamen 45180, de 28 de abril de 1983 (Rec. 71 y 192): El trámite de aprobación por la Presidencia del Gobierno establecido en el artículo 130.2 LPA está incluido en el artículo 2.4 de la LOCE, debiendo producirse antes del dictamen de este Alto Cuerpo Consultivo «sin que el hecho de que la LPA utilice la denominación *aprobación* en el artículo 130.2 signifique otra cosa que la necesidad de que el pronunciamiento de la Presidencia del Gobierno sea positivo para que el procedimiento prospere». También dictamen 46168, de 1 de marzo de 1984 (Rec. 82): «no puede estimarse acertada la tesis... según la cual la aprobación prevista en el artículo 130.2 LPA sólo puede concederse a la vista del dictamen del CE. Lo cierto es precisamente lo contrario: el Consejo de Estado ha de dictaminar sobre el Proyecto de disposición... aprobado... por la Presidencia del Gobierno...». Con todo, me parece que esta interpretación es, como mínimo, discutible. Vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1988, pág. 811, donde se razona que esta aprobación no es propiamente un informe.

10. El proyecto dictaminado por el Consejo de Estado ha de coincidir sustancialmente con el que se eleve para su aprobación. Esto, unido al carácter final de su dictamen, hace que a veces el Consejo entienda procedente una segunda consulta²⁹. Pero el TS nunca lo ha considerado necesario: «no existe precepto explícito que establezca que después de sometido un proyecto de reglamento al dictamen del Consejo de Estado, cuando éste es preceptivo, le quede vedado al titular de la potestad reglamentaria la posibilidad de introducir en el texto definitivo de la disposición las modificaciones que entienda adecuadas en relación con su inicial proyecto» (STS de 6 de octubre de 1989, Ar. 3881 de 1992)³⁰.

Próximo es el supuesto en el que el Consejo de Estado se limite a poner de manifiesto algún defecto de procedimiento para que, tras la subsanación, se le solicite nuevo dictamen. Tampoco en caso de que no se le pida ese segundo dictamen detecta el TS un vicio. Así, la STS de 3 de julio de 1986 (Ar. 3853) se enfrentó con un reglamento del que el Consejo de Estado sólo afirmó que no procedía aprobarlo por faltar informes preceptivos y en el que, después, no se pidió un segundo dictamen: el Consejo de Estado «ha opinado que no procedía la elevación del proyecto al Consejo de Ministros, y eso constituye su dictamen, y el Gobierno puede seguirlo o resolver de otra forma, como lo ha hecho aprobando el proyecto, ya que nunca han sido ni son vinculantes estos dictámenes»³¹. Esta solución aconseja, aunque

²⁹ Así lo declaró en el dictamen 43984, de 11 de febrero de 1982 (Rec. 65): «Cuando después de dictaminado el expediente por el Consejo de Estado, se producen modificaciones legislativas que exigen reajustar el proyecto objeto de consulta, tiene lugar una novación del procedimiento que obliga a someter el expediente de nuevo a este Alto Cuerpo Consultivo, de acuerdo con el artículo 2.4 de la LOCE, máxime si en esa segunda fase han informado otros órganos». En el mismo sentido se pronunció con carácter más general, aunque también más matizado, en su *Memoria* de 1983: «El texto dictaminado por el Consejo de Estado es el que debe ser sometido a decisión, ya se acojan o no las observaciones formuladas por dicho Consejo. En el caso de que, en fase de deliberación o decisión, se produzcan en el texto consultado alteraciones distintas de las propuestas por el Consejo de Estado o se reconsideren aspectos que den lugar a adiciones, supresiones y, en general, a modificaciones, se sugiere que el Consejo de Ministros o el Ministro competente para dictar la disposición *valore prudentemente la entidad de tales modificaciones por sí, siendo preceptiva la consulta, procede solicitar un dictamen sobre las mismas...*». Vid. R. ALONSO GARCÍA, *Consejo...*, págs. 48 a 52.

³⁰ Lo reitera la STS de 8 de julio de 1994, Ar. 5677, y tiene su precedente en la de 15 de diciembre de 1972, Ar. 5133. Sólo en la STS de 10 de febrero de 1987 (Ar. 583), que recuerda R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado...*, pág. 49, pudiera verse alguna posibilidad porque, aunque no declara la nulidad del reglamento, fundamenta la validez en que el proyecto no había sufrido una «alteración sustancial» tras el dictamen del Consejo de Estado. Pero las SSTs posteriores que citamos cierran por completo esta posibilidad.

³¹ Igualmente, sobre la misma norma, SSTs de 21 de octubre de 1986 (Ar. 5498) y 2 de junio de 1987 (Ar. 3986). Vid. A. E. DE ASÍS ROIG, «Los efectos de la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado», *Poder Judicial*, núm. 16 (1989), págs. 58-59.

no sea lo más ortodoxo³², que el Consejo de Estado entre en los aspectos materiales de los proyectos que se le sometan incluso cuando observe vicios de procedimiento y hasta cuando ello pueda suponer que, contra lo dispuesto en el artículo 2.4 LOCE, informen tras él otros órganos³³.

III. EN PARTICULAR, EL CONCEPTO DE REGLAMENTO EJECUTIVO A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 22.3 LOCE

En buena medida el concepto de reglamento ejecutivo aparece como resultado de una clasificación de los reglamentos paralela a la que es clásica respecto a la costumbre por su relación con la ley: el reglamento, *secundum legem* sería el ejecutivo; *praeter legem*, el reglamento independiente; y *contra legem* el reglamento de necesidad.

Prescindiendo aquí del reglamento de necesidad, fácil parece afirmar en principio que el reglamento ejecutivo es el que ejecuta una ley previa, mientras que el independiente es el que se produce al margen de una regulación legal. De inmediato se observa, sin embargo, que las posibles relaciones entre ley y reglamento son más variadas, hasta el punto de comprender que el concepto mismo de reglamento ejecutivo tiene mucho de convencional, y que su frontera con el llamado reglamento independiente es en parte borrosa³⁴. El mismo TS ha hablado de la distinción «*quizá artificiosa* que separa los reglamentos ejecutivos de los independientes» (SSTS de 10 de mayo y de 19 de octubre de 1989, Ar. 3744 y 3882 de 1992). Más aún, en algún caso, precisamente al abordar la necesidad del dictamen del Consejo de Estado, ha afirmado, que «*todos los reglamentos de uno u otro modo son ejecutivos, en el sentido de desarrollar o aplicar las leyes, solas o en su sistema*» (STS de 17 de diciembre de 1982, Ar. 8039).

³² A. PÉREZ HERNÁNDEZ, *El Consejo de Estado*, Madrid, 1965, pág. 37, dice que si el Consejo de Estado observa que no se han respetado las reglas del procedimiento, especialmente si faltan informes preceptivos, debe devolver el expediente al Departamento de origen.

³³ La cuestión analizada es distinta de la resuelta por el artículo 18.3 LOCE (solicitud al órgano consultante de que complete el expediente) pues una cosa es observar defectos de procedimiento, lo cual es contenido normal de un dictamen, y otra observar que el expediente remitido es incompleto, supuesto en el que el Consejo de Estado no habrá emitido dictamen alguno.

³⁴ *Vid.* M. LÓPEZ BENÍTEZ, «Nuevas consideraciones sobre la posición del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas (Una reflexión a propósito de las SSTS de 17 de febrero y 6 de junio de 1988)», *REDA*, núm. 64 (1989), pág. 610.

Por ello entiendo que toda construcción sobre el ámbito de la potestad reglamentaria que parta de esta clasificación está condenada a la confusión: no sólo toma como premisa lo que, a lo sumo, pueden ser resultados, sino que se asienta sobre unos cimientos que no soportan el peso que pretende hacerse descansar sobre ellos. Pero aquí nuestra pretensión es mucho más modesta: decidir qué reglamentos requieren el dictamen previo del Consejo de Estado. Con todo, también este problema, que debía estar resuelto con claridad y sencillez, viene lastrado por la equívocidad del reglamento ejecutivo.

Algo contribuye a perfilar el concepto la ya clásica definición realizada por el propio Consejo de Estado en su Moción de 22 de mayo de 1969: «Reglamentos ejecutivos de las leyes en el sentido de los preceptos estudiados» (los que en aquél momento exigían el dictamen del Consejo de Estado) son aquellos «directa y concretamente ligados a una ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el reglamento». El TC ha definido de la misma forma el reglamento ejecutivo, siguiendo de manera casi literal a la citada Moción de 1969 (STC de 4 de mayo de 1982). También numerosas sentencias del TS, referidas precisamente al requisito del dictamen del Consejo de Estado, han acogido la misma definición, incluso citando la Moción de 1969 (así, STS de 22 de abril de 1974, Ar. 1921; 10 de diciembre de 1982, Ar. 7955). Debe retenerse la exigencia de que la conexión con la normal legal sea «directa y concreta» que la Moción reitera con diversas expresiones: el reglamento ejecutivo es «desarrollo y ejecución directa»; ejecuta «directa e inmediatamente una disposición legal». Por lo demás, las alusiones a la labor de completar, desarrollar, pormenorizar, aplicar... la Ley como sinónimos de ejecución de la Ley no consiguen delimitar con seguridad el concepto de reglamento ejecutivo.

Podemos partir de que es ejecutivo el reglamento en el que concurren estas dos características: primera, su contenido desarrolla la regulación ya establecida en una ley; y, segunda, se apoya o fundamenta en una previsión de la misma ley que autoriza o habilita a aprobarlo. En el extremo opuesto, es indudablemente independiente el reglamento en el que no se da ninguna de esas características: regula una materia no abordada por la ley y lo hace, además, sin una habilitación legal específica. Pero entre esos dos polos hay situaciones intermedias, reglamentos en los que se da una sola de las condiciones enunciadas.

Lo que ocurre es que los reglamentos, por su relaciones con la ley, pueden ser clasificados atendiendo a dos criterios diferentes: primero, según cuenten con una habilitación, autorización o remisión legal concreta o, por contra, carezcan de ella de manera que hayan de justificarse exclusiva y directamente en el artículo 97 CE u otra cláusula genérica de atribución de potestad reglamentaria; y, segundo, según su contenido material sea desarrollo de la regulación contenida en una ley o aborde una materia no regulada por la ley³⁵. Reducir estas dos clasificaciones a la única dicotomía reglamentos ejecutivos/reglamentos independientes es la fuente de las equívocas e incertidumbre que rodean a estos conceptos. Teniendo en cuenta estas dos clasificaciones y combinándolas se obtienen, en realidad, cuatro categorías posibles de reglamentos:

— *reglamento complementario y habilitado*: complementario de la regulación material ya contenida en la norma legal que, además, autoriza concretamente a la Administración para aprobarlo;

— *reglamento complementario espontáneo*: es decir, dictado para desarrollar la regulación de la ley pero sin que ésta haya habilitado a la Administración para aprobarlo³⁶;

— *reglamento «remitido» o «delegado»*: habilitado por la ley, pero cuyo contenido no desarrolla una previa regulación de aquélla que se limita a remitir la ordenación material al futuro reglamento (remisión o habilitación en blanco)³⁷;

— *reglamento independiente*: aprobado sin habilitación legal y para regular una materia no abordada por ley.

Planteada así la cuestión, las tres primeras categorías enunciadas podrían ser incluidas entre los reglamentos ejecutivos a los efectos del dictamen del Consejo de Estado exigido por el artículo 22.3 LOCE; sólo los del cuarto apartado estarían eximidos del dictamen previo del Consejo de Estado.

³⁵ En la misma dirección distingue entre reglamento ejecutivo desde una perspectiva formal y desde una perspectiva material R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado...*, cit., págs. 16-17 y 35 y ss.

³⁶ Sobre este concepto y en favor de la admisión de este tipo de reglamentos respecto a las leyes de ejecución administrativa me he pronunciado en «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *RAP*, núm. 125 (1991), págs. 114 a 116 y 155 a 158.

³⁷ La denominación de «reglamentos remitidos» para referirse a los que son resultado de una autorización legal en blanco la utiliza J. TORNOS MAS, «La relación entre la ley y el reglamento: la reserva legal y la remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», *RAP*, 100-102, I (1983), pág. 486. Al mismo tipo se alude al hablar de «reglamentos delegados», *vid.* R. ALONSO GARCÍA, *Consejo...*, pág. 24. Véase también A. EMBID IRUJO, «Potestad reglamentaria», *Revista vasca de Administración pública*, 29 (1991), pág. 104 y ss., que habla más genéricamente de «reglamentos dependientes de la Ley» entre los que estarían los reglamentos remitidos o delegados.

Sin embargo, ya hemos advertido que el concepto de reglamento ejecutivo, que obliga a utilizar el artículo 22.3 LOCE, tiene mucho de convencional e impreciso³⁸. Así, huyendo de todo dogmatismo al respecto, forzoso es reconocer que la jurisprudencia y el mismo Consejo de Estado, como también algunos autores, manejan con frecuencia un concepto más restringido de reglamento ejecutivo en lo que a la exigencia del dictamen se refiere. Expondremos brevemente estos «recortes» al concepto de reglamento ejecutivo.

a) FRECUENTE EXCLUSIÓN DE LOS REGLAMENTOS
«REMITIDOS» O «DELEGADOS» QUE SON RESULTADO
DE UNA HABILITACIÓN LEGAL EN BLANCO

Formulada esta misma idea positivamente, significa que sólo los reglamentos que desarrollan una regulación material contenida en norma de rango legal son realmente ejecutivos y sólo ellos requieren el dictamen del Consejo de Estado.

Ya hemos explicado que en nuestra opinión los reglamentos «remitidos» o «delegados» podrían considerarse incluidos en la exigencia del artículo 22.3 LOCE: son ejecutivos pues justamente se dictan por voluntad de la ley que llama a la colaboración normativa del Gobierno de manera que el reglamento ha de producirse en el marco previsto por la ley a la que «ejecutan». Añadiendo un nuevo argumento de orden procesal, BAÑO LEÓN distingue entre el reglamento independiente y aquel otro que es producto de una habilitación en blanco del legislador: frente al primero, el juez aplica directamente los límites constitucionales de la potestad reglamentaria pudiendo anularlos por sí mismo; ante el segundo, no puede invalidar la habilitación legal sino, en su caso, plantear la cuestión de inconstitucionalidad³⁹. Esta consecuencia de orden procesal es manifestación de diferencias más profundas sobre la conexión con la ley, diferencias que permiten incluirlo de lleno o, al menos, asimilarlo a estos efectos del artículo 22.3 LOCE, al reglamento ejecutivo⁴⁰.

³⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 2.ª ed., 1981, pág. 168, hablaba de «quebras casuísticas y convencionales» del concepto de reglamento ejecutivo en cuanto a la exigencia de intervención del Consejo de Estado.

³⁹ J. M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Madrid, 1991, pág. 164, y del mismo autor «Los ámbitos del reglamento independiente», en la obra colectiva coordinada por S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, I, pág. 421, nota 1.

⁴⁰ En este sentido, considerándolo reglamento formalmente ejecutivo, R. ALONSO GARCÍA,

Pero el mismo Consejo de Estado, en la ya mencionada Moción de 22 de mayo de 1969, parece pronunciarse en sentido contrario: «Los Reglamentos ejecutivos se distinguen, por otra parte, no sólo de los Reglamentos “independientes”, sino además de otras figuras como los... “Reglamentos delegados”»⁴¹.

El TS se muestra vacilante. Numerosas sentencias excluyen a los reglamentos basados en una remisión o habilitación en blanco de la exigencia del dictamen. Parten de una noción del reglamento ejecutivo más restringida: «Es presupuesto necesario para que un reglamento pueda ser calificado como dictado para la ejecución de una ley, que *le preceda una norma de dicho rango que contenga una regulación básica de la materia*, pendiente tan sólo de un desarrollo» para las «particularidades y detalles que se remiten a la potestad reglamentaria de la Administración, la cual entonces ha de actuar subordinadamente a aquellas *bases, directrices u orientaciones previamente determinadas por la ley*» (STS de 23 de junio de 1978, Ar. 162822). Así es incluso cuando el TS entiende adoptar un concepto amplio: «En tal sentido, el concepto de ejecución se ha delimitado con un talante abierto y consiste en desarrollar, particularizando por una parte y completando por otra, *normas de rango legal donde se contiene la regulación básica de la materia*» (SSTS de 10 de mayo y 16 de junio de 1989, Ar. 3744 y 3750 de 1992). Clara en esta dirección es la STS de 8 de julio de 1994 (Ar. 5677): la «amplitud que el contenido de la norma remisoría confiere al destinatario de la delegación... excluye la imprescindibilidad de la intervención previa del Consejo de Estado... que, en este caso, carece de referentes directos sobre los que materializarse, salvo los que deriven de la Constitución o del conjunto del ordenamiento». También es expresión de esta jurisprudencia la STS de 9 de julio de 1993 (Ar. 6187, en la que nos detendremos después al analizar los reglamentos organizativos): «será preciso, para calificar al posterior reglamento de ejecutivo, que la ley remita al reglamento la regulación de la materia de acuerdo con los *principios que ella misma impone*: sólo entonces podrá decirse

Consejo de Estado..., cit., págs. 35 y ss. También conduce a la misma conclusión el concepto que acoge G. GARCÍA ÁLVAREZ, «El concepto de reglamento ejecutivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en la obra colectiva coordinada por L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González-Pérez, Madrid, 1993, II, págs. 1501-1502, según el cual es reglamento ejecutivo el que haya de invocar una remisión normativa no recepticia de norma con rango legal.

⁴¹ Sin embargo, en algunos de sus dictámenes considera ejecutivos reglamentos que abordan una materia prácticamente no contemplada en la norma legal. Ejemplo de ello es el dictamen 46697, 31 de julio de 1984 (*Rec. Doctrina Legal* núm. 105): «La determinación de las áreas de conocimiento tiene el carácter de reglamento ejecutivo...».

que el reglamento “ejecuta” la ley». Igualmente pueden incardinarse en esta línea las SSTs de 9 de febrero de 1996 (Ar. 1812), 11 de mayo y 17 de noviembre de 1993 (Ar. 3610 y 8220) o las más antiguas de 22 de abril de 1974 (Ar. 1921), 22 de octubre de 1981 (Ar. 4634), 4 de febrero de 1982 (Ar. 834), 10 de diciembre de 1982 (Ar. 7955)...⁴².

Pero frente a ello, en otras ocasiones el TS ha considerado ejecutivos a los efectos del artículo 22.3 LOCE a reglamentos que no encontraban en la ley una regulación material que desarrollar; así pueden entenderse, aunque no siempre con una argumentación explícita, las SSTs de 23 de diciembre de 1991 (Ar. 302 de 1992), 1 de octubre de 1985 (Ar. 4530), 27 de diciembre de 1976 (Ar. 6041), 17 de noviembre de 1975 (Ar. 4402)...⁴³.

La verdad es que desde que se introduce el criterio de que la remisión en blanco permite aprobar reglamentos sin el dictamen del Consejo de Estado, la distinción entre los reglamentos sometidos a este requisito y los no sujetos a él se relativiza, se hace difusa y necesariamente casuística pues, pese a que otra cosa pueda pensarse en un plano abstracto, muchas veces dependerá de una apreciación subjetiva decidir si la ley contiene de manera elemental o principal el germen de la regulación que el reglamento debe desarrollar (reglamento ejecutivo) o si, por contra, se limita a enmarcar una remisión en blanco dando origen a un reglamento no ejecutivo. Dicho de otra forma: no es tan simple decidir cuándo hay una remisión en blanco o cuándo el reglamento desarrolla una regulación elemental y escuetísima ya contenida en la ley⁴⁴. Por ello no es de extrañar que la práctica de

⁴² *Vid.* sobre esta jurisprudencia R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado...*, cit., págs. 18 a 31.

⁴³ *Ibidem*, págs. 36 a 41.

⁴⁴ Esta dificultad se hace patente en muchos supuestos de reglamentos que establecen la detallada estructura de un órgano del que la ley sólo preveía su creación y, a lo sumo, sus rasgos y competencias más importantes (*vid. infra* sobre reglamentos organizativos, en especial la STS de 9 de julio de 1993). Pero también se presenta tal dificultad en otros campos. Piénsese, por ejemplo, en un reglamento sobre tintorerías, otro sobre talleres de automóviles y una Reglamentación técnico-sanitaria de productos lácteos, así como en sus relaciones con la Ley General de Defensa de los Consumidores, Ley de Industria y Ley General de Sanidad: ninguna de estas leyes nombra siquiera a las tintorerías, ni a los automóviles, ni a la leche, aunque sin duda permiten regular esos tres sectores; así podría entenderse que la regulación reglamentaria no tiene una regulación legal que desarrollar, pormenorizar... sino que cuentan sólo con una autorización en blanco; pero también cabe sostener, y probablemente es más exacto, que tales leyes contienen los principios generales de la actuación administrativa en esas materias, que señalan a esos reglamentos y a otros muchos los fines de proteger de determinada forma los intereses de los consumidores, garantizar la seguridad de los productos industriales, o preservar la salud pública, que establecen los deberes generales de los ciudadanos al respecto así como las potestades de la Administración, y que esos tres reglamentos del ejemplo no son más que una concreción de la regulación legal para las peculiaridades de cada una de las actividades

la Administración resulte desconcertante y que los administrados invoquen con posibilidades de éxito casi imprevisibles la falta de dictamen del Consejo de Estado ⁴⁵.

b) EXCLUSIÓN DE LOS REGLAMENTOS APROBADOS TRAS UNA DESLEGALIZACIÓN

La Moción del Consejo de Estado de 1969 también excluía a estos reglamentos: «Tampoco son reglamentos ejecutivos... las disposiciones emanadas de la Administración que regulan materias anteriormente ordenadas por ley, pero que han quedado degradadas genéricamente y por tiempo indefinido por una disposición de rango legal... En estos supuestos de degradación normativa de una materia o deslegalización, los Reglamentos que se dicten *no suelen ser por regla general ejecutivos*, porque no desarrollan, ni completan, ni detallan o ejecutan otros preceptos legales».

Igual criterio ha expresado en alguna ocasión el TS. Así, en la STS de 15 de marzo de 1994 (Ar. 2178) se afirma: el artículo 22.3 LOCE significa que es preceptivo el dictamen del CE «cuando se trate de lo que en doctrina se conoce por Reglamentos ejecutivos; carácter que no tiene el aquí impugnado, habiendo incluso establecido esta Sala —Sentencia de 24 de enero de 1986 (Ar. 15)— que *las normas reglamentarias dictadas en ejecución de una autorización deslegalizadora no requieren, en principio, dictamen del Consejo de Estado*» ⁴⁶.

Pero la STS de 27 de diciembre de 1976 entendió que sí era necesario el dictamen porque «si es inexcusable en los propios

ordenadas. Ante este tipo de supuestos u otros similares el TS, en la mayoría de los casos, decide si son o no ejecutivos a los efectos del artículo 22.3 LOCE sin expresar el razonamiento que le lleva a su conclusión y, desde luego, sin proclamar criterios generales.

⁴⁵ Esta jurisprudencia alcanzaría su máxima imprecisión si se consolidara la idea que late en la STS de 17 de noviembre de 1993 (Ar. 8220) para la que no es ejecutivo, sino independiente, el reglamento que, además de desarrollar un decreto-ley en los aspectos sancionadores y dictarse al amparo del mismo, contiene la «regulación globalizada de los diversos aspectos del régimen jurídico del juego del Bingo». Es normal que sobre una regulación legal el reglamento, no sólo la desarrolle, sino que se extienda sobre otros aspectos no contemplados de ninguna forma en la ley. Si por ello el reglamento dejara de ser ejecutivo, como apunta esta sentencia, el concepto de reglamento ejecutivo se arruinaría por completo.

⁴⁶ También la STS de 24 de enero de 1995 (Ar. 615) excluye de la necesidad del dictamen a un reglamento dictado «en virtud del instrumento de la deslegalización», aunque es más que dudoso que la supuesta deslegalización del caso no fuera realmente una remisión en blanco. Además, aunque sin enfrentarse frontalmente con el tema de la exigencia del dictamen del Consejo de Estado, hay numerosas SSTS, unas sesenta entre 1992 y 1993, arrancando de la de 17 de marzo de 1992 (Ar. 1592) que, en relación con supuestos prácticamente idénticos, insisten en que el reglamento dictado en virtud de una deslegalización no es desarrollo de una ley anterior.

reglamentos ejecutivos para velar porque estos textos respeten la normativa superior, también lo es en los reglamentos que responden a una norma deslegalizadora... que aunque asigne a la potestad de la Administración un marco más flexible, no implica una autónoma potestad carente de todo condicionamiento normativo superior»⁴⁷.

Para resolver la cuestión, y diferenciarla de la anterior de la remisión en blanco, conviene comenzar por aclarar que la deslegalización propiamente dicha es aquella determinación legal por la que el reglamento podrá derogar preceptos con rango de ley y ello simplemente porque la ley deslegalizadora, usando su propia fuerza, niega a otra ley, o a ella misma, su fuerza formal pasiva⁴⁸. Entendida así, la deslegalización no prejuzga qué tipo de reglamento se dictará con posterioridad: ni si materialmente desarrollará una ley o no, ni si se dictará en virtud de la genérica potestad reglamentaria o de la autorización concreta contenida en una ley, quizá en la propia ley deslegalizadora. Es muy posible que tras la deslegalización se dicte un reglamento independiente en sentido estricto y que, por tanto, en efecto, no requiera el dictamen del Consejo de Estado. Pero también es posible, y hasta frecuente, que el reglamento esté condicionado a desarrollar y completar otra ley distinta de la deslegalizada; es decir, que el reglamento, aunque pueda modificar una ley anterior, esté preordenado a contener sólo el desarrollo de una nueva ley⁴⁹, de manera que sea un reglamento ejecutivo a los efectos del artículo 22.3 LOCE. Esto es lo que con gran acierto expresa la STS de 24 de enero de 1986 (Ar. 15): «La técnica utilizada ha sido la de la deslegalización... El problema que se discute es el de la naturaleza del reglamento dictado de esta forma: si se trata de un reglamento ejecutivo o independiente... Hay que señalar que si toda deslegalización equivale a una utilización del reglamento ejecutivo, sería poco operativa... Por eso la Sentencia de 17 de noviembre de 1975 (Ar. 4402)... no precisa la clase de reglamento que pueda

⁴⁷ Citada por J. J. SEBASTIÁN LORENTE, «El dictamen del Consejo...», *op. cit.*, pág. 140, que no he conseguido localizar en el Repertorio Aranzadi. Véase también STS de 7 de febrero de 1989 (Ar. 1089).

⁴⁸ Sobre este concepto preciso de deslegalización *vid.* mi estudio «Juridicidad, legalidad y reserva de ley...», *op. cit.*, págs. 160 y ss. Aunque a veces el TC y el TS hablan impropriamente de deslegalización de materias para referirse a lo que realmente no son más que habilitaciones o remisiones en blanco, el concepto propio de deslegalización se utiliza en numerosas SSTs como las de 22 de marzo de 1993 (Ar. 1811), 26 de abril de 1993 (Ar. 2769), 13 de octubre de 1993 (Ar. 7553), 5 de diciembre de 1992 (Ar. 9795), etc.

⁴⁹ *Vid.* J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución», *RAP*, núm. 87 (1978), pág. 132; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, pág. 744; y nuestro trabajo «Juridicidad, legalidad y reserva de ley...», *op. cit.*, págs. 163 a 165, donde recogemos varios ejemplos de esta posibilidad.

ser, pues se admite... que podría hacerse por reglamento independiente... Las soluciones en consecuencia, dependerán de la forma en que se haya efectuado...»⁵⁰.

Con estas aclaraciones se comprende que no tiene justificación una exclusión total de la exigencia del dictamen del Consejo de Estado para los reglamentos dictados previa deslegalización: dependerá de que, al margen de ello, tal reglamento merezca o no la calificación de ejecutivo conforme a criterios distintos.

c) EXCLUSIÓN DE LOS REGLAMENTOS QUE SE PRODUCEN EN MATERIAS NO RESERVADAS A LA LEY

A esta restricción drástica de la exigencia del dictamen del Consejo de Estado dio formulación doctrinal MUÑOZ MACHADO⁵¹. Sólo hay verdadero reglamento ejecutivo «si la ley es ineludible», si el reglamento debe su existencia a la ley habilitante, si se basa en una potestad nacida de la ley. Por contra, aunque el reglamento sea materialmente desarrollo de una ley e incluso aunque la ley contenga una habilitación para su desarrollo, el reglamento no será ejecutivo si hubiera podido dictarse con la genérica potestad reglamentaria, esto es, si la ley no atribuía «poderes normativos *ex novo*» sino, a lo sumo, una explicitación para el caso de los poderes existentes con anterioridad. Por tanto, los reglamentos en materias no reservadas no lo serán *nunca*⁵². La tesis de MUÑOZ MACHADO no lleva a consecuencias tan restrictivas sobre el concepto de reglamento ejecutivo y el dictamen del Consejo de Estado como pudiera pensarse porque se completa con una concepción amplísima de la reserva de ley de la que prácticamente sólo queda fuera la organización interna de los servicios públicos y ello salvo que, a su vez, sean objeto de una reserva específica de ley⁵³. Pero, prescindiendo de esta amplitud de la reserva de ley, lo cierto es que MUÑOZ MACHADO introduce un criterio para definir el reglamento ejecutivo que permite excluir incluso parte de los complementarios y habilitados, esto es, aquellos que, según expusimos, parecían formar parte del núcleo seguro del concepto de reglamento ejecutivo.

⁵⁰ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, pág. 744, subraya la misma idea al afirmar que el hecho de que un reglamento pueda válidamente derogar leyes anteriores es «un efecto que... puede producirse en cualquiera de los supuestos de colaboración entre ley y reglamento».

⁵¹ S. MUÑOZ MACHADO, «Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el Derecho español», *RAP*, núm. 77 (1975), págs. 139 y ss.

⁵² *Ibidem*, págs. 171 a 180, *passim*.

⁵³ *Ibidem*, págs. 156 a 166. Hasta tal punto es así que afirma que «en la normalidad de los casos el reglamento será necesariamente ejecutivo», pág. 166.

Sólo la STS de 16 de junio de 1984 (Ar. 3909) ha acogido formalmente esta restricción: proclama «como punto de partida más seguro, el concepto de reglamento ejecutivo que implica un desarrollo en virtud de remisión normativa legal pero *en materia reservada a la ley*, para no extender excesivamente el ámbito de los reglamentos de tal naturaleza, identificándolos con cualquier desarrollo normativo en materia escasamente relevante desde el punto de vista de relación entre ley y reglamento». Pero, más allá de esta esporádica declaración, la misma idea podría justificar la exclusión de los reglamentos organizativos que pasamos a analizar.

d) EXCLUSIÓN DE LOS REGLAMENTOS DE ORGANIZACIÓN

En la actualidad, contra lo mantenido por el Alto Cuerpo Consultivo⁵⁴ y por SSTS anteriores⁵⁵, puede considerarse consolidada la jurisprudencia que exime del dictamen del Consejo a los reglamentos organizativos. Más aún: el TS contrapone al reglamento ejecutivo el reglamento organizativo —que identifica con el reglamento independiente— y que, en consecuencia, no considera incluido en la previsión del artículo 22.3 LOCE⁵⁶.

Las sentencias en esta línea son numerosas. Entre las más recientes, SSTS de 26 de enero de 1996 (Ar. 457), 6 de noviembre

⁵⁴ En su reiteradamente citada Moción de 1969 decía: «... de entre los numerosos criterios de división de los reglamentos, sólo éste (reglamentos ejecutivos y no ejecutivos) es relevante para determinar si debe ser sometido preceptivamente a dictamen... Así, por ejemplo, la división de los reglamentos por su materia (administrativos, políticos, técnicos, etc.) es por completo intrascendente a los efectos del dictamen preceptivo del Consejo de Estado. Lo único decisivo es que sean ejecutivos de las leyes o que no lo sean. Así pues, *no cabe, en principio, excluir de la consulta preceptiva a los llamados reglamentos orgánicos ni a los administrativos...*».

⁵⁵ La más significativa es la STS de 17 de diciembre de 1982 (Ar. 8039) que se coloca en el extremo opuesto y parece considerar que todo reglamento organizativo necesitaría el dictamen: «viene así (la Administración) a adoptar como base argumental la clasificación de los reglamentos en ejecutivos, organizativos y autónomos, clasificación inoperante en orden a exceptuar del... preceptivo dictamen a la disposición general de referencia, en primer lugar, porque en la terminología jurídica con base en la Ley de 25 de noviembre de 1944 (la anterior LOCE) todos los reglamentos de uno u otro modo son ejecutivos, en el sentido de desarrollar o aplicar las leyes, solas o en su sistema, constituyendo los organizativos o autónomos subclase de aquel conjunto... que carecen de apoyo o cobertura legal en orden a constituir tipos exentos cuando ninguno de los elementos de interpretación... autoriza a diferenciar las consecuencias aquí tratadas, cualquiera que fuera el criterio adoptado para establecer la susodicha clasificación; en segundo lugar, porque si a estos efectos los reglamentos organizativos... no fuesen también ejecutivos de las leyes... implicaría tal interpretación fomento de posibles discrecionalidades...; en tercer lugar, porque tampoco diferenciación alguna en este orden se desprende de los términos generales con que en ámbito formal trata a los reglamentos... el artículo 24 LRJAE...».

⁵⁶ En realidad, tal categorización del reglamento organizativo como opuesto al reglamento ejecutivo se realiza a varios efectos, no sólo para exceptuarlos del dictamen preceptivo del Consejo de Estado, que es lo único que aquí nos ocupará; *vid. mi trabajo* «Juricidad, legalidad...», *op. cit.*, pág. 51.

de 1995 (Ar. 8165), 27 de marzo, 19 de abril, 11 de mayo, tres sentencias de 20 de mayo, 15 de julio, 19 de julio y 25 de noviembre de 1993 (Ar. 1918, 2751, 3610, 3418, 3420, 3421, 6194 y 5594 y 9041), 25 de enero y 8 de julio de 1992 (Ar. 662 y 6320), 22 de mayo de 1991 (Ar. 4337)... Recojamos algunas significativas.

La STS de 24 de enero de 1995 (Ar. 615) afirma que necesitan dictamen del CE «los reglamentos ejecutivos, en contraste con los denominados independientes, autónomos y *organizativos*...»; el «Decreto reviste un carácter marcadamente organizacional (sic) y se inscribe en el ámbito de las potestades de autoorganización que una reiterada jurisprudencia de esta Sala viene reconociendo a la Administración con exclusión de la necesidad de dictamen previo del Alto Cuerpo Consultivo (cfr. SSTs de 24 de enero de 1986, Ar. 15, 22 de mayo de 1991, Ar. 4337, 25 de enero de 1992, Ar. 662, 8 de junio de 1992, Ar. 6320, y 30 de noviembre de 1994)».

La STS de 8 de julio de 1992 (Ar. 6320) considera al impugnado un «reglamento organizativo, aliviado de la exigencia de la consulta a la Comisión Permanente del Consejo de Estado puesto que el artículo 22.3 se refiere a los reglamentos o disposiciones de carácter general que se dictan en ejecución de las leyes... sin mencionar, como necesitados de tal requisito, a los reglamentos organizativos...».

Esta jurisprudencia se completa con una noción relativamente amplia del reglamento organizativo (inspirada remota, confusa y, creo, erróneamente en la noción alemana de reglamento administrativo⁵⁷) que incluye, cuando menos, a las relaciones de sujeción especial. Así, la STS de 6 de noviembre de 1995 (Ar. 8165) niega carácter ejecutivo al reglamento porque «se trata de una norma que opera sobre la propia organización administrativa, *ad intra*, y se proyecta en exclusiva respecto de *relaciones de supremacía especial* de funcionarios integrados en esa organización, y no propiamente de una norma de ejecución...»; también la STS de 8 de julio de 1992 (Ar. 6320) excluye la necesidad del dictamen porque el reglamento tenía un contenido que «claramente se decanta en favor de una relación de supremacía especial, propia de los reglamentos puramente administrativos, que en este caso comporta, además, la regulación de aspectos domésticos de organización interna».

⁵⁷ De esta identificación en la doctrina y jurisprudencia españolas me he ocupado en «Juridicidad, legalidad y reserva de ley...», *op. cit.*, págs. 41 a 53.

Las posibilidades que abre esta exclusión del reglamento organizativo son enormes, máxime teniendo en cuenta que el TS ha acogido profusa y generosamente la idea de relaciones especiales de sujeción.

Pero aunque esto aceptáramos, el TS supera a veces esas mismas posibilidades. Llamativa es la STS de 9 de febrero de 1996 (Ar. 1812). Se recurría un RD que regulaba el tráfico de embarcaciones especiales de alta velocidad, por lo que, como se comprenderá, no hay forma de considerarlo reglamento organizativo. De hecho, en sentido contrario, la misma sentencia con acierto lo califica reiteradamente como «reglamento de policía» caracterizado por imponer limitaciones y deberes a los ciudadanos en relaciones de supremacía general para asegurar el orden público, esto es, lo contrario del reglamento organizativo. Sin embargo, frente a la alegación de falta de dictamen del Consejo de Estado, afirma el TS que «la disposición impugnada no es un reglamento de ejecución, sino una *disposición simplemente organizativa*, un reglamento independiente...». Y tratando de compatibilizar lo incompatible (reglamento de policía y de organización) afirma que «todas las obligaciones o restricciones al libre tráfico de tales embarcaciones son propias e inherentes al peligro que originan y por tanto entran dentro de las *facultades organizativas* de la Administración...».

Incluso con independencia de estas aplicaciones desorbitadas de la doctrina jurisprudencial que exponemos, es difícil aceptar su base misma: esto es, la contraposición entre reglamento ejecutivo y reglamento organizativo. Resulta evidente, por contra, que un reglamento puede ser al mismo tiempo organizativo por su contenido y ejecutivo por su relación con la ley: si la ley regula parte de los aspectos organizativos de un servicio público y llama para completar esta regulación a un reglamento, éste será ejecutivo y organizativo. Da la impresión de que el TS ha extraído de una premisa cierta —a saber, que el reglamento organizativo puede ser independiente⁵⁸— una conclusión que no sólo no se deduce de ella, sino que es falsa: el reglamento organizativo es siempre independiente y, por tanto, nunca requiere el dictamen del Consejo de Estado. Parece haber creído cierto lo que, a lo sumo, puede aceptarse como una sinécdoque, con toda la inexactitud de esta figura retórica y literaria. Lo único que, si acaso, podría dar soporte a la argumentación jurisprudencial que co-

⁵⁸ En realidad es, como mínimo, discutible que tal premisa sea cierta: sólo lo es en parte y con muchas reservas; por todos, *vid.* el magistral estudio de J. M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria...*, págs. 204 y ss.

mentamos sería partir de que sólo hay reglamento ejecutivo propiamente dicho en las materias reservadas a la ley, tal como, según hemos visto, sostenía MUÑOZ MACHADO. Pero estas sentencias no razonan en esa línea.

El TS reconoce en ocasiones que la oposición entre reglamentos ejecutivos y organizativos no es terminante ni exacta. Así, en la STS de 16 de diciembre de 1986 (Ar. 8111) dice que la norma impugnada tiene «marcado carácter organizativo», pero luego observa que, además, es ejecutiva, por lo que habla del «aspecto irónico de la clasificación a efectuar». La STS de 14 de diciembre de 1988 (Ar. 9954) entiende encontrarse ante una norma que «no es una disposición general organizativa pura» por ser «desarrollo y ejecución de la ley». Sobre todo la STS de 9 de julio de 1993 (Ar. 6187) no sólo relativiza la contraposición entre reglamento ejecutivo y organizativo sino que, al mismo tiempo, supera la radical exclusión de la exigencia del dictamen del Consejo de Estado para los organizativos. Conviene reproducir su interesante Fundamento de Derecho quinto:

Tiene razón la parte actora cuando afirma que *los conceptos de reglamentos organizativos y reglamentos ejecutivos no son contrapuestos*, pues, en efecto, también un reglamento organizativo puede ser ejecutivo, si es que desarrolla o ejecuta los principios organizativos de una ley. Pero habrá de admitir la parte actora que ello no ocurrirá siempre y sólo por el hecho de que la ley cite o mencione a un órgano, sino que *será preciso, para calificar al reglamento posterior de ejecutivo, que la ley remita al reglamento la posterior regulación de la materia de acuerdo con los principios que ella misma impone*; sólo entonces podrá decirse que el reglamento “ejecuta” la ley. (Si las cosas no fueran así, todos los reglamentos organizativos serían por principio ejecutivos, visto que todos serían desarrollo del art. 12 de la Ley de Organización de la Administración Central del Estado que otorga competencias al Consejo de Ministros para crear, modificar, refundir o suprimir Secretarías de Estado, Subsecretarías, Direcciones Generales...) Pues bien, en el presente caso no existe ese encargo de la Ley al Reglamento; la Ley de Aguas de 2-8-1985 se limita a citar al Presidente como uno de los órganos de Gobierno de los Organismos de cuenca (art. 24.1) y a enumerar sus competencias (art. 28.1), pero no dice en absoluto cuál habrá de ser la estructura interna de la Presidencia, ni si bajo su dependencia habrían de existir cuatro o veinte unidades administrativas, extremos de los que la Ley se desentiende. Por eso mismo, cuando el Consejo de Ministros regula en el Real Decreto impugnado la estructura orgánica y funciones de las unidades dependientes de la

Presidencia... no es un reglamento ejecutivo sino un reglamento organizativo independiente en cuya elaboración no era necesario el dictamen del Consejo de Estado...

Como se comprenderá, esta sentencia abandona la idea de que los reglamentos organizativos están excluidos del dictamen previo. Lo que realmente aplica es la doctrina, antes expuesta, según la cual sólo se consideran ejecutivos los reglamentos que desarrollan una regulación material ya contenida en la Ley, no los simplemente «remitidos» o «delegados». Y la aplica, además, con extremo rigor, poniendo de relieve, como ya observábamos, hasta qué punto es sutil y subjetiva la diferencia entre el reglamento resultante de una remisión en blanco y aquel otro que desarrolla o completa una regulación legal escueta. En el reglamento de la sentencia bien pudiera haberse afirmado estar en el segundo caso, puesto que la Ley no sólo establecía el órgano sino sus competencias.

Pero con la excepción de esta sentencia y alguna otra que pudiera interpretarse en ese sentido⁵⁹, y por más que no se alcance a encontrar una base sólida, el TS mantiene que los reglamentos organizativos están exceptuados de la exigencia del dictamen del Consejo de Estado.

IV. DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A) EL ARTÍCULO 23 LOCE Y SU CONSTITUCIONALIDAD

El artículo 23 LOCE dispone:

Las Comunidades Autónomas podrán, por conducto de sus Presidentes, 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.

El dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes.

⁵⁹ Nos referimos a algunas sentencias que, sin desmentir formalmente esta doctrina, incluso sin referirse a ella de ninguna forma, exigen el dictamen del Consejo de Estado a algunos reglamentos que pudieran haberse considerado organizativos; así, SSTS de 23 de diciembre de 1991 (Ar. 302 de 1992), 10 de mayo de 1989 (Ar. 3744 de 1992), 16 de junio de 1989 (Ar. 3750 de 1992), 16 de diciembre de 1986 (Ar. 8111)...

Todo este artículo, en cuanto supuso configurar al Consejo de Estado como algo distinto del órgano consultivo del Gobierno previsto en el artículo 107 CE, mereció una gran atención doctrinal. Pero fue su segundo párrafo el que resultó especialmente polémico y el que aquí nos interesa. Por lo pronto su interpretación resultó controvertida y su constitucionalidad fue profusamente discutida ⁶⁰.

Finalmente, la STC 204/1992, de 26 de noviembre, confirmó su constitucionalidad, si bien con una interpretación profundamente correctora ⁶¹. Aunque se dictó con ocasión de una cuestión

⁶⁰ Vid. M. LÓPEZ BENÍTEZ, «Nuevas consideraciones...», *op. cit.*, págs. 609 y ss., y del mismo autor, «En torno al artículo 44.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (Comentarios a la Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1989)», *Rev. Andaluza de Administración Pública*, núm. 2 (1990), págs. 145 y ss.; T. DE LA QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de Derecho», en la obra colectiva *Gobierno y Administración en la Constitución*, Madrid, 1988, I, págs. 233 a 237; L. TOLIVAR ALAS, *El Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas*, núm. 28 (1981), págs. 63 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, II, Madrid, 1984, págs. 47 y ss., y del mismo autor, «La posición constitucional del Consejo de Estado y sus competencias consultivas en relación con las Comunidades Autónomas», *Rev. Andaluza de Administración Pública*, núm. 6 (1991), págs. 13 y ss.; C. RUIZ MIGUEL, *Consejo de Estado...*, cit., págs. 185 y ss.; J. F. MESTRE DELGADO, «Reglamentos autonómicos y Consejo de Estado (Comentarios a la STS de 17 de febrero de 1988)», *REDA*, núm. 59 (1988), pág. 454; G. GARCÍA ÁLVAREZ, «La intervención del Consejo de Estado en la elaboración de los reglamentos regionales», *La Ley*, 3153, 1992, y del mismo autor «El concepto de reglamento ejecutivo...», *op. cit.*, págs. 1473 y ss.; M. BRAVO-FERRER DELGADO, «Consejo de Estado y Estado de las Autonomías», *REDA*, núm. 60 (1988), págs. 569 y ss., en especial, págs. 590 a 593; C. ESCUIN PALOP, *La potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas*, Valencia, 1990, pág. 153; M. J. MONTORO CHINER, «De nuevo sobre procedimiento y seguridad jurídica: los órganos consultivos autonómicos», *RAP*, núm. 122 (1990), págs. 381 y ss., en especial, pág. 395; G. TRUJILLO, «La función consultiva en las Comunidades Autónomas: sus órganos específicos y sus relaciones con el Consejo de Estado», *Documentación Administrativa*, núm. 226 (1991), págs. 177 a 194; O. BOSCH BENÍTEZ, «Consejo de Estado y Consejo Consultivo de Canarias: Problemas de articulación de la competencia consultiva en el Estado autonómico», *Actualidad Administrativa*, núm. 44 de 1987, pág. 2507; J. RODRÍGUEZ ZAPATA, *La Ley Orgánica del Consejo de Estado*, Madrid, 1980, pág. 59; J. RODRÍGUEZ OLIVER, «Las competencias consultivas del Consejo de Estado...», *op. cit.*, págs. 257 y ss.; R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado...*, cit., págs. 95 y ss.; J. GÁLVEZ MONTES en la dirigida por O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a las leyes políticas*, VIII, Madrid, 1985, págs. 380 y ss.; E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Posición institucional del Consejo de Estado (Comentario al Fundamento jurídico núm. 37 de la STC 56/1990, de 29 de marzo)», *RAP*, núm. 122 (1990) y, del mismo, «La función consultiva de las Administraciones Públicas, con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas», *RAP*, núm. 133 (1994). Asimismo, resulta de interés el documento presentado por F. LÓPEZ MENUDO en la *Rev. Andaluza de Administración Pública*, núm. 6 (1991), págs. 231 y ss., sobre «La impugnación de la Ley Canaria 13/1986, del Consejo Consultivo».

⁶¹ En alguna medida esta interpretación ya la había avanzado el propio Consejo de Estado, como se explica en su Memoria de 1992, págs. 81 a 98, donde se afirma que la STC «recuerda en lo fundamental la doctrina mantenida por este Consejo». Vid. sobre la sentencia C. RUIZ MIGUEL, *Consejo de Estado y Consejos consultivos autonómicos*, cit., págs. 194 y ss.; M. T. CARBALLEIRA RIVERA, «La intervención del Consejo de Estado en la elaboración de disposiciones generales (STC 204/1992, de 26 de noviembre)», *RAP*, núm. 131 (1993), págs. 239 y ss.; J. PEMÁN GAVÍN, «Sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria por la Comunidad Autónoma de Aragón», *Rev. Aragonesa de Administración Pública*, núm. 1 (1992), págs. 104 a 108; J. A. CARRILLO DONAIRE,

de inconstitucionalidad referida a la elaboración de un reglamento autonómico, se pronuncia en términos más generales.

No encontró el TC obstáculo en el artículo 107 CE, pues que éste no contemple nada más que la función consultiva para el Gobierno de la Nación no impide que «pueda ejercer esa función de órgano consultivo con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece»⁶². Así es admisible, sin duda, el primer párrafo del artículo 23 LOCE y también que se prevean, incluso, dictámenes del Consejo de Estado preceptivos para las Comunidades Autónomas si, por ejemplo, lo establecen los Estatutos de Autonomía.

Las dudas surgen al ser una Ley del Estado la que impone estos dictámenes pues ello parecía chocar con la autonomía. El TC parte de que la «intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado», dada la garantía que ello entraña, debe incluirse en la «categoría de norma básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas o parte del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE)». Pero el Estado, al ejercer esta competencia, no puede impedir que las Comunidades ejerzan la suya sobre su propia organización (art. 148.1.1.^a CE) y, en su virtud, creen «órganos consultivos equivalentes al Consejo de Estado» a los que doten «de las mismas facultades que la LOCE atribuye al Consejo de Estado, salvo que el Estatuto de Autonomía establezca otra cosa». En tal caso podrán sustituir el dictamen del Consejo de Estado: «la intervención del órgano consultivo autonómico excluye la del Consejo de Estado, salvo que la Constitución, los Estatutos de Autonomía, o la Ley Autonómica, establezcan lo contrario para supuestos determinados». Por contra, en las Comunidades en las que «semejantes órganos consultivos autonómicos, dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica, no existan» se mantendrá «la intervención preceptiva del Consejo de

«Las competencias consultivas del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas. El fin de una larga controversia (Comentario a la STC 204/1992, de 26 de noviembre)», *Rev. Andaluza de Administración Pública*, núm. 15 (1993), págs. 120 a 130.

⁶² Ante esta caracterización del Consejo de Estado, resulta seguramente innecesaria la explicación dada por la STS de 20 de enero de 1992 (Ar. 622) según la cual estaríamos ante un «préstamo de órganos» o «Administración impropia» de manera que el Consejo de Estado «deviene, para la función que realiza, órgano autonómico, aunque pertenezca a la organización del Estado y, sólo funcionalmente y en sentido impropio, a la Comunidad Autónoma que de él se sirve». También el dictamen del Consejo de Estado 51924, de 24 de noviembre de 1988, citado en su Memoria de 1992, pág. 93, utiliza la explicación de la «Administración impropia... que permite imputar a la Comunidad Autónoma consultante, y no al Estado, el dictamen emitido a petición de ésta».

Estado, en tanto que órgano al servicio de la concepción global del Estado que la Constitución establece».

La STC 204/1992 hace necesario decidir, ante cada supuesto, si los órganos consultivos regionales están realmente dotados de características similares a las del Consejo de Estado que permitan la sustitución sin merma sustancial de las garantías que la intervención de aquél entraña, aspecto que no nos corresponde estudiar aquí⁶³. Con independencia de ello, la STC 204/1992 ha zanjado, con la autoridad propia del TC, gran parte de los problemas suscitados por el artículo 23 LOCE. Pero quedan pendientes diversos aspectos de su interpretación que, desde entonces, están, al menos, encuadrados dentro de unos márgenes seguros fijados por esta STC 204/1992.

B) CONSECUENCIAS; EN ESPECIAL, LAS RELATIVAS
A LA ELABORACIÓN DE NORMAS AUTONÓMICAS
Y, EN PARTICULAR, DE REGLAMENTOS

Para diversas intervenciones del Consejo de Estado el mismo legislador estatal, incluso antes de la STC 204/1992, ha ido plasmando concretamente las consecuencias de esta doctrina⁶⁴. No ocurre igual con los procedimientos para la elaboración de disposiciones generales y, en particular, de reglamentos lo que, sin embargo, no impide la sustitución del dictamen del Consejo de Estado por el del órgano regional⁶⁵. Por lo que a ello

⁶³ Cfr. en este mismo número los estudios de A. JIMÉNEZ-BLANCO y CARRILLO DE ALBORNOZ y A. EMBID IRUJO en la parte dedicada al Consejo de Estado como modelo básico de función consultiva. Baste dejar reseñado aquí que esta especie de *homologación* respecto al *prototipo* en que se ha convertido al Consejo de Estado plantea un problema de difícil resolución ante el que se han mantenido posturas maximalistas de las que es representativa la de D. V. BLANQUER CRIADO, *Consejo de Estado y autonomías...*, cit., *in totum*. El TS mantiene una postura más prudente aunque las SSTS de 20 de enero de 1992 (Ar. 622), 16 de enero de 1993 (Ar. 342) y de 2 de febrero de 1995 (Ar. 1092) entendieron, con razón, que no se daban los caracteres necesarios de independencia, objetividad y rigurosa calificación técnica en ciertos órganos asesores autonómicos. Al margen de los supuestos analizados por esas SSTS, en los que realmente no se daban condiciones que permitieran equiparar los órganos informantes al Consejo de Estado, varias Comunidades Autónomas han creado Consejos Consultivos que, por su regulación y composición, resisten con éxito cualquier comparación a la que se los someta.

⁶⁴ Así, fundamentalmente, en la LRBRLL (art. 13.1), en la LAP (arts. 102 y 103), en la LCAP (arts. 49.3, 55.3, 60.3, 97.1) y en el artículo 129 LS se consagra, con una u otra redacción, la exigencia de dictamen del Consejo de Estado para la Administración estatal y para las autonómicas que no cuenten con órgano consultivo equivalente, y la exigencia sólo del dictamen de éste para las Comunidades que hayan creado ese órgano consultivo equiparable.

⁶⁵ En contra, el dictamen del Consejo de Estado 1495/94, de 3 de noviembre de 1994 (Rec. 25) exige que para que sea posible la sustitución que así lo permita la ley estatal, exigencia que creo infundada e inconstitucional. También el dictamen 54963, de 27 de septiembre de 1990, citado por D. V. BLANQUER CRIADO, *Consejo de Estado...*, pág. 145.

concierno lo único seguro es que la misma STC 204/1992 se pronunciaba por la solución general para los reglamentos dictados en ejecución de las leyes:

...el artículo 23, párrafo segundo, de la LOCE no es contrario a la Constitución, siempre que se entienda que el dictamen del Consejo de Estado se exige a las Comunidades Autónomas sin organismo consultivo propio, en los casos previstos por la mencionada Ley que formen parte de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas o del procedimiento administrativo común. *Esta circunstancia concurre, sin duda, en el supuesto objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad que se refiere... a la elaboración de reglamentos que se dicten en ejecución de leyes*⁶⁶.

Pero nada decía sobre otro tipo de normas autonómicas. Imposible es sostener lo mismo, por ejemplo, para los anteproyectos de leyes regionales de ejecución de tratados internacionales (art. 23.2 LOCE en relación con el 21.2 de la misma Ley); y, como mínimo, es discutible que los proyectos de Decretos legislativos, en los casos en que pueden aprobarlos las Comunidades Autónomas, requieran el dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente (arts. 21.1 y 23.2 LOCE). Todo ello porque la competencia estatal del artículo 149.1.18.º CE sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones y procedimiento administrativo común no incluye probablemente estos extremos. Por contra, para los Reglamentos autonómicos dictados en ejecución de tratados internacionales (art. 22.2 LOCE) procede la misma conclusión que para los reglamentos que se dicten en ejecución de las leyes, pues idénticas razones lo justifican en los dos casos.

Centrándonos ya en el artículo 23.2 en relación con el 22.3 LOCE, el tema clave es determinar qué ha de entenderse a estos efectos por reglamentos autonómicos dictados en ejecución de las leyes que requieren el dictamen del Consejo de Estado u órgano regional equivalente. Valen aquí cuantas precisiones hemos hecho antes con carácter general, tales como las habituales exclusiones de los reglamentos dictados en virtud de remisiones en blanco y deslegalizaciones o la de los organizativos...; es más, parte de las SSTs que antes hemos invocado para ello están referidas, en realidad, a reglamentos autonómicos. El tema espe-

⁶⁶ La alusión al procedimiento común en relación con el de elaboración de reglamentos supone una parcial rectificación de la STC 15/1989, de 26 de enero, según la cual «el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general es un procedimiento administrativo especial, respecto del cual las Comunidades Autónomas gozan de competencias exclusivas...».

cífico que ahora debe abordarse es si la Ley desarrollada por el reglamento regional debe ser una Ley estatal, o una Ley autonómica, o si en ambos casos será preceptivo el dictamen conforme a la LOCE.

Parece que finalmente, tras mantener el TS diversos criterios ⁶⁷, se consolida la línea según la cual la LOCE sólo impone el dictamen —del Consejo de Estado o del órgano autonómico equivalente— para los reglamentos regionales de ejecución de leyes estatales, no para los que ejecutan leyes autonómicas. Así lo formula el TS:

Sentencias posteriores se han orientado hacia la generalización de la dispensa de dicho requisito cuando se trate de reglamentos dictados por la Comunidad sobre materias reguladas por normas no estatales de su exclusiva competencia, sea inicial o transferida, porque el sentido propio del artículo 23.2 establece el carácter preceptivo en los mismos casos previstos para el Estado, es decir, en los supuestos de *ejecución de leyes estatales* ⁶⁸.

Cierto que a este razonamiento pueden hacerse reparos. Así, cabría objetar que las mismas razones que han justificado la exigencia del dictamen para los reglamentos estatales ejecutivos concurren para exigirlo a los reglamentos regionales ejecutivos de una Ley autonómica; o bien podría sostenerse que los reglamentos autonómicos que desarrollan una Ley estatal no pueden considerarse propiamente reglamentos ejecutivos ⁶⁹... Pese a ello,

⁶⁷ Destacable es la STS de 19 de diciembre de 1989 (Ar. 1064) que exigía el dictamen incluso para los reglamentos regionales de desarrollo de leyes autonómicas, doctrina que todavía se mantiene en alguna reciente como la de 21 de marzo de 1995 (Ar. 2623). También ha convertido en ocasiones el TS en criterio fundamental el dato de que el reglamento versara sobre materia de la exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma: así, las célebres SSTS de 17 de febrero y 6 de junio de 1988 comentadas por M. LÓPEZ BENÍTEZ, «Nuevas consideraciones sobre la posición del Consejo de Estado...», *op. cit.*, págs. 612 y ss., y otras más recientes en las que todavía influye aquel criterio (STS de 11 de abril de 1996, Ar. 2942). Junto a ello, otro grupo de sentencias, del que es representativa la STS de 1 de junio de 1990 (Ar. 6307), afirmaba que los reglamentos que completaban leyes básicas no necesitaban nunca el dictamen del Consejo de Estado porque no eran propiamente reglamentos ejecutivos. Comenta esta sentencia, aunque con fecha y referencia de Aranzadi equivocada, G. GARCÍA ÁLVAREZ, «El concepto de...», *op. cit.*, pág. 1473 a 1502.

⁶⁸ Entre las últimas, SSTS de 24 de octubre de 1995 (Ar. 7482), 17 de octubre de 1995 (Ar. 7283), 11 de octubre de 1995 (Ar. 7262), 9 de octubre de 1995 (Ar. 7249), 11 de abril de 1995 (Ar. 4347), 25 de octubre de 1994 (Ar. 8207), 2 de noviembre de 1993 (Ar. 8401), 19 de julio de 1993 (Ar. 5594) acogiendo, parece que definitivamente, la doctrina ya aplicada en las SSTS de 20 de julio de 1992 (Ar. 6514), 7 de mayo de 1992 (Ar. 3972), 21 de enero de 1992 (Ar. 742), 28 de noviembre de 1991 (Ar. 9550), 15 de diciembre de 1989 (Ar. 2901 de 1990), 7 de marzo de 1990 (Ar. 2516), 1 de junio de 1990 (Ar. 6307), 27 de julio de 1990 (Ar. 6610) y, más confusamente, con acumulación de otros argumentos, en SSTS de 19 de octubre de 1989 (Ar. 3882 de 1992), 24 de noviembre de 1989 (Ar. 3953 de 1992, Sala Especial de Revisión), 2 de septiembre de 1992 (Ar. 6868).

⁶⁹ *Vid.* L. COSCULLUELA MONTANER, *Curso...*, pág. 122, y S. MUÑOZ MACHADO, «La posición

esta doctrina es razonable y de más fácil aplicación que otras que, además, también presentan puntos débiles. Se trata de una solución de compromiso, equilibrada y clara. No cabe pedir más en esta cuestión. Al contrario, con la modestia con que lo reconoce el TS en muchas de estas sentencias, procede «asumir esta solución y atemperarse a ella en interés de la seguridad jurídica amenazada por la disparidad de criterios existentes al respecto sobre una materia cuya misma complejidad interpretativa impediría aferrarse a una postura de intransigente dogmatismo».

Esta doctrina, decimos, tiene la ventaja de su relativa claridad y fácil aplicación, sobre todo porque no obliga a entrar en el complejo problema de si la materia regulada es o no de la exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma⁷⁰. Ahora, con la jurisprudencia que parece definitivamente consolidada y pese a que todavía el TS desliza expresiones equívocas, esa distinción es irrelevante a estos efectos de modo que el dictamen será preceptivo para el reglamento autonómico que desarrolle una Ley básica y para aquél que desarrolle una Ley estatal supletoria en materia de íntegra competencia regional⁷¹. Asimismo parece indiferente que entre la Ley básica y el reglamento regional medie o no una Ley autonómica⁷².

Claro está que la solución de exigir el dictamen sólo a los reglamentos regionales de ejecución de los estatales es modificable por las Comunidades Autónomas que, al crear su órgano consultivo propio o al regular el procedimiento de elaboración de reglamentos, pueden exigir el dictamen con más amplitud, imponiéndolo, por ejemplo, para los que ejecuten leyes regionales. Si no es así, tales reglamentos se aprobarán sin ningún dictamen

constitucional...», *op. cit.*, págs. 29-30. Éste era el argumento de la STS de 1 de junio de 1990 (Ar. 6307). A esta objeción da certera respuesta la STS de 16 de enero de 1993 (Ar. 342): reconoce abiertamente que los reglamentos autonómicos de desarrollo de una ley básica no son propiamente ejecutivos y pueden producirse con mayor amplitud y libertad respecto a la ley; pero, pese a ello, entiendo que están sometidos al dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente porque así se desprende del artículo 23 LOCE y como garantía de su respeto de la legislación básica. Con todo, entiendo que a veces, sobre todo en materias reservadas a la ley y en las que las Comunidades opten directamente por dictar un reglamento sin mediar una ley regional, ese reglamento tendrá unas limitaciones similares a las de un reglamento ejecutivo. Pero ése es otro asunto que no es necesario desarrollar aquí. Sea o no así, se exige el dictamen.

⁷⁰ Sobre las dificultades de este criterio y la inseguridad a que conduce en lo relativo a la exigencia del dictamen en la elaboración de reglamentos autonómicos es especialmente acertado M. LÓPEZ BENÍTEZ, «Nuevas consideraciones...», *op. cit.*, págs. 620 a 629.

⁷¹ Sobre esta posibilidad de reglamentos regionales que desarrollen una ley estatal supletoria, *vid. C. ESCUIN PALOP, La potestad reglamentaria...*, cit., pág. 104. Críticamente, I. LASAGABASTER HERRATE, *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Madrid, 1991, pág. 79.

⁷² STS de 19 de octubre de 1989 (Sala de Revisión, Ar. 3882, de 1992).

equivalente al del Consejo de Estado, como razona la STS de 2 de noviembre de 1993 (Ar. 8401).

C) REFERENCIA A LA PECULIAR SITUACIÓN DE ANDALUCÍA

Mención especial requiere el supuesto de Andalucía pues en esta Comunidad la sustitución plena de la intervención del Consejo de Estado por su Consejo Consultivo encuentra una dificultad específica en el artículo 44 de su Estatuto. En cuanto a los reglamentos, dispone en su apartado 1:

El Consejo de Estado informará los reglamentos generales que la Comunidad Autónoma dicte en ejecución de las leyes estatales ⁷³.

Aun así, por Ley 8/1993, de 19 de octubre, se creó el Consejo Consultivo de Andalucía ⁷⁴, órgano que cumple sobradamente las exigencias que el TC impone para que pueda sustituir al Consejo de Estado ⁷⁵ y al que dicha Ley atribuye dictaminar los reglamentos ejecutivos, sin referirse de ninguna forma a la intervención del Consejo de Estado. Pero ello, unido al artículo 44.1 del Estatuto, parece obligar a concluir que los reglamentos andaluces dictados en ejecución de leyes estatales necesitarán sendos dictámenes de los dos órganos consultivos, regional y estatal. La STC 204/1992 no altera esta conclusión porque, probablemente pensando en el caso andaluz, exceptúa la sustituibilidad que permite en los supuestos en que «el Estatuto de Autonomía establezca otra cosa».

Los inconvenientes de esta solución del doble dictamen han llevado a realizar meritorios esfuerzos con los que intentar justificar que, tras la creación del Consejo Consultivo Andaluz, ya no es necesario recabar el dictamen del Consejo de Estado

⁷³ Sobre este precepto, pero con anterioridad tanto a la STC 204/1992 como a la ley de creación del Consejo Consultivo de Andalucía, *vid.* el excelente trabajo de M. LÓPEZ BENÍTEZ, «En torno al artículo 44.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía...», *op. cit.*, págs. 145 y ss., en especial, págs. 153 a 157; también F. GARRIDO FALLA, «Comentarios al artículo 44 del Estatuto de Autonomía de Andalucía» en la obra colectiva dir. por S. MUÑOZ MACHADO, *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Madrid, 1987, págs. 650 y ss., y P. ESCRIBANO COLLADO, «Las competencias consultivas del Consejo», *Rev. Andaluza de Administración Pública*, núm. 6 (1991), págs. 91 y ss. Con posterioridad, y entendiéndose que el Estatuto impide la creación del Consejo Consultivo, D. V. BLANQUER CRIADO, *Consejo...*, cit., págs. 90 a 94 y 220 a 226.

⁷⁴ *Vid.* F. DEL RÍO MUÑOZ, «Sobre la Ley 8/1993, de 19 de octubre, de creación del Consejo Consultivo de Andalucía», *Rev. de Administración Pública de Andalucía*, núm. 16 (1993), págs. 243 y ss.

⁷⁵ Así lo reconoce el Consejo de Estado en su dictamen 1495/1994, de 3 de noviembre (*Rec. de Doctrina Legal*, núm. 25).

en la elaboración de reglamentos andaluces de desarrollo de leyes estatales ⁷⁶. Pero sobre esta audaz interpretación y la práctica que se está acomodando a ella planean riesgos pues lo cierto es que, pese a ser razonable, no se acomoda fácilmente a la literalidad del artículo 44.1 del Estatuto.

V. LOS CRITERIOS DE LOS DICTÁMENES RELATIVOS A DISPOSICIONES GENERALES

A) LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

Es del máximo interés conocer los criterios que ha de manejar el Consejo de Estado en sus dictámenes sobre proyectos de reglamentos que, con alguna variación, son comunes a sus dictámenes sobre otro tipo de disposiciones generales ⁷⁷.

Normal es distinguir, con unos u otros matices, entre informe del proyecto con criterios jurídicos y con criterios políticos; o entre estricta valoración de la legalidad y valoración del acierto y la oportunidad ⁷⁸.

El artículo 2.1 de la LOCE da una respuesta general para todo tipo de dictámenes del Consejo de Estado: «En ejercicio de la función consultiva el Consejo de Estado velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico». Así pues, en primer lugar, indudablemente, informe jurídico sobre la legalidad del proyecto, legalidad en toda su

⁷⁶ Vid. J. I. MORILLO VELARDE, «Acerca de los informes del Consejo de Estado establecidos en el artículo 44 del Estatuto de Autonomía para Andalucía», *Rev. Andaluza de Administración Pública*, núm. 16 (1993), págs. 289 a 295, y F. DEL RÍO MUÑOZ, «Sobre la ley...», *op. cit.*, pág. 259. El mismo Consejo Consultivo de Andalucía, desde la primera oportunidad en que ha tenido ocasión, ha proclamado su competencia y negado la necesidad de consultar al Consejo de Estado en tales supuestos. Así, en su dictamen 2/1994, de 26 de mayo (*Rec. de doctrina legal* 1994, del Consejo Consultivo de Andalucía, núm. 3), afirma que «hay que objetivar el precepto (art. 44.1 EAA), prescindiendo de su componente subjetivo y entendiendo que el legislador estatutario, lo único que pretendía era rodear de garantías las decisiones que se adoptaran... mediante un examen previo de legalidad y acierto... Si hubiese previsto la posibilidad de que el dictamen fuese evacuado por un órgano consultivo autonómico, lo habría preferido...».

⁷⁷ Los criterios que ha de manejar el Consejo de Estado varían según el rango de la disposición que se le someta. Pero el Consejo se ha impuesto a veces límites en sus informes sobre anteproyectos de leyes que considero injustificados. Así, el dictamen 47451, de 19 de junio de 1985 (*Rec. 9*) cree «impertinente recomendar... concretas redacciones... Pese a que el artículo 130.6 del Reglamento Orgánico de este Consejo le habilita para sugerir textos alternativos... supondría una injerencia de difícil justificación en el campo de actuación de otro órgano constitucional» pues «la concreta redacción de su articulado corresponde al órgano titular de la potestad legislativa».

⁷⁸ Vid. por todos F. LÓPEZ MENUDO, «Los Consejos consultivos de las Comunidades Autónomas: composición y organización», *Rev. Andaluza de Administración Pública*, núm. 6 (1991), págs. 61-62.

plenitud, analizando su conformidad con el ordenamiento jurídico en su conjunto, y tanto en los aspectos materiales de la regulación proyectada como en los formales de competencia y procedimiento.

Pero el mismo artículo 2.1 continúa: «Valorará 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.» La elaboración de disposiciones normativas estatales se encuadrará por lo general entre los asuntos cuya índole exige la consideración de los aspectos de oportunidad y conveniencia, además de que normalmente permitirá al Consejo de Estado igual perspectiva la atención a la eficacia de la Administración⁷⁹. A este respecto, sólo interesa añadir que la composición del Consejo de Estado lo hace especialmente adecuado para esta valoración y que el artículo 129.1 de la LPA de 1958 señala como fines genéricos de todo el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general garantizar no sólo la legalidad sino también el acierto y la oportunidad.

Lo anterior, sin embargo, debe matizarse para los dictámenes del Consejo de Estado relativos a reglamentos autonómicos. Probablemente, en tales supuestos esté justificada la exclusión de los criterios de oportunidad. Así lo apunta la STS de 16 de enero de 1993 (Ar. 342): «... podrá sostenerse razonablemente que el dictamen del Alto Cuerpo Consultivo no está llamado a valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia de la regulación autonómica, por no exigirlo ni hacerlo aconsejable la índole de la materia»⁸⁰.

B) LOS ASPECTOS DE TÉCNICA JURÍDICA

Con todo, lo que más interesa destacar aquí es que la perspectiva jurídica no se agota en la comprobación de la legalidad del proyecto. Comprende también de manera funda-

⁷⁹ Sobre este extremo y, particularmente, desde la perspectiva del principio de eficacia, hasta concluir que el Consejo de Estado debe pronunciarse sobre la legalidad, oportunidad, conveniencia y técnica normativa, es especialmente acertado J. AROZAMENA SIERRA, «La función consultiva del Consejo de Estado», *Documentación Administrativa*, núm. 226 (1991), págs. 133 a 135 y 145.

⁸⁰ Antes, la STS de 1 de junio de 1990 (Ar. 6307) había utilizado el argumento de que el Consejo de Estado entra en aspectos de oportunidad para negar que sus dictámenes pudieran ser preceptivos para las Comunidades «porque ello supondría someter al control de oportunidad del Estado la política regional...». Parcialmente en contra de esta limitación de los dictámenes, D. V. BLANQUER CRIADO, *Consejo de Estado...*, cit., págs. 179 a 192, *passim*.

mental la incorporación de mejoras de técnica jurídica, la detección de defectos o insuficiencias o contradicciones... cuyo mantenimiento no afectaría a la legalidad de la norma ni a su validez, pero la harían oscura, dudosa, incongruente o difícil, inidónea para sus objetivos, de compleja aplicación, etc. Ello no sólo es jurídico por los criterios y conocimientos desde los que se hace esta valoración del proyecto, que son los que aporta y sólo puede aportar la Ciencia del Derecho. También lo es por su objetivo, porque valores tan esenciales para el ordenamiento como la certeza del Derecho y la seguridad jurídica, o incluso la eficacia, están en juego tras esas cuestiones de técnica normativa.

El Consejo de Estado puede y debe contemplar los proyectos de disposiciones que se le someten desde esta perspectiva y realizar así una labor capital de contribución a la calidad de las normas que es, además, insustituible por los Tribunales. Y así lo hace efectivamente prestando a estos aspectos una atención notable con una doctrina de interés cuya breve exposición resulta conveniente para valorar la relevancia real del dictamen en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales.

a) Destaca la misma importancia que el Consejo de Estado confiere a estos aspectos y que se pone de relieve, por ejemplo, en el dictamen 1449/1992, de 17 de diciembre (Rec. 18), donde se informa desfavorablemente el proyecto porque «supone el empleo de una muy defectuosa técnica normativa que afecta al principio de seguridad jurídica proclamado por el artículo 9.3 CE, en su vertiente de certeza en el conocimiento del Derecho», afirmando que «para la vida económica y social del país parece preferible emplear el tiempo que sea necesario para lograr la máxima calidad técnica de las (normas) que en definitiva se dicten».

b) Esta vertiente de los dictámenes no se ciñe sólo a los aspectos formales. Así, el Consejo de Estado destaca la necesidad de «congruencia o armonía del ordenamiento» y critica los atentados a tal exigencia cuando, por ejemplo, se establece un plazo de silencio superior al normal sin justificación alguna (dictamen 44426, de 30 de septiembre de 1982, Rec. 196), o cuando no se armoniza la regulación con la sectorial que afecta al grupo normativo (46334, de 10 de mayo de 1984, Rec. 87), o cuando se rompe la congruencia interna de la norma [dictamen 46336, de 24 de mayo de 1984 (Rec. 92)...]

c) El Consejo de Estado procura que «se utilice la palabra justa, que los conceptos tengan un perfil preciso y que las frases den la medida exacta de lo que se pretende ordenar, prohibir o

permitir». Por ello «vela por la pureza de los conceptos» y recuerda que «las normas sólo deben utilizar conceptos o clasificaciones que tengan consecuencias jurídicas»⁸¹; que «hay que evitar en lo posible conceptos indeterminados, por cuanto abren un portillo a la inseguridad; que es preferible que los conceptos utilizados estén avalados por la jurisprudencia o aceptados comúnmente por la doctrina; y que es bueno ajustarse a los conceptos clásicos...»⁸². Particular prevención ha mostrado contra la introducción de términos provenientes del Derecho comunitario o de Tratados internacionales que no resultaran adecuados a nuestro sistema y lenguaje jurídicos⁸³.

d) Con frecuencia proclama que los reglamentos han de ser completos, claros y de fácil manejo, triple exigencia cuyo significado pormenoriza en sus dictámenes⁸⁴.

Que el reglamento sea completo significa, según repiten los dictámenes, que baste con acudir a él para conocer toda la normativa sobre una materia, no que el reglamento deba dar respuesta concreta a todos los supuestos imaginables, porque es una norma general y no un florilegio de casos singulares ni un repertorio de jurisprudencia.

La claridad impone que, sin merma del rigor jurídico, se utilice una terminología comprensible por el ciudadano destinatario y no sólo por el funcionario especializado. Sin embargo, «las exigencias de seguridad jurídica imponen un tecnicismo que conduce a esa extraña paradoja de que las normas jurídicas —a diferencia de las morales— no sean fácilmente inteligibles para

⁸¹ En ese sentido, afirma que las normas no deben establecer categorías dogmáticas, sino regular relaciones y procedimientos concretos (dictamen 45573, de 22 de septiembre de 1983, Rec. 145 y 205); tampoco deben incluir motivaciones, ni citas legales de apoyo salvo para delimitar el alcance del precepto, como cuando se dice: «A efectos de lo dispuesto en el artículo...» (dictamen 47764, de 24 de julio de 1985, Rec. 13). «Deben evitarse las reiteraciones normativas, expresiones redundantes, explicaciones impropias de preceptos legales y distorsiones de conceptos acuñados» (dictamen 2145/1994, de 22 de diciembre, Rec. 357).

⁸² *Memoria de 1993*, pág. 147.

⁸³ Observa, por ejemplo, «deficiencias en la redacción... derivadas en su mayor parte de la traducción oficial al castellano de la directiva» y afirma que la transcripción literal... no debe llevar a la utilización en la norma interna de categorías jurídicas inexistentes o incluso construcciones gramaticales ininteligibles» (dictamen 1651/1993, de 28 de diciembre, Rec. 18). En general, «el Consejo de Estado... ha tenido que estar muy alerta para evitar que, por simple transcripción, se introduzcan... términos cuya significación jurídica es distinta en España...» (*Memoria de 1993*, pág. 151).

Igualmente, la reproducción textual de los Tratados internacionales no es posible en las normas estatales porque de ordinario «no pueden introducirse en el ordenamiento interno sin una transformación que las convierta en aptas para su aplicación» (dictamen 46168, de 1 de marzo de 1984, Rec. 82).

⁸⁴ Significativos son los siguientes: 44426, de 30 de septiembre de 1982 (Rec. 196); 45913, de 16 de febrero de 1984 (Rec. 100, 103 y 104); 46976, de 29 de noviembre de 1984 (Rec. 86); 48316, de 24 de octubre de 1985 (Rec. 14); 53902, de 14 de diciembre de 1989 (Rec. 8).

los que han de cumplirlas». En cualquier caso, la preocupación por la claridad le lleva a afirmar, por ejemplo, que «la repetición próxima de palabras, que sería criticable en otro género literario, pueda ser incluso conveniente en el lenguaje jurídico...».

La exigencia de que la norma resulte de fácil manejo la concreta el Consejo de Estado en que estructure el contenido con rigor sistemático⁸⁵, incluyendo las divisiones oportunas⁸⁶, y evite en lo posible las remisiones a otros preceptos del mismo texto o de otro, pues tales remisiones son fuente de dificultades, vacíos y contradicciones⁸⁷.

e) Esa triple exigencia le lleva a condenar la dispersión normativa que mina la certidumbre del Derecho y la seguridad jurídica⁸⁸ y, en consecuencia, a recomendar que el desarrollo reglamentario de una Ley se contenga en un único texto⁸⁹. Por lo mismo considera preferible modificar los preceptos afectados por una reforma o dictar un nuevo reglamento completo, en vez de aprobar una disposición aislada pues es «poco deseable la técnica de las modificaciones parciales cumulativas a la regulación anterior»⁹⁰ que, entre otros defectos, rompen la sistematización y la congruencia interna para «constituir una abigarrada suma de preceptos»⁹¹.

f) En relación con los reglamentos ejecutivos ha preocupado al Consejo de Estado encontrar la fórmula más adecuada para

⁸⁵ Según el dictamen 50303, de 19 de febrero de 1986 (Rec. 6), debe respetarse en la medida de lo posible «la misma sistemática de la disposición desarrollada».

⁸⁶ Así, critica los artículos largos (dictamen 1546/1994, de 1 de agosto, Rec. 304) y propone, según los casos, la división en títulos, capítulos y secciones (dictamen 44442, de 15 de julio de 1982, Rec. 199).

⁸⁷ Las remisiones en cadena son objeto de críticas en numerosos dictámenes: así, el 1546/1994, de 1 de agosto de 1994 (Rec. 304), o el 2145/1994, de 22 de diciembre (Rec. 357). Y es que —afirma en su *Memoria* de 1993 (págs. 151-152)— «semejante técnica normativa que se traduce en las expresiones “sin perjuicio de”, “conforme a lo dispuesto en”, “en la forma establecida por”, etc., y que podría calificarse de obstinada referencia a sí mismo— produce en los operadores del Derecho la impresión de hallarse en un laberinto sin salida e induce a buscar soluciones, más que justas, criptográficas».

⁸⁸ Entre otros, dictámenes 43080 y 43094, ambos de 29 de enero de 1981 (Rec. 107 y 108).

⁸⁹ Dictámenes 48005, de 11 de julio de 1986 (Rec. 17) y 50303, de 19 de febrero de 1987 (Rec. 6). Asimismo recomienda la unificación de la regulación e incluir en el nuevo reglamento otras normas hasta entonces dispersas en diversos textos que no eran objeto de derogación por el proyecto dictaminado (48552, de 23 de enero de 1986, Rec. 13, 539/1992, de 9 de julio, Rec. 16).

⁹⁰ Dictámenes 45259, de 3 de mayo de 1983 (Rec. 193); 45284, de 19 de mayo de 1983 (Rec. 171); 42004, de 25 de enero de 1979 (Rec. 125), entre otros. Particularmente contra la modificación de muchas normas anteriores por una sola, dictamen 1546/1994, de 1 de agosto (Rec. 304).

⁹¹ Dictámenes 1449/1992, de 17 de diciembre (Rec. 18), y 54920, de 11 de octubre de 1990 (Rec. 20).

que, de una parte, sean comprensibles sin acudir a la Ley y, de otra, no lleven a la confusión de que los preceptos legales aparezcan como si sólo tuvieran rango reglamentario. Admite estas dos técnicas: o bien el reglamento incluye sólo los preceptos de este rango, lo cual muchas veces lo convertirá en un texto ininteligible, o bien, recoge también los preceptos de la Ley desarrollada. Aunque inicialmente el Consejo se inclinó por la primera solución, ahora, en general, aconseja la segunda a condición de que se mantengan los preceptos legales con su tenor literal y de manera identificable, señalando entre paréntesis (o hasta con otro tipo de letra) que proceden de un determinado artículo de la Ley. Los que propiamente sean desarrollo reglamentario deben introducirse en artículos o párrafos separados ⁹².

g) Recomienda que los reglamentos tengan preámbulos que expresen la habilitación legislativa y la realización de consulta a otros órganos o de audiencia a determinados sectores, y una fórmula promulgatoria que indique el órgano proponente, la intervención del Consejo de Estado y la sesión del Consejo de Ministros que deliberó sobre el Proyecto ⁹³.

h) Considera conveniente distinguir formalmente el reglamento propiamente dicho y Real Decreto aprobatorio, vehículo instrumental de aquél, que debe incluir, además de la aprobación misma, las disposiciones adicionales, finales y transitorias ⁹⁴.

i) Precisa la función y contenido de las disposiciones adicionales, finales, transitorias y derogatorias. Por ejemplo, las habili-

⁹² Dictámenes 44119, de 25 de marzo de 1982 (Rec. 182); 43330, de 10 de diciembre de 1981 (Rec. 119); 44659, de 18 de noviembre de 1982 (Rec. 140); 44669, de 14 de octubre de 1982 (Rec. 209); 47764, de 24 de julio de 1985 (Rec. 13); 50303, de 19 de febrero de 1987 (Rec. 6); 50261, de 10 de marzo de 1988 (Rec. 7); 53902, de 14 de diciembre de 1989 (Rec. 8); 780/1993, de 17 de junio (Rec. 14); 1258/1994, de 1 de agosto (Rec. 348)... Solución similar ha ofrecido al problema de las normas internas que desarrollan reglamentos comunitarios que puede salvarse mediante cita de artículos concretos de tales reglamentos o mediante remisiones a ellos (dictamen 48700, de 29 de enero de 1986, Rec. 16). Para los reglamentos que desarrollan Tratados internacionales opta por la mención en cada artículo de aquellos de los preceptos de éstos en que se apoyen (dictamen 46168, de 1 de marzo de 1984, Rec. 82). Cuando se trata de normas autonómicas que desarrollan normas estatales considera perturbadora las repeticiones de éstas en aquéllas «en cuanto que pueden crear confusión respecto a la entidad pública territorial productora de cada mandato» (dictamen 53040, de 30 de marzo de 1989, Rec. 10). Sobre esto último, *vid.* M. LÓPEZ BENÍTEZ, «¿Interdicción de las *leges repetitae?*» *Rev. Andaluza de Administración Pública*, núm. 6 (1991), págs. 131 y ss., *in totum*.

⁹³ Entre otros, véanse, dictámenes 43453, de 16 de julio de 1981 (Rec. 126), 55303, de 8 de noviembre de 1990 (Rec. 21), 49976, de 29 de noviembre de 1984 (Rec. 86), así como la *Memoria de 1993*, pág. 144).

⁹⁴ Dictámenes 43330, de 10 de diciembre de 1981 (Rec. 119), 46976, de 29 de noviembre de 1984 (Rec. 86), 50303, de 19 de febrero de 1987 (Rec. 6), 1727/1992, de 21 de enero de 1993 (Rec. 13 de 1993), 294/1993, de 8 de julio (Rec. 249), 1258/1994, de 1 de agosto (Rec. 348), 497/1994, de 16 de mayo (Rec. 349)...

taciones a un órgano administrativo para desarrollar el texto deben figurar como disposiciones finales; éstas, pese a su nombre, deben ser anteriores a las transitorias...⁹⁵. Y se muestra exigente con las derogatorias que han de ser completas y terminantes, sin fórmulas genéricas, imprecisas o condicionadas porque «es preferible que en un ordenamiento jurídico haya lagunas a que no se sepa cuál es la normativa aplicable»⁹⁶.

j) En general, propone todo tipo de correcciones para la mejor construcción de la regla jurídica, tales como éstas: debe comenzarse por la regla general y no por la excepción; no debe aparecer como requisito que deban cumplir los administrados lo que realmente es el reconocimiento de una potestad administrativa; debe estar explicitada la relación entre dos tipos de autorizaciones...⁹⁷. A lo que se añaden frecuentemente propuestas de reordenación sistemática o correcciones terminológicas y, frecuentemente, gramaticales y sintácticas⁹⁸.

Basta la anterior síntesis para poner de relieve esta vertiente de los dictámenes sobre proyectos de disposiciones. La importancia de la calidad de las normas no necesita ser encarecida para cualquiera habituado a sufrir su falta. Y es que, aunque «hay ramas del Derecho que se caracterizan por su opacidad sin que exista la esperanza de que un Gnaeo Flavio o un Sexto Aelio vuelva a sacar las normas a la claridad del día», según dice el

⁹⁵ Dictámenes 45913, de 16 de febrero de 1984 (Rec. 100, 103 y 104), de 21 de noviembre de 1984 (Rec. 101), 55663, de 20 de noviembre de 1990 (Rec. 23), 1090/1992, de 15 de octubre (Rec. 17), entre otros muchos.

⁹⁶ Dictamen 43541, de 28 de julio de 1981 (Rec. 125).

⁹⁷ Dictámenes 1467/1993, de 2 de diciembre (Rec. 17), 1651/1993, de 28 de diciembre (Rec. 18), 497/1994, de 16 de mayo (Rec. 349).

⁹⁸ Ejemplos especialmente ilustrativos y completos los ofrecen los dictámenes 497/1994, de 16 de mayo (Rec. 349), y 1258/1994, de 1 de agosto (Rec. 348), que realizan una corrección de la puntuación, acentuación, concordancia de tiempos verbales, etc.

Esta labor debería realizarse más intensamente y, a falta de otros informes preceptivos que velen específicamente por la corrección del lenguaje, algo o mucho puede hacerse desde el Consejo de Estado y órganos autonómicos similares. Quizá estén afectados intereses públicos que, aunque trascendentales, queden al margen de la misión de estos órganos y de la formación propia de sus miembros; quizá pueda sostenerse que el buen o mal empleo del idioma en las normas jurídicas, pese a su poderosa y a veces perversa influencia, no está entre los aspectos que deben valorar este tipo de órganos. Pero, como mínimo, además del idioma y la inteligencia misma, la seguridad jurídica y la certeza del Derecho estarán en peligro cuando las normas se expresen incorrectamente. Ello justifica que los dictámenes entren a valorar los proyectos de disposiciones desde este punto de vista y, en su caso, propongan modificaciones que eviten nuevos atentados a cualquiera de las lenguas españolas. También así se daría cumplimiento al art. 46 de la Constitución que ordena a los poderes públicos garantizar la conservación del «patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran», con la única singularidad de que, en el caso del castellano, compartimos ese bien todos los pueblos de España con otros pueblos lo que, si cabe, aumenta la necesidad de su protección desde los poderes públicos o, cuando menos, que no sean ellos los que lo dañen.

mismo Consejo en su *Memoria* de 1993, el mal se extiende progresiva e injustificadamente a casi todos los sectores. El Consejo de Estado, por su posición institucional y su carácter de órgano consultivo general, es un instrumento inmejorable para luchar contra ello. La lectura de sus dictámenes es la mejor prueba de su contribución a la calidad de las normas, y sólo es de desear que esta función sea más atendida en estos tiempos de «legislación motorizada».

C) CONTROL Y ASESORAMIENTO

Pero también nuestro breve *excursus* sobre las aportaciones del Consejo en materia de técnica normativa nos sirve para evidenciar que los criterios estrictamente jurídicos van mucho más allá de un informe sobre la legalidad y que incluso desde una perspectiva jurídica pura el Consejo entra inevitablemente en la oportunidad del proyecto.

Con todo esto resulta ya patente la verdadera utilidad y relevancia del dictamen del Consejo de Estado que es, por tanto, algo más y algo distinto de un control *ex ante* de legalidad. Máxime si se tiene en cuenta que los diversos criterios que ha de manejar el Consejo de Estado le llevan en muchos casos a formular propuestas de redacción alternativa⁹⁹. Cumple así plenamente su función consultiva como órgano supremo en este orden ante las más relevantes actuaciones del Gobierno. DE LA QUADRA-SALCEDO afirma, incluso, que el «dictamen asume siempre una posición *colaboradora*» que, moviéndose dentro de la iniciativa del Gobierno, la analiza, señala los defectos del proyecto, así como sus consecuencias, y sugiere «mejoras o eventualmente modificaciones más o menos profundas»¹⁰⁰.

Ante ello, cualquier intento de sustitución o equiparación entre su dictamen y el control de legalidad *ex post* de los Tribunales queda sin ningún fundamento.

⁹⁹ Entre otros, *vid.* dictámenes 1467/1993, de 2 de diciembre (Rec. 17), y 868/1994, de 2 de junio (Rec. 18); o el 44084, de 25 de marzo de 1982 (Rec. 179), que no sólo propone una redacción concreta para un artículo sino un nuevo título para la disposición proyectada. Y ello no por cuestiones de legalidad sino sólo porque «quedaría más correcto», dice el dictamen 1090/1992, de 15 de octubre (Rec. 17). Así lo permite el artículo 130.6 de su Reglamento Orgánico: «En los informes sobre cualquier proyecto de disposición legal, recopilación, refundición y reglamentos, el Consejo podrá acompañar a su informe un nuevo texto, en el que figure íntegramente redactado el que, a su juicio, deba aprobarse».

¹⁰⁰ T. DE LA QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de Derecho», *op. cit.*, pág. 222.

Todo esto trasciende al tema concreto que aquí nos ocupa para afectar, en general, a la configuración institucional del Consejo de Estado. Nos limitaremos a apuntar que en la medida en que los dictámenes superen la perspectiva de la legalidad de los proyectos, en la medida en que se refuercen las valoraciones del acierto y de la oportunidad, aunque sea con criterios exclusivamente jurídicos, en la medida en la que no se limite a decir lo que la Ley no permite hacer y asesore sobre cómo hacerlo ofreciendo soluciones alternativas o preferibles¹⁰¹... se debilitará la visión del Consejo de Estado como órgano de control en favor de su verdadero carácter de órgano consultivo. Así también se reforzará naturalmente el interés en la consulta y la relevancia jurídica de su omisión.

VI. VALIDEZ O INVALIDEZ DE LAS DISPOSICIONES GENERALES DICTADAS CON OMISIÓN DE LA CONSULTA PRECEPTIVA AL CONSEJO DE ESTADO

Para abordar las consecuencias invalidantes, o no, de la falta de consulta preceptiva al Consejo de Estado es necesario diferenciar según se trate de un reglamento, de una ley o de un decreto legislativo.

A) INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS APROBADOS SIN LA CONSULTA PRECEPTIVA AL CONSEJO DE ESTADO

Supuesto que la elaboración de un reglamento determinado exija la consulta al Consejo de Estado y se haya omitido tal trámite, cabe considerar, en primer lugar, que se trata de una irregularidad que no afecta a la validez del reglamento; puede, por el contrario, ser calificado como un vicio invalidante y, dentro de esta segunda posibilidad, cabe considerarlo causa de simple anulabilidad del reglamento o configurarlo como un vicio determinante de la nulidad radical, absoluta o de pleno derecho. Irregularidad no invalidante, anulabilidad y nulidad conducen a consecuencias diversas. Pese a ello, la elección no ha resultado pacífica y lo cierto es que en una cuestión tan elemental y clave para el régimen de los reglamentos ha reinado y todavía reina la incertidumbre. De hecho, las tres posturas han encontrado de-

¹⁰¹ *Vid.* al respecto las interesantes reflexiones de A. PÉREZ-TENESSA, «Perspectivas del Consejo de Estado», *REDA*, núm. 22 (1979), pág. 346.

fensores y las tres han sido acogidas por el TS. El propio TS reconoce que «es materia aún no pacífica, al menos en términos absolutos, la trascendencia invalidante que la ausencia del dictamen del Consejo de Estado... tiene en cuanto a los actos administrativos o disposiciones generales en cuya producción jurídica no fue observado dicho trámite de consulta, siendo el mismo preceptivo» (STS de 25 de febrero de 1994, Sala Especial del art. 61 LOPJ, Ar. 6352 de 1995).

El debate había girado en torno a los dos grados típicos de invalidez, esto es, nulidad absoluta o mera anulabilidad. Pero también se ha mantenido que la omisión del dictamen preceptivo no origina invalidez de ningún género. Así pretendieron razonarlo, tanto en recurso directo como indirecto, las SSTS de 7 de mayo y 2 de junio de 1987 (Ar. 5241 y 5908), a las que siguieron algunas otras¹⁰² hasta que el mismo TS rectificó formalmente esta jurisprudencia¹⁰³ que, por otra parte, mereció una contundente crítica doctrinal¹⁰⁴. Nos remitimos a ella. Baste decir que

¹⁰² Fundamentalmente, las más razonadas, SSTS de 29 de octubre de 1987 (Sala de Revisión, Ar. 7438) y, sobre todo, 26 de abril de 1988 (Ar. 3232). Reproduciendo y aceptando esta jurisprudencia sin añadir nuevos argumentos, SSTS de 15 de diciembre de 1987 (Ar. 9496), 12 de febrero de 1988 (Ar. 1133), 5 de marzo de 1988 (Ar. 1780), 16 de mayo de 1988 (Ar. 3757), 7 de junio de 1988 (Ar. 4601), 13 de junio de 1988 (Ar. 5332) y 25 de abril de 1989 (Ar. 3237), aunque, en general, invocando junto a la supuesta irrelevancia invalidante de la omisión del dictamen, las limitaciones del recurso indirecto contra reglamentos o, incluso, el carácter no ejecutivo del reglamento. Esta irrelevancia de los vicios de procedimiento se aplicó también a otros, como la falta de informe de la Secretaría General Técnica (STS de 20 de septiembre de 1978, Ar. 7233), *vid.* M. LÓPEZ BENÍTEZ, *En torno...*, cit., pág. 146.

¹⁰³ En recurso de revisión por STS de 16 de junio de 1989 (Ar. 3750 de 1992) y STS de 10 de mayo de 1989 (Ar. 3744 de 1992), esta última comentada por P. GONZÁLEZ SALINAS, «El dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales», *REDA* 67 (1990), págs. 467 a 470. Rechazando también aquella doctrina STS de 25 de febrero de 1994 (Sala Especial del art. 61 LOPJ, Ar. 6352 de 1995): «No puede asumir esta Sala... el criterio de la sentencia... de 7 de mayo de 1987 (Ar. 5241)... conforme a cuyo criterio el control preventivo o *ex ante* que cumple el referido trámite de informe del Alto Cuerpo Consultivo puede ser sustituido, sin merma de la validez, por el control *ex post* que de la misma norma pueda realizar la Jurisdicción; y en tales términos no cabe la asunción o ratificación de dicha tesis, por cuanto la misma vino a ser matizada o rectificadora por la de esta misma Especial de 16 de junio de 1989 (Ar. 3750 de 1992), cuyo núcleo o nervio argumental venía a impedir la confusión entre la función consultiva a cargo del Consejo de Estado y la de control jurisdiccional...». No obstante esta rectificación, aquellas SSTS de 1987 siguen siendo citadas como correctas por algunas posteriores como la de 27 de marzo de 1993 (Ar. 1918).

¹⁰⁴ *Vid.* A. E. de ASÍS ROIG, «Los efectos de la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en la elaboración de disposiciones generales», *Poder Judicial*, núm. 16 (1989), págs. 41-42 y 49 a 53; E. GARCÍA-TREVÍJANO GARNICA, «Efectos de la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado», *RAP*, núm. 118 (1989), págs. 241 y ss., en especial, págs. 251 a 256; R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado...*, cit., págs. 80 a 85; P. GONZÁLEZ SALINAS, «El dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales», *REDA*, 67 (1990), pág. 468; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1988, pág. 1165. Por contra, defiende la línea de estas sentencias M. V. de DIOS VIÉITEZ, «El dictamen del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos. ¿Control de legalidad o coparticipación en la potestad reglamentaria?», *REDA*, núm. 60 (1988), pág. 634.

aquellas sentencias partían de una inexacta configuración de la intervención del Consejo de Estado en estos procedimientos, como si sólo se tratara de un control *ex ante* de legalidad que puede suplir el control *ex post* de los Tribunales; que pretendían deducir de postulados ciertos, como la presunción de legalidad de los reglamentos o la no coparticipación del Consejo de Estado en la potestad reglamentaria, conclusiones excesivas; y que aplicaban erróneamente a los reglamentos una construcción discutible sobre los defectos formales de los actos¹⁰⁵ y su convalidación, combinándola con una acrobática interpretación del principio de economía procesal.

Superada esta «breve y efímera tendencia»¹⁰⁶, aceptemos, como dice la STS de 6 de noviembre de 1995 (Ar. 8165), «la trascendencia invalidante de la omisión del trámite establecido en el artículo 22.3 de la LO 3/1980 en los casos en que viene exigido», y centrémonos en la alternativa entre nulidad y anulabilidad.

En numerosas ocasiones el TS proclama la consecuencia de la nulidad radical de los reglamentos incurridos en este vicio de procedimiento¹⁰⁷. Cuenta, además, esta postura con sólido apoyo doctrinal¹⁰⁸, y la nulidad de pleno derecho ha sido, desde luego,

¹⁰⁵ De hecho, esta jurisprudencia criticada tenía algún precedente relativo a actos, no reglamentos, sin dictamen preceptivo del Consejo de Estado: así, STS de 13 de julio de 1983 (Ar. 4050): «carecería de sentido en este caso una nulidad de actuaciones cuando, por los elementos de juicio disponibles en ellas, no resulte imaginable que, de repetirse las mismas, pudiera llegarse a distinto resultado...». Sobre cómo la tradicional doctrina que niega relevancia aislada a los vicios de forma de los actos administrativos es, en sí misma, discutible, incluso sin aplicarse a los reglamentos, *vid.*, M. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, págs. 110 y ss.

¹⁰⁶ Así las califica J. J. SEBASTIÁN LORENTE, «El dictamen...», *op. cit.*, pág. 143.

¹⁰⁷ Entre otras, SSTs de 20 de enero de 1992 (Ar. 622); 13 de junio de 1992 (Ar. 5910); 20 de julio de 1992 (Ar. 6514); 23 de diciembre de 1991 (Ar. 302 de 1992); 19 de diciembre de 1989 (Ar. 1064), 19 de octubre de 1989 (Ar. 3882 de 1992, Revisión); 16 de junio de 1989 (Ar. 3750 de 1992); 10 de mayo de 1989 (Ar. 3744); 25 de mayo de 1988 (Ar. 3959); 20 de junio de 1986 (Ar. 3581); 9 de mayo de 1986 (Ar. 3060); 3 de marzo de 1986 (Ar. 1051); 1 de octubre de 1985 (Ar. 4530); 20 de julio de 1984 (Ar. 4872); 30 de noviembre de 1983 (Ar. 5868); 10 de diciembre de 1982 (Ar. 7955); 4 de noviembre de 1975 (Ar. 4878).

¹⁰⁸ Esta doctrina no está referida exclusivamente a la falta del dictamen del Consejo de Estado sino, en general, a todos los vicios de procedimientos con relevancia invalidante que, según esta tesis, siempre serán determinantes de nulidad y no de anulabilidad, categoría que excluye para los reglamentos. Es capital al respecto el clásico trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», *RAP*, núm. 29 (1959), págs. 167 y ss.; *vid.* también del mismo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, cit., pág. 13 y, después, con T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 7.ª ed., Madrid, 1995, pág. 210. También J. BERMEJO VERA, *La publicación de la norma jurídica*, Madrid, 1977, págs. 152-153, y «La "relativización" del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general», *REDA*, núm. 30 (1981), págs. 548-549; C. CHINCHILLA, «Nulidad y anulabilidad», en la obra colectiva dirigida por J. LEGUINA VILA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*,

la respuesta del mismo Consejo de Estado que así lo ha declarado reiteradamente ¹⁰⁹.

Pero también son numerosas las SSTS que expresamente rechazan la nulidad de pleno derecho y entienden que la omisión del dictamen sólo da origen a la anulabilidad del reglamento ¹¹⁰, tesis ésta asimismo sostenida por un notable sector doctrinal ¹¹¹, y que, además, en principio, parece compaginarse mejor con la jurisprudencia que rechaza la alegación de vicios de procedimiento —entre ellos, el de la falta del dictamen del Consejo de Estado— en los recursos indirectos contra reglamentos ¹¹².

Este panorama es comprensible porque realmente nuestro Derecho positivo no resuelve la alternativa entre nulidad y

Madrid, 1993, pág. 204. Matizadamente, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, I, 7.ª ed., Madrid, 1995, págs. 74-75.

¹⁰⁹ Entre otros muchos, dictámenes 45.853, de 17 de noviembre de 1983 (RD-L 212) y 44.000, de 13 de mayo de 1982 (RDL 144). Ya en la Moción de 1969 decía que se trata de un «requisito esencial y de orden público para la validez del reglamento ejecutivo, de manera que su omisión acarrea la nulidad de la disposición reglamentaria (...) apreciable por los Tribunales, incluso de oficio».

¹¹⁰ SSTS de 17 de noviembre de 1993 (Ar. 3774); 15 de marzo de 1987 (Ar. 9496); 5 de abril de 1974 (Ar. 1781), entre otras.

¹¹¹ Vid. R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I/1, 10.ª ed., Madrid, 1993, págs. 119-120; J. M. BOQUERA OLIVER, «Las ilegalidades formales y materiales de las disposiciones reglamentarias», *Rev. de Derecho Público*, núm. 57 (1975), págs. 63 a 69, y, después, «Enjuiciamiento en inaplicación judicial de los Reglamentos», *REDA*, núms. 40-41 (1984), sobre todo págs. 31 a 33, para quien el reglamento sólo sería nulo por motivos formales en los casos del art. 47.1.a) y c) LPA, esto es, incompetencia manifiesta y falta total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, más infracción de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; y F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, III, Madrid, 1963, págs. 78 y ss.

¹¹² Son numerosísimas las SSTS que acogen esta jurisprudencia abrumadoramente mayoritaria, entre ellas, las siguientes: 23-6-1973 (Ar. 2731); 13-11-1973 (Ar. 4139); 18-12-1973 (Ar. 4603); 5-4-1974 (Ar. 1781); 6-4-1974 (Ar. 1870); 23-10-1974 (Ar. 3948); 24-9-1975 (Ar. 3280); 23-9-1977 (Ar. 3540); 3-11-1986 (Ar. 7735); 17-3-1987 (Ar. 3774); 30-3-1987 (Ar. 4162); 15-12-1987 (Ar. 9496); 12-2-1988 (Ar. 1133); 5-3-1988 (Ar. 1780); 5-5-1988 (Ar. 3719); 16-5-1988 (Ar. 3757); 23-5-1988 (Ar. 3918); 4-6-1988 (Ar. 4380); 13-6-1988 (Ar. 5332); 3-10-1988 (Ar. 7419); 20-1-1989 (Ar. 9397); 21-2-1989 (Ar. 1132); 11-3-1989 (Ar. 1971); 25-4-1989 (Ar. 3237); 17-10-1989 (Ar. 5832); 25-10-1991 (Ar. 8716); 27-11-1989 (Ar. 8328); 20-11-1991 (Ar. 8766); 6-7-1992 (Ar. 5966); 13-1-1993 (Ar. 1); 20-1-1993 (Ar. 3); 17-11-1993 (Ar. 8220); 17-11-1993 (Ar. 8444); 25-2-1994 (Ar. 6352 de 1995, Sala Especial del art. 61 LOPJ); 8-7-1994 (Ar. 5677); 28-9-1994 (Ar. 7117); 31-1-1995 (Ar. 455); 2-6-1995 (Ar. 4865); 15-11-1995 (Ar. 2653 de 1996)...

No obstante, también hay algunas SSTS en sentido contrario: 12-11-1962 (Ar. 4111); 4-11-1975 (Ar. 4878); 14-11-1987 (Ar. 7881); 1-3-1988 (Ar. 1640). Además, aquella jurisprudencia mayoritaria dista de ser pacífica en la doctrina; *vid.*, J. GONZÁLEZ PÉREZ, «Una exclusión del recurso contencioso-administrativo por vía jurisprudencial: el control de los vicios de procedimiento de elaboración de disposición de carácter general», *REDA*, núm. 9 (1976); E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, cit., págs. 13 y ss.; A. E. ASÍS ROIG, «Los efectos...», *op. cit.*, págs. 43 a 48; J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, «Consejo de Estado y Comunidades Autónomas (Notas a la STC 204/1992, de 26 de noviembre, Decreto valenciano sobre el juego del bingo)», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1994 v(3), págs. 775-776, nota 5; G. GARCÍA FERNÁNDEZ, Revisión al libro de R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado...*, publicada en *RAP* 128 (1992), págs. 517.

anulabilidad del reglamento con vicios de procedimiento ni ofrece elementos bastantes para una respuesta segura. Lo que se necesita en este punto es una solución legislativa clara que faltaba en la LPA de 1958, en la LRJAE y que, desde luego, la Ley 30/1992 (LAP) no ha ofrecido. Porque, por más que se quiera ver lo contrario, el artículo 62.2 LAP no permite deducir si los defectos de procedimiento relevantes son causa de nulidad o anulabilidad del reglamento, y tampoco la desaparición de la antigua regla sobre la insubsanabilidad de la falta de informes preceptivos (art. 53.5 LPA de 1958, imposibilidad de convalidar que ahora no recoge el art. 67 LAP) es definitiva ¹¹³.

Importa aquí recordar que «las modalidades de la invalidez no son categorías lógicas que puedan descubrirse o construirse exclusivamente con razonamientos de este tipo, sino, ante todo, con la regulación que el legislador ha dictado para tratar diferentes casos...»; y que cuando el legislador «como es usual, determina sólo algunos extremos, ello no justifica, por sí, la adscripción del supuesto a la categoría típica que muestra esta característica, para atribuir, entonces, todas las demás que el legislador no ha mencionado». Interesa todavía añadir que «el legislador bien puede establecer particulares regímenes de invalidez o ineficacia que no se atengan a los moldes de la nulidad y la anulabilidad, sin necesidad de darles nombre doctrinal alguno, sino señalando directamente sus características (por ejemplo, legitimados para hacerla valer, plazo, posibilidad de convalidación...)» ¹¹⁴. Ello puede ser oportuno para el problema que estudiamos pues ninguno de los dos regímenes típicos de invalidez resulta completamente adecuado al caso de los reglamentos sin la consulta preceptiva al Consejo de Estado u otros defectos formales relevantes. Pero incluso reconocido que el origen de los problemas está en la insuficiencia del Derecho positivo, no cabe mantener por más tiempo una situación en la que abiertamente coexisten dos tendencias jurisprudenciales entre las que cada sentencia opta libérrimamente. Urge corregir ese estado de cosas y que la

¹¹³ Entre otras cosas porque la desaparición de aquella regla ni siquiera significa que la falta de cualquier informe preceptivo sea convalidable en todo caso ni, en concreto, en el del dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de reglamentos. Éste es el parecer del propio Consejo de Estado en su dictamen 184/1994, de 24 de febrero. *Vid.* también C. CHINCHILLA, *Nulidad...*, cit., pág. 213; J. J. LAVILLA RUBIRA, «Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos», en la obra colectiva coordinada por B. Pendás, *Administraciones públicas y ciudadanos. Estudio sistemático de la Ley 30/1992*, Barcelona, 1993, y, aunque con un planteamiento peculiar, M. BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., págs. 247 a 260.

¹¹⁴ J. L. LACRUZ BERDEJO, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVARRÍA y F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, 2.ª ed., Barcelona, 1987, págs. 350-351.

jurisprudencia cumpla su función, quizá, con una doctrina de síntesis que, en la línea antes apuntada, componga un peculiar régimen de invalidez para los reglamentos afectados por estos vicios formales.

En cualquier caso, la invalidez sólo debe anudarse a la falta de consulta, no a su formulación incorrecta o prematura que sólo excepcionalmente, cuando impidan que el Consejo de Estado cumpla su función, debe acarrear consecuencias tan graves. Por regla general, esos defectos deberán ser considerados irregularidades no invalidantes.

Además, si se pidió el dictamen y éste no fue emitido por el Consejo de Estado en el plazo previsto (dos meses, salvo excepción, art. 128 del ROCE), la disposición que se dicte tampoco estará viciada de nulidad o anulabilidad: no se trata de asimilar la falta de emisión del informe solicitado al silencio positivo ni a ningún tipo de acto presunto, lo cual carecería de todo fundamento y sentido en este contexto, sino de una consecuencia elemental de los principios que inspiran y rigen el procedimiento administrativo y el régimen de invalidez, unida al artículo 83.3 LAP que, al menos en lo que se refiere a la elaboración de disposiciones generales, resulta aplicable al dictamen del Consejo de Estado¹¹⁵.

B) VALIDEZ DE LAS LEYES APROBADAS SIN QUE EL ANTEPROYECTO CONTARA CON EL DICTAMEN PRECEPTIVO

El mismo Consejo de Estado ha reconocido que la falta de su dictamen en los reducidos supuestos en que los anteproyectos de Ley lo requieren preceptivamente no afecta de ninguna forma a la validez de la Ley que finalmente aprueben las Cortes: «La omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de una norma emanada de la potestad legislativa no tiene efecto invalidante», ya que «la suprema calidad representativa de las Cortes Generales tiene la virtud de convalidar cualquier defecto de tramitación que no revista caracteres de inconstitucionalidad»¹¹⁶. Unanimidad doctrinal existe en la conclusión de la irrelevancia invalidante del

¹¹⁵ En contra, con argumentos que no nos resultan convincentes, D. V. BLANQUER CRIADO, *Consejo de Estado...*, cit., págs. 204 a 207. Entiendo que no hay nada que justifique que el trámite de consulta al Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales esté exceptuado de las reglas generales y que la inactividad de este órgano pueda paralizar indefinidamente la decisión.

¹¹⁶ Dictamen 44399, de 8 de julio de 1982 (Rec. 68).

defecto producido con anterioridad a la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley ¹¹⁷, que, si acaso, podrá tener consecuencias en el plano de la responsabilidad política ¹¹⁸.

C) INVALIDEZ DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS APROBADOS SIN CONSULTAR AL CONSEJO DE ESTADO

Pese al rango de ley que, en principio, cabe predicar de los decretos legislativos, su aprobación por el Gobierno impide hablar de cualquier efecto convalidatorio sin que, por otra parte, surjan dificultades para su control jurisdiccional. La consecuencia de la falta de consulta al Consejo de Estado, por tanto, tiene que ser la invalidez del decreto legislativo y su posible declaración por los Tribunales. La STS de 18 de marzo de 1981 (Ar. 958) es terminante a este respecto. Tras declarar que se encuentra ante «un supuesto de lo que la doctrina administrativa llama Decretos legislativos» afirma que «el dictamen del Consejo de Estado es una exigencia común para los Textos Refundidos y los Textos Articulados, al ser un requisito *ad solemnitatem* e imprescindible, y ello aunque... no sea vinculante para el Gobierno y éste pueda separarse del mismo, por todo lo cual, al haberse prescindido de este trámite esencial e inexcusable, la Sala ha de *anular todo lo actuado...*» ¹¹⁹. Igualmente, la doctrina coincide en ese efecto inva-

¹¹⁷ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit., págs. 113 y 180-181, donde se refiere a la imposibilidad de control de las formalidades internas de las leyes (*interna corporis acta*) por los Tribunales ordinarios y al hecho de que la ley aprobada tendría la misma fuerza que la ley que impone el trámite. Pero este último argumento sería también aplicable a los Decretos legislativos que, sin embargo, si se consideran inválidos cuando no cuentan con el dictamen preceptivo, según veremos de inmediato. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, pág. 677, apunta y rechaza la explicación según la cual «estos vicios en los *interna corporis* son irrelevantes por cuanto resultan subsanados o convalidados *a posteriori* por la aprobación parlamentaria del proyecto...; lo que ocurre es que es irrelevante por motivos puramente procesales por cuanto no existe Tribunal que sea competente para declararlo...». Vid. también R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, II, Madrid, 9.ª ed., 1995, págs. 350-351. Con matices de interés, C. RUIZ MIGUEL, *Consejo de Estado...*, págs. 139-140.

¹¹⁸ Solución similar debe adoptarse para los tratados internacionales que, sin informe del Consejo de Estado, son autorizados por las Cortes Generales. Vid. C. RUIZ MIGUEL, *Consejo de Estado...*, cit., pág. 137. Las dificultades surgen si no se ha producido esa intervención parlamentaria y el Gobierno actuó sin pedir el dictamen del Consejo de Estado. Aunque en esta cuestión influyen muy diversos factores que hacen compleja una respuesta segura, entiendo que por lo general la omisión de consulta al Consejo de Estado no debe tener consecuencias invalidantes, con independencia de que sí las tenga la falta de la autorización de las Cortes en alguno de los casos del artículo 94.1 CE.

¹¹⁹ Sobre esta sentencia vid. J. TORNO MAS, «De nuevo sobre el control de los Decretos legislativos: la declaración de nulidad, por vicios de carácter procedimental, del Decreto de 20 de diciembre de 1974», *REDA*, núm. 32, págs. 885 y ss. Es accesorio a los efectos que nos ocupan que la norma anulada en este caso mereciera o no realmente la calificación de Decreto legislativo, cuestión que he analizado en *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid,

lidante y en que así puede ser declarado por los Tribunales contencioso-administrativos ¹²⁰.

Córdoba, a 31 de agosto de 1996

ADDENDA

Con posterioridad a la terminación de este trabajo se han producido algunas novedades. Sólo de las imprescindibles y en la medida mínima procede dar noticia aprovechando indebidamente la corrección de pruebas. Sin entrar pues en las aportaciones doctrinales posteriores ni en la última jurisprudencia, sí es necesario dejar constancia de las reformas legislativas.

La aprobación de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), no afecta directa e inmediatamente a lo aquí expuesto, pero sí tiene una repercusión indirecta. Su disposición adicional séptima se limita a decir que «el Consejo de Estado se regirá por su legislación específica». Además, no regula el procedimiento de elaboración de disposiciones generales. Sin embargo, deroga, aunque aplazando la efectividad de la derogación «en tanto no entre en vigor la Ley que regule el Gobierno», los preceptos de la LRJAE y de la LPA de 1958 que aquí han sido citados.

El Proyecto de Ley del Gobierno, cuya conversión en Ley parece inminente, sí supone algún cambio, aunque menor. Su artículo 5, al enumerar las competencias del Consejo de Ministros, se refiere a la de «aprobar los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes, *previo dictamen del Consejo de Estado...*». Por el contrario, el mismo artículo nada indica sobre el dictamen del Consejo de Estado para la aprobación de Decretos Legislativos. Regulará igualmente esta Ley el procedimiento de elaboración de los reglamentos pero, al igual que el artículo 130.3 de la Ley de Procedimiento de 1958, no se hace nada más que una

1989, págs. 492 a 494. Lo importante es que el TS entendió que un Decreto legislativo dictado sin solicitar el dictamen del Consejo de Estado era nulo.

¹²⁰ En este sentido, ver E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, cit., págs. 146 y 179, nota 3; y J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., págs. 677-678. Con todo, y pese a que en este punto el TS no ha tenido ocasión de mostrar las mismas vacilaciones que ha tenido respecto a los reglamentos con igual vicio, cabría dudar entre nulidad y anulabilidad, o plantear si ello podría ser objeto de un recurso indirecto o, incluso, si permite su simple inaplicación por un Tribunal de un orden jurisdiccional distinto del contencioso-administrativo. No es, sin embargo, un defecto que pueda ser controlado por el Tribunal Constitucional.

alusión genérica a posibles dictámenes preceptivos, sin mencionar específicamente el del Consejo de Estado.

En suma, el panorama normativo no cambiará y cuanto aquí se ha desarrollado mantendrá su vigencia sin más diferencia que las de adaptar las citas de la LRJAE y LPA de 1958 a los preceptos equivalentes de la Ley del Gobierno.