

EFFECTOS DE LA OMISION DEL PRECEPTIVO DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión.—II. Posición de la jurisprudencia en torno al problema.—III. La intervención del Consejo de Estado en el procedimiento.—IV. Consultas preceptivas y facultativas.—V. Posición y crítica de la Sentencia de 2 de junio de 1987.—VI. Algunas precisiones en torno a la configuración del Consejo de Estado.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El Tribunal Supremo, con fecha 2 de junio de 1987, ha dictado una sentencia en relación con los efectos invalidatorios derivados de la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado, sentencia que estimo de especial interés por introducir una posición nueva en lo que venía siendo hasta ahora jurisprudencia pacífica (1).

En esta sentencia, que será comentada más adelante, se llega a la conclusión de que la omisión del dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de reglamentos ejecutivos no comporta la invalidez de éstos, aunque recuerda la obligación de solicitarlo cuando así esté establecido como preceptivo por el ordenamiento jurídico.

Antes de entrar a analizar cada uno de los argumentos utilizados por la sentencia para apoyar tal conclusión, estimo preciso resaltar que la doctrina que sienta dicha sentencia es, aparte de relativamente nueva, cuanto menos peligrosa, pues su generalización daría al traste con una garantía interna en el procedimiento, garantía tanto del administrado como de la propia Administración.

En mi opinión, han influido decididamente en la solución adoptada por la sentencia las peculiaridades específicas del supuesto concreto resuelto, aunque ciertamente —y de ahí su peligrosidad— los argumentos utilizados por ésta son fácilmente extrapolables a casos similares.

Efectivamente, el recurso contencioso-administrativo se interpuso entonces contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada presentado, a su vez, contra una resolución de la Secretaría General para el Consumo de 27 de noviembre de 1983, por la que se impuso una multa a la Entidad recurrente. Dicha multa tenía su amparo

(1) Posteriormente, en este mismo sentido, *vid.*, entre otras, las Sentencias de 13 y 25 de mayo de 1988.

en el Decreto 3052/1966, de 17 de diciembre, sobre infracciones administrativas y sanciones en materia de disciplina de mercado. Dos aspectos debieron tener, a mi juicio, una especial influencia para llegar a la solución adoptada:

A) Por un lado, la Sociedad recurrente utilizó como único y exclusivo argumento de su pretensión la invalidez por motivos estrictamente formales del Decreto 3052/1966, de 17 de noviembre, al haberse omitido el preceptivo dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración: su invalidez comportaría la de la sanción impuesta a la Sociedad recurrente. Pero ningún argumento utilizó ésta para justificar la posible invalidez de fondo del citado Decreto; se fundamentó, como digo, exclusivamente en motivos formales.

B) Por otro lado, el Decreto tildado de inválido databa nada menos que del año 1966, y su declaración de invalidez por motivos formales transcurridos más de veinte años constituía, con seguridad, una solución extremadamente violenta.

Aunque estas dos circunstancias debieron tener, como se dice, una influencia psicológica directa en la solución adoptada, sin embargo, la argumentación en que se apoya para llegar a ésta no se circunscribe al caso concreto, sino que, por el contrario, se formulan una serie de observaciones generales extensibles —¿por qué no?— incluso a los actos administrativos, y no ya sólo a los actos generales normativos (reglamentos).

Las conclusiones fundamentales a las que llega la sentencia son las dos siguientes:

1. La omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado no comporta la nulidad de la disposición general dictada.

Como se verá más adelante, ello significa que cuando el dictamen deba solicitarse por exigirlo así de manera expresa una disposición legal concreta, su omisión comportará el surgimiento de un denominado vicio inoperante; es decir, existirá una actuación irregular, pero sin que tenga efecto invalidatorio alguno.

2. Consciente de lo arriesgado de tal posición, la sentencia se ve en la obligación de recordar el deber de la Administración de solicitar el dictamen, insistiendo formalmente en que la tesis sostenida no comporta una depreciación de dicho dictamen, ni una atenuación de su exigencia.

Sin embargo, según veremos, parece ciertamente contradictorio (si no ilusorio) negar efecto invalidatorio a la omisión del dictamen del Consejo de Estado y, a su vez, sostener que la intervención del Consejo de Estado no es objeto de depreciación alguna. Se olvida con ello que la importancia y trascendencia de un trámite o actuación está normalmente en función directa del efecto derivado de su incumplimiento. Por ello, aun cuando los dictámenes emitidos por el Consejo de Estado puedan ser de calidad similar, la trascendencia de su intervención será sensiblemente diversa según se sostenga la invalidez o

no del acto general o singular dictado sin haberse emitido previamente el oportuno dictamen preceptivo; otra postura no supone sino dar la espalda a la realidad.

II. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN TORNO AL PROBLEMA

Con anterioridad a la citada sentencia del 2 de junio de 1987, la jurisprudencia se mostraba constantemente favorable a la calificación de la omisión del dictamen del Consejo de Estado como un vicio esencial del procedimiento, encuadrable, en el caso de disposiciones administrativas (reglamentos), en el apartado 2 del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y en el caso de actos administrativos en el apartado 1.c) del mismo precepto, es decir, nulidad de pleno derecho de los actos «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello...».

En definitiva, venía equiparándose a esta falta total del procedimiento la ausencia de trámites concretos que se consideraban esenciales, como es el caso de la omisión del dictamen del Consejo de Estado cuando el mismo resulta preceptivo (2). Entre otras muchas, cabe destacar las sentencias de 25 de enero de 1982, 12 de junio de 1982, 12 de julio de 1982, 15 de enero de 1982, 30 de noviembre de 1983, 27 de abril de 1984, 16 de junio de 1984, 19 de junio de 1984, 27 de septiembre de 1984, 20 de julio de 1984, 8 de octubre de 1984, 10 de diciembre de 1984, 18 de marzo de 1985, 10 de junio de 1985, 1 de octubre de 1985, 12 de diciembre de 1985, 3 de marzo de 1986, 20 de junio de 1986, 19 y 20 de enero de 1987, 11 de mayo de 1987, 21 de septiembre de 1987, 24 de octubre de 1987, 14 de noviembre de 1987, 18 de marzo de 1988 y 14 de mayo de 1988 (3). Todas ellas llegan a la misma conclusión. El dictamen del Consejo de Estado constituye un trámite esencial, imprescindible e insubsanable, y su omisión constituye un vicio de nulidad radical, lo que comportará la necesaria retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a aquel en que tal vicio se produjo.

Es corriente encontrarse con calificaciones sobre el dictamen del Consejo de Estado (efectuadas por el Tribunal Supremo) del siguiente tenor: «requisito esencial», «trámite inexcusable», de «absoluta exigencia», «indispensable», cuya omisión constituye un «vicio de forma grave», «vicio insubsanable», «defecto de forma esencial» o «defecto de trámite de carácter sustancial». Todas estas calificaciones pretenden poner de manifiesto que se trata de un trámite procedimental de especial cualificación.

No se niega que en alguna sentencia aislada se sostuviera que la

(2) Vid. J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los Actos Administrativos*, Civitas, 1986, pág. 395.

(3) Obsérvese que muchas de ellas son incluso de fecha posterior a la que es objeto central del presente estudio.

omisión del dictamen constituía no ya un vicio de nulidad radical, sino de anulabilidad, por supuesto referido a actos administrativos y no a disposiciones generales. Así, por ejemplo, la sentencia del 27 de noviembre de 1982, tras calificar la audiencia del Consejo de Estado en la interpretación de los contratos administrativos como un requisito formal indispensable para que el acto administrativo pueda alcanzar su fin, afirmaba a continuación que la falta de este requisito indispensable da lugar a la «anulación de los actos administrativos que adolecen de la misma, según dispone el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958...». Concluía la sentencia anulando las actuaciones habidas.

Sin detenernos más en esta cuestión, únicamente debe señalarse que esta sentencia, en definitiva, anuló las actuaciones, si bien lo hizo a través de una vía inadecuada, como es, en mi opinión, el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo. No obstante, una vez anulado un acto, ya por vicio de nulidad radical, ya de anulabilidad, el efecto será el mismo; la regla general es la eficacia general —salvo excepciones que la propia norma puede prever (por ejemplo, el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo)— *ex tunc* de la declaración de invalidez de un acto, cualquiera que sea el grado de invalidez del mismo, pues el acuerdo que reconozca la invalidez será siempre declarativo; la diferencia de intensidad entre nulidad y anulabilidad opera en otros campos (por ejemplo, plazo para su declaración, subsanación, etc.), pero no en éste, una vez la invalidez ha sido efectivamente reconocida (4).

III. LA INTERVENCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL PROCEDIMIENTO

La intervención del Consejo de Estado se produce en el seno del procedimiento administrativo y es inmediatamente anterior a la resolución final del mismo. Como se indicó en otro lugar (5), el dictamen del Consejo de Estado es, obviamente, anterior al acto final, pues en otro caso perdería su función de ilustrar a este último, lo que no es obstáculo para que en algún caso se prevea en nuestro derecho positivo el dictamen posterior a la adopción del acto, como, por ejemplo, en el artículo 22.6 de la Ley Orgánica de 22 de abril de 1980, al posibilitar que se solicite el dictamen del Consejo de Estado con carácter previo o posterior a la propia interposición del recurso de inconstitucionalidad contra las resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. No obstante, lo normal, como se dice, es que el dictamen sea anterior a la decisión misma (6).

Su función es la de ilustrar a la Administración activa al dictar el acto final, ilustración que en modo alguno es exclusivamente jurídica,

(4) Vid. J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *ob. cit.*, págs. 387 y ss.

(5) Vid. J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *ob. cit.*, págs. 387 y ss.

(6) CORDERO TORRES señalaba como una de las características de los dictámenes la de ser anteriores a la decisión; vid. *El Consejo de Estado*, Instituto de Estudios Políticos, 1944.

sino jurídico-administrativa. Como ha indicado GARCÍA-TREVIJANO FOS (7), ello significa que, por ejemplo, cuando existen cláusulas elásticas en las normas, el Consejo de Estado no debe limitarse a remitir al Gobierno para que actúe valorándolas, sino que debe valorarlas él mismo, a fin de dar luz sobre sus posibilidades. Así se deduce actualmente del artículo 2.1 de su Ley Orgánica reguladora, de 22 de abril de 1980, al disponer que en el ejercicio de la función consultiva el Consejo de Estado velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (aspecto jurídico), valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines (aspecto jurídico-administrativo).

Pues bien, la intervención del Consejo de Estado en el seno del procedimiento constituye una garantía tanto para la Administración consultante como para los administrados afectados. Para aquélla porque verá valorada su pretensión por un órgano objetivo e independiente, que le pondrá de manifiesto los defectos que detecte; el dictamen le servirá para subsanar las deficiencias observadas, o, cuando éstas no existan, incluso como apoyo de la actuación perseguida. Sin embargo, no debe olvidarse que el Consejo de Estado no ha sido concebido como órgano para justificar actuaciones de la Administración activa, sino para enjuiciarlas y controlarlas de manera objetiva; de ahí la necesaria separación y distanciamiento de ésta respecto a la Administración consultante. La sentencia de 20 de junio de 1986 puso explícitamente de manifiesto «... la propia finalidad perseguida con la audiencia al Alto Organismo Consultivo, de garantía de acierto en la sujeción jurídica a la Ley del reglamento o disposición general que la desarrolla y aplica...». En este mismo sentido se expresan, entre otras, las sentencias de 19 de julio de 1984 y 1 de octubre de 1985.

Para el administrado la intervención del Consejo de Estado constituirá una garantía de salvaguarda de sus derechos, toda vez que éste velará por evitar actuaciones arbitrarias de la Administración activa, y asimismo evitará posibles defectos detectados en los procedimientos, toda vez que, no se olvide, el Consejo de Estado emite su dictamen inmediatamente antes de la resolución final, por lo que le es relativamente fácil detectar los posibles vicios existentes. La sentencia de 27 de abril de 1984 confirma lo anterior al señalar que la intervención del Consejo de Estado constituye «... una garantía para los fundamentales derechos de los administrados...».

Dos circunstancias ponen de manifiesto la importancia de tal intervención:

1. La función consultiva es llevada a cabo por un órgano con autonomía orgánica y funcional que garantiza su objetividad e independencia (art. 1.2 de la Ley Orgánica de 22 de abril de 1980). No se trata, por

(7) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, vol. II, Edersa, pág. 670.

tanto, de un órgano sometido a las directrices de la Administración consultante. Es más, podría afirmarse que la importancia y trascendencia del Consejo de Estado es directamente proporcional a su independencia y objetividad, aspecto éste que será abordado más adelante.

La garantía de acierto y oportunidad de la resolución final deriva de la propia experiencia y preparación del Consejo de Estado, en donde se aglutinan multitud de expedientes diversos que permiten un conocimiento global y práctico de la actividad administrativa completa.

2. La intervención del Consejo de Estado se produce en el seno del procedimiento administrativo mismo, aspecto éste de especial importancia. En efecto, el Alto Órgano Consultivo interviene en el seno del procedimiento como una especie de juez imparcial, en muchas ocasiones incluso sosteniendo tesis más aperturistas que el propio Tribunal Supremo; por ejemplo, en la condena de la Administración vía el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (indemnización por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos), reconocimiento de intereses en las cantidades adeudadas, etc. Pues bien, al producirse su intervención objetiva e imparcial con anterioridad al acto final, el administrado verá en multitud de ocasiones satisfechas sus pretensiones en vía administrativa, lo que le evitará el calvario de tener que agotar los recursos en vía administrativa para acudir con posterioridad a la jurisdicción contenciosa.

A veces, no es fácilmente detectable la influencia e importancia de la intervención del Consejo de Estado, precisamente porque la resolución final del procedimiento administrativo no es recurrida por el interesado al satisfacer plenamente sus pretensiones o, por qué no, al desalentarle ante los argumentos utilizados en el dictamen para rechazar la pretensión.

En definitiva, es difícil conocer que numerosos procesos contencioso-administrativos son evitados gracias a la existencia de un control *ad intra* en el procedimiento administrativo. Y no debe olvidarse que la Administración activa, en la generalidad de los casos, asume el dictamen del Consejo de Estado, actuando según los argumentos y directrices dados por éste. Basta para advenir tal afirmación los datos numéricos que obran en la Memoria que cada año eleva el Consejo de Estado al Gobierno de la Nación. Así, por ejemplo, en el año 1987 se tuvo conocimiento de 625 decisiones recaídas en expedientes dictaminados por el Consejo de Estado; de ellas, 620 se adoptaron de acuerdo con el Consejo de Estado, tres oído el Consejo de Estado, y dos oído el Consejo de Estado y de acuerdo con votos particulares. Como se observa, los porcentajes son concluyentes.

La intervención del Consejo de Estado, por ejemplo, en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general da lugar a que, como consecuencia de las observaciones formuladas, en ocasiones no vea la luz la disposición o texto proyectado. Podría decirse que la importancia del Consejo de Estado está muchas veces más en lo que

no se ve que en lo que se ve, en lo interno, más que en lo que tiene trascendencia externa.

IV. CONSULTAS PRECEPTIVAS Y FACULTATIVAS

La anterior exposición ha sido necesaria para comprender en sus justos límites cuál es la posición correcta, a mi juicio, en el tema objeto de debate, es decir, cuál es el efecto de la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado. Con tal exposición ha querido ponerse de manifiesto —se insistirá mas adelante— que no se trata de un mero trámite sin más, sino que tiene una trascendencia e incluso proyección en la salvaguarda de los derechos de los administrados, aparte de tener un engarce directo en la propia Constitución.

Antes de entrar a enjuiciar las argumentaciones utilizadas por la sentencia de 2 de junio de 1987 para justificar su posición, es necesario encuadrar el ámbito al que parece afectar la citada sentencia. Para ello es preciso comenzar distinguiendo entre la consulta preceptiva y facultativa al Consejo. Esta última, aparte de no ser vinculante, dependerá enteramente de la voluntad del órgano consultante; normalmente, estas consultas facultativas se producen en relación con asuntos de cierta complejidad jurídico-administrativa.

Existirá la consulta preceptiva cuando así se establezca de manera expresa en la propia Ley del Consejo de Estado «o en otras Leyes» (art. 2.2 de la Ley Orgánica de 22 de abril de 1980). Los dictámenes preceptivos se dividen, a su vez, en vinculantes, quasi-vinculantes y no vinculantes o libres. Según expone GARCÍA-TREVIJANO FOS (8), los primeros son los que obligan a actuar en el sentido dictaminado; los segundos vinculan en algún sentido, bien actuando en una forma, pero pudiendo no hacerlo. Los últimos son aquellos que pueden ser seguidos o no por el órgano decisor.

No se trata de analizar en este lugar cada una de las citadas categorías, sino que me propongo exclusivamente delimitar el ámbito afectado por la sentencia comentada de 2 de junio de 1987.

En efecto, dejamos aparte las consultas facultativas, toda vez que, como su propio nombre indica, su existencia dependerá enteramente de la voluntad de la Administración consultante, de tal forma que su omisión no comportará, lógicamente, vicio alguno.

La problemática planteada por la sentencia surge, por tanto, en relación con las consultas preceptivas, si bien cabría preguntarse si la postura sostenida por ésta es aplicable no sólo a las preceptivas no vinculantes, sino también a las vinculantes y quasi-vinculantes.

El asunto resuelto por la sentencia se refería a un reglamento ejecutivo y, por ello, a una consulta preceptiva no vinculante. Aun cuan-

(8) Vid. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, vol. II, págs. 675 y ss. PÉREZ HERNÁNDEZ habla de dictamen no vinculante, vinculante y obstativo; vid. *El Consejo de Estado*, Madrid, 1965.

do creo que seguramente la postura adoptada por la sentencia no habría sido la misma en los demás supuestos de consultas preceptivas (vinculantes y quasi-vinculantes), estimo necesario hacer algunas aclaraciones o precisiones para evitar una extrapolación de su doctrina a tales supuestos. Es más, podría decirse que el primer exceso de la sentencia consiste en no haber ceñido, consciente o inconscientemente, su doctrina al supuesto específico enjuiciado, lo que da lugar a una cierta complejidad a la hora de aplicar o no dicha doctrina a supuestos concretos distintos del que dio origen a su formulación.

En todo caso, no parece que haya sido intención de la sentencia llegar a la calificación práctica como vicio inoperante de la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado en supuestos de vinculación o quasi-vinculación, pues ello habría obligado a formular argumentaciones distintas para, en definitiva, convertir en papel mojado la dicción clara y literal de la Ley, aunque fuera mediante interpretaciones más que discutibles. Piénsese, por ejemplo, en la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho regulada en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo; sería sin duda un exceso interpretar que, cuando la Ley exige clara y terminantemente que para que proceda la revisión de oficio concurra el dictamen favorable del Consejo de Estado, puedan, sin embargo, los Tribunales enjuiciar el fondo aun cuando se haya omitido tal dictamen. No debe olvidarse que cuando el administrado llega a la sede jurisdiccional, va a remolque de un acto que estima contrario a derecho y que se presume válido, situación bien distinta a que dicho acto quede abortado en el procedimiento administrativo mismo merced al dictamen del Consejo de Estado, siempre que concurran causas para ello; precisamente tal es la *ratio* del citado artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al pretender el legislador establecer una garantía especial y trascendente a fin de evitar posibles abusos en la revisión de oficio de actos declarativos de derechos, limitando su operatividad a aquellos casos en los que un órgano imparcial, independiente y con especial preparación así lo estime dentro del procedimiento administrativo mismo (9). La argumentación cabría trasladarla a la revisión de oficio de actos anulables regulada en el artículo 110.2 del mismo texto legal, dictamen que cabría calificar como quasi-vinculante si se acepta que, detectado un vicio de

(9) En ocasiones se produce una especie de «revisión de oficio-castigo», particularmente en el ámbito de las Administraciones Locales, cuando la Administración amenaza, más o menos veladamente, a un administrado con iniciar un expediente de revisión de oficio de un acto administrativo (que adolece de un supuesto vicio de nulidad) si no se pliega a sus pretensiones. No es extraño encontrar expedientes de revisión de oficio de los que se desprende claramente que la finalidad perseguida no es en realidad la simple eliminación del mundo jurídico de un acto nulo; qué duda cabe en tales casos de la función garantizadora del Consejo de Estado, dirigida a evitar dichos abusos. Vid., en general, Jaime AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, *Veinticinco años de la revisión de las disposiciones reglamentarias*, núm. 103 de esta REVISTA, págs. 141 y ss., y *Una aproximación a la redefinición de las relaciones Consejo de Estado-Corporaciones Locales en el nuevo marco constitucional*, núm. 105 de esta REVISTA, págs. 27 y ss.

anulabilidad, la Administración no puede revisar el acto sin el dictamen favorable del Consejo de Estado, si bien aun detectado el vicio podría no revisarlo (10).

La distinción de efectos entre las consultas preceptivas no vinculantes y las vinculantes o quasi-vinculantes ha sido puesta de manifiesto en alguna sentencia por el propio Tribunal Supremo, aun cuando, como veremos, mi opinión es contraria a la pretendida asignación de efectos diversos en función de que se trate de uno u otro tipo de consulta (siempre preceptiva). Tal distinción de efectos se deduce en uno y otro caso, por ejemplo, de la sentencia de 13 de julio de 1983, en la que, si bien en principio se reconocía la gravedad de la infracción procedimental al omitirse el dictamen, se decía a continuación que «... una reiterada y constante jurisprudencia de este Tribunal ha venido proclamando que la omisión del trámite de consulta preceptiva y concretamente del informe del Consejo de Estado, constituye una grave infracción procedimental, determinante de la nulidad del expediente y del acuerdo que lo resuelve, cuya subsanación tiene que producirse a través de una retroacción del procedimiento al momento inmediato anterior a aquel en que se cometió la falta; sentencias de 12 de octubre de 1906, 21 de abril de 1908, 7 de octubre de 1913, 28 de abril de 1914, 9 de noviembre de 1925, 29 de noviembre de 1926, 11 de julio de 1927, 27 de diciembre de 1940, 11 de agosto de 1945, 5 de abril de 1949, 24 de abril de 1950, 5 de junio de 1952, 1 de febrero de 1956, y muchas más». Hasta aquí ninguna objeción; sin embargo, al analizar el caso concreto de que se trataba entendió que no era aconsejable llegar a tan drástica solución, es decir, a la retroacción de actuaciones al momento en que se omitió el dictamen del Consejo de Estado.

Sin prejuzgar que en ocasiones pueda ser más ajustado a derecho llegar a tal solución teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, sin embargo, desde un punto de vista general y doctrinal —y sin entrar a fondo a enjuiciar la citada sentencia de 13 de julio de 1983 por no ser objeto central de nuestro estudio—, debemos destacar que utiliza tres argumentos fundamentales para llegar a tal conclusión de no retroacción de las actuaciones:

A) El dictamen, en caso de disposiciones de carácter general, es preceptivo pero no vinculante y «al no ser vinculante, la relación de causalidad entre el mismo y el acuerdo que viene a decidir el asunto que nos ocupa (Real Decreto en cuestión) ya es muy distinta».

Como se observa, la sentencia pone especial énfasis en el carácter no vinculante del dictamen en apoyo de la solución del caso concreto. Por supuesto, no negamos en absoluto la diferencia de intensidad e importancia entre este tipo de consultas y las vinculantes o quasi-vinculantes, si bien en modo alguno puede servir, en mi opinión, como argumento aislado en favor de una solución como la que adopta la sentencia. El vicio, en sentido estricto, deriva del carácter preceptivo,

(10) Vid. J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los Actos Administrativos*, cit., pág. 417.

no del carácter vinculante o no vinculante; ciertamente, en ambos supuestos se produce una intensidad sensiblemente diversa, aunque no respecto a la calificación del vicio surgido como consecuencia de la omisión de la consulta.

B) Porque —en opinión de la sentencia de 13 de julio de 1983— el trámite, en principio, se cumplió con la petición del informe, obteniéndose la pertinente respuesta, aunque no a través de la Comisión Permanente, sino de una de las Secciones del Consejo —la tercera—, en el sentido en que podía hacerlo por las atribuciones funcionales que a éstas les vienen reconocidas en los artículos 3.2 de la Ley Orgánica de 22 de abril de 1980 y 139 de su Reglamento; en la ponencia de la Sección 3.^a del Consejo de Estado se hacen determinadas afirmaciones, en cuanto al fondo, que son utilizadas por la sentencia.

Sin negar la influencia que la petición del dictamen y la respuesta propuesta por la Sección 3.^a del Consejo de Estado puedan haber tenido para la solución del caso concreto, lo cierto es que en modo alguno podría utilizarse tampoco tal argumento como fundamento aislado de dicha solución. Y ello porque en sentido estricto la solución a la que llega la sentencia es técnicamente incorrecta. Las Secciones del Consejo de Estado son órganos —no colegiados— (11) internos (no siempre han sido órganos exclusivamente internos) de preparación y estudio de los proyectos de dictamen. No manifiestan la voluntad del Consejo de Estado, pues ésta solamente se produce —en su actuación genuina— a través del Pleno o de la Comisión Permanente. Con seguridad el informe de la Sección 3.^a a que se refiere la citada sentencia constituía una petición de antecedentes para que se completara el expediente, petición que, por muy razonada que estuviera, en modo alguno puede suplir el juicio emitido por el Consejo de Estado a través de sus órganos externos; aparte de ello, la Sección ni siquiera acuerda la devolución del expediente por antecedentes, sino que propone dicha devolución al Presidente del Consejo de Estado, que es quien en definitiva la acuerda.

C) Por último, la citada sentencia de 13 de julio de 1983 invoca el principio de economía procesal, al señalar que carecería de sentido en este caso una nulidad de actuaciones cuando, por los elementos de juicio disponibles en ellas, no resulta imaginable que, de repetirse las mismas, pudiera llegarse a distinto resultado al que se puede y debe llegar aquí y ahora.

(11) Como señala J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, vol. II, pág. 668, en las Secciones se llevan a discusión los proyectos de dictámenes que irán a la Permanente para aprobación definitiva o para pasar después al Pleno; se discuten por todos los componentes de la Sección, pero no hay un sistema de votación o mayoría coactivamente impuesto como característica determinante en un colegio; si existe alguna vez será porque así lo quiere el Consejero-Presidente. Su voluntad se impone. Frente a ella está el poder de resistencia del Letrado ponente: mantener su opinión haciendo que sea otro quien redacte el nuevo proyecto, aspecto éste que será abordado más adelante como uno de los índices caracterizadores de la independencia *ad intra* del Consejo de Estado.

Esta afirmación es ciertamente peligrosa y se repite de manera similar en la sentencia comentada de 2 de junio de 1987, por lo que será objeto de análisis más adelante.

No obstante, conviene sentar que no dudo que el principio de economía procesal lleve en multitud de ocasiones a la satisfacción de la justicia material; pero debe utilizarse con extremada cautela. Téngase en cuenta que bajo el ropaje de dicho principio llegan en ocasiones a hacerse verdaderamente inútiles e inoperantes mandatos legales.

Por otro lado, con tal argumento de que no es pensable una solución distinta con los elementos de juicio contenidos en los autos, se está adelantando y prejuzgando el contenido del dictamen del Consejo de Estado, que, no se olvide, se produce en el seno mismo del procedimiento, y que incluso podía haber dado lugar a abortar el proyecto o acto que pretendía dictarse, o bien modificarlo sustancialmente en algún aspecto concreto, pero no *a posteriori*, sino *a priori*, es decir, con anterioridad a que el proyecto (o acto) se convierta en perfecto y eficaz.

En definitiva, sin estar de acuerdo con la asignación de efectos invalidatorios diversos a la omisión del dictamen (preceptivo) en función de la calificación de la consulta como vinculante, quasi-vinculante o no vinculante, lo cierto es que la sentencia de 2 de junio de 1987 ninguna referencia hace a aquéllos (vinculantes y quasi-vinculantes), por lo que, en principio, parece inoperante su doctrina respecto a los mismos.

Vamos a centrarnos, por tanto, en el análisis de las consultas preceptivas no vinculantes, mediante el examen de los argumentos utilizados por la citada sentencia, bien entendido que la conclusión a la que pretende llegarse es que en tales casos la omisión del preceptivo dictamen comporta la nulidad de pleno derecho (ni siquiera la anulabilidad en caso de actos administrativos), conclusión que, lógicamente, será también aplicable a las consultas preceptivas vinculantes y quasi-vinculantes.

V. POSICIÓN Y CRÍTICA DE LA SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1987

Como se dijo en un principio, dicha sentencia se refiere concretamente a un supuesto de reglamento ejecutivo, si bien los argumentos utilizados por la misma parecen querer ser generalizables y extrapolables a otros supuestos distintos de consultas preceptivas. A continuación se analizan separadamente cada uno de sus argumentos.

1. Comienza la sentencia argumentando que «... nos resulta imposible encontrar en el ordenamiento en vigor apoyatura alguna en favor de la tesis de que el reglamento ejecutivo necesite para su perfección de la concurrencia de dos voluntades, la del Consejo de Estado y la del Gobierno. Si esto es así, el reglamento en cuya elaboración se haya emitido ese dictamen preceptivo no deja de perfeccionarse y gozar, por tanto, de presunción de validez. Porque el informe del Consejo

de Estado es un control de legalidad de carácter administrativo previo a la perfección de la norma reglamentaria, pero que carece de valor obstativo, tanto si se produce como si se ha omitido...».

Este es el argumento central utilizado por la sentencia, que, sin embargo, a mi juicio, no es correcto. Es cierto que los reglamentos y los actos administrativos gozan de presunción de validez, y es cierto asimismo que para que se produzca la perfección de un reglamento ejecutivo no es necesaria la concurrencia de dos voluntades, la del Consejo de Estado y la del Gobierno. Hasta aquí no hay problema. Sin embargo, tales afirmaciones son utilizadas por la sentencia de tal manera que se llega a conclusiones inexactas.

En efecto, partiendo de la necesaria distinción entre perfección, validez y eficacia (12), debe tenerse presente que tanto una norma como un acto que adolezca de un vicio de nulidad de pleno derecho goza normalmente de apariencia externa de perfección y validez, y es a su vez eficaz en tanto en cuanto no se detecte el vicio. Tal apariencia externa hace necesario que la retirada de la norma o del acto en cuestión deba producirse por los cauces adecuados, de tal forma que en tanto ello no ocurra seguirán produciendo efectos.

En el caso concreto abordado por la sentencia, qué duda cabe que la única voluntad necesaria para producir la perfección del reglamento ejecutivo es la del Gobierno, de acuerdo con el artículo 97 de la Constitución. Pero ello no significa que si tal norma es adoptada sin procedimiento alguno y con vulneración clara, directa y grave de la Ley, lo que en realidad se estaría produciendo sería una apariencia externa de perfección y de validez de la norma, que normalmente comenzaría a producir efectos, pero que, una vez detectado el vicio, daría lugar a la extinción de tal presunción y apariencia.

Por ello, en modo alguno sostenemos que sea necesaria para la perfección del reglamento la voluntad del Consejo de Estado, aunque para la validez de la norma dictada (por voluntad exclusiva del Gobierno) será preciso que el Consejo de Estado haya informado preceptivamente, por así lo establece la legislación vigente.

Además, no se olvide, el Consejo de Estado actúa normalmente mediante dictámenes (13), verdaderos actos administrativos insertos dentro del procedimiento, pero que no comportan declaraciones de voluntad, sino de juicio.

Téngase en cuenta que, aplicando con rigor la tesis sostenida por la sentencia, se llegaría prácticamente a la conclusión de que en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general no existe vicio invalidatorio alguno, pues bastará con la voluntad manifestada por el Gobierno, titular de la potestad reglamentaria de acuerdo con

(12) En cuanto a las definiciones, vid. J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los Actos Administrativos*, 1986, págs. 323 y ss.

(13) No sólo actúa a través de dictámenes, sino que también, por ejemplo, eleva propuestas (mociones) al Gobierno (arts. 20.2 de su Ley Orgánica y 121.5 y 132 del Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio); vid., a este respecto, J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, vol. II, págs. 674 y 675.

el artículo 97 de la Constitución. En mi opinión, nada más lejos de la realidad. Traslademos el problema a la preceptiva audiencia a los interesados en la elaboración de las disposiciones de carácter general, intervención de especial trascendencia —igual que la del Consejo de Estado—, según veremos, por estar prevista en la propia Constitución, concretamente en su artículo 105.a), aunque mediante una remisión a la regulación por ley. Pues bien, con el mismo argumento utilizado por la sentencia podría mantenerse que la omisión del trámite de audiencia a los interesados cuando proceda en modo alguno invalida la norma, toda vez que éstos no son los titulares de la potestad reglamentaria y no tienen por qué prestar su voluntad a la disposición proyectada. Esto no es así.

Se insiste, sin negar la potestad reglamentaria del Gobierno, ésta, sin embargo, debe ser ejercitada dentro de unos cauces legalmente establecidos (recuérdese que el art. 97 de la Constitución establece que el Gobierno ejerce la potestad reglamentaria «de acuerdo con la Constitución y las Leyes»), de tal forma que, cuando se vulnere la Ley —como acaece cuando se omite el dictamen del Consejo de Estado—, la disposición dictada gozará de *apariencia* de validez y perfección, si bien, detectado el vicio, deberá lógicamente declararse inválida. Es inadmisibles infravalorar los requisitos procedimentales hasta tal punto que se niegue el más mínimo efecto a su incumplimiento.

Esta argumentación es de aplicación aún más intensa, si cabe, en el caso del procedimiento para la elaboración de actos administrativos, en los que lógicamente también el acto que deba dictarse dependerá enteramente de la voluntad del órgano competente al efecto; y si el acto se dicta concurriendo un vicio de nulidad radical, se habrá producido exclusivamente una apariencia externa de perfección y validez. Distinto es que se detecte el vicio con posterioridad, para cuya retirada deberán seguirse los cauces legales.

Una norma o un acto nulo de pleno derecho gozan normalmente de presunción de validez, sin que tal presunción implique o comporte necesariamente su validez real.

En definitiva, no me parece aceptable la tesis sostenida por la sentencia, ni para los reglamentos ni para los actos administrativos.

2. El segundo argumento utilizado por la sentencia consiste en referirse al artículo 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo, indicando que «... hay vicios que la Administración puede convalidar, y uno cuya convalidación no puede producirse por acto de la Administración: precisamente el que nos ocupa. Y es lógico que sea así, porque no se trata de cumplir un rito formal —informe del Consejo de Estado—, sino de que éste sirva para algo: advertir de posibles ilegalidades, a fin de que se puedan corregir antes de que la norma se perfeccione. Y ahí radica la razón de ser y la naturaleza misma del informe cuando opone reparos al proyecto de advertencia de ilegalidad».

Nada que oponer a la afirmación relativa a que el dictamen del

Consejo de Estado (14) no es un mero rito formal: la realidad se encarga de corroborar tal afirmación. Sin embargo, no se comprende bien por qué se utiliza el artículo 53.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo para apoyar la tesis a la que llega la sentencia, pues, en mi opinión, tal precepto conduce a la conclusión justamente contraria.

Efectivamente, el artículo 53 se refiere a la convalidación de actos que adolezcan de vicio de anulabilidad, excluyendo en el apartado 5 su aplicación a los casos de omisión de informes o propuestas preceptivas. Precisamente tal exclusión pone de manifiesto la especial preocupación del legislador por salvaguardar el cumplimiento de dichos trámites, garantizando de alguna manera la emisión de los informes preceptivos. Tal exclusión del régimen de convalidaciones denota la importancia de dichos trámites y la gravedad de su vulneración.

Paradójicamente, la sentencia pone de manifiesto la importancia del dictamen del Consejo de Estado («no se trata de cumplir un rito formal») para llegar precisamente a la conclusión de que su omisión no comporta efecto invalidatorio alguno. Para ello utiliza el argumento de que el dictamen no podría emitirse con posterioridad al acto, o, en el caso enjuiciado, a la norma, habida cuenta de que no se trata de un mero trámite sin importancia.

Tal conclusión es desacertada; el razonamiento que se desprende de la sentencia es el siguiente: si el trámite fuese puramente formal, el dictamen podría emitirse con posterioridad, convalidándose el acto; dado que el trámite no es meramente formal, no cabe tal convalidación, y por ello el acto es perfectamente válido y eficaz (?). Esta solución es inadmisibles.

En efecto, como se ha señalado, el apartado 5 del artículo 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo pone de manifiesto claramente la importancia otorgada por el legislador al cumplimiento, en su debido momento (de ahí que prohíba la convalidación), de los informes preceptivos. Sería contrario a la *ratio legis* asignar a su omisión efectos inoperantes. Precisamente la gravedad de tal vicio, en el caso concreto de actos administrativos, conlleva la asimilación y encuadramiento de tal vicio en el apartado c) del artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, es decir, la equiparación de la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado a la falta total del procedimiento, tal y como generalizadamente venía manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Y con ello en modo alguno quiere sostenerse que deba emitirse el dictamen preceptivo con posterioridad al acto dictado, sino que debe

(14) Técnicamente, parece más correcto hablar de dictamen y no de informe, porque, como señaló el profesor GARCÍA-TREVIJANO FOS, la diferencia estriba en el alcance jurídico de ambos; esta distinción afecta solamente al aspecto jurídico. Los informes se mantienen dentro de los aspectos estrictamente jurídicos (concepto más amplio de «legales»), mientras que los dictámenes abarcan al aspecto jurídico-administrativo, es decir, a las razones de conveniencia y oportunidad derivadas de la consulta. A pesar de ello, no son declaraciones de voluntad, sino que se mantienen en los límites de la opinión (juicio). Vid. *Los Actos Administrativos*, 1986, pág. 315.

anularse este acto y retrotraerse las actuaciones a la fase final del procedimiento, momento en el que debió dictaminar el Consejo de Estado. Sería absurdo sostener que éste dictamine con posterioridad al acto dictado, convalidando de tal manera el vicio en que consistió su omisión en el momento procedimental oportuno. Pero más insostenible aún, si cabe, sería mantener que como lo anterior es absurdo, ya no debe emitirse el dictamen, de tal forma que no es ya que se trate de un trámite convalidable, sino que se convierte en un mero trámite cuya omisión es inoperante desde el punto de vista de la validez del acto final dictado.

3. El tercer argumento en que se fundamenta la sentencia consiste en afirmar que en modo alguno se puede vedar el enjuiciamiento de fondo por parte de los Tribunales de Justicia. Afirma la sentencia que «... es claro que las Salas de lo Contencioso-Administrativo pueden y tienen que suplir aquella función, apreciando *a posteriori* si hay o no ilegalidad en el reglamento ya perfeccionado. Que sería absurdo pensar que la omisión de ese informe del Consejo de Estado impida al Poder Judicial controlar la legalidad en cuanto al fondo. Y si, como aquí ocurre, no se advierten concretos motivos de contradicción con el ordenamiento jurídico en cuanto al fondo, carece de sentido derogar un reglamento para que el Consejo de Estado venga luego a decir lo que la Sala se halla también en condiciones de apreciar...».

Ante todo debe de advertirse que en tal argumentación existe una imprecisión, pues la sentencia se refiere a la «derogación» del reglamento para que el Consejo de Estado emita su dictamen; en realidad debería referirse a la anulación del reglamento, pues los efectos son sensiblemente diversos, aspecto éste que dada su claridad parece innecesario entrar.

Por otro lado, la conclusión a la que se llega es inexacta: así, mantener —como es mi opinión— que la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado es un vicio de nulidad radical, en modo alguno significa vedar a los Tribunales de Justicia la función que les es propia; debe aclararse lo siguiente:

a) La función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de acuerdo con el artículo 117 de la Constitución, no significa que los Tribunales de Justicia deban entrar siempre necesariamente en el análisis de fondo de los asuntos de que se trate, sino que pueden —y deben— en ocasiones obviar el enjuiciamiento de fondo al detectar defectos formales, defectos de examen lógicamente previo, que hagan innecesario entrar en dicho fondo del asunto. Con ello no se deniega justicia y no hay dejación de funciones, sino todo lo contrario: se ejercitan correctamente tales funciones.

b) Concretamente, la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado debe dar lugar normalmente a la retroacción de las actuaciones, para que éste lo emita y posteriormente se dicte la norma o el acto que corresponda, que lógicamente podrá ser impugnado por

los interesados a través de los procedimientos legales establecidos, para que en sede jurisdiccional, si no se detecta ningún vicio invalidatorio de forma, pueda ya entrarse en el examen del fondo.

En otras palabras, con la tesis tradicional y que ahora sostengo no se veda en absoluto el acceso al análisis del fondo por parte de los tribunales, sino que simplemente se remite tal análisis al momento procesal y cronológicamente oportuno.

No se olvide que, como acertadamente señaló la sentencia, el dictamen no constituye un mero trámite formal, y por ello puede tener una importante influencia en la resolución del fondo. Así, puede apoyar la actuación de la Administración, puede mejorar o evitar defectos en la norma o acto de que se trate y, por qué no, puede ayudar indirectamente al administrado en el futuro proceso contencioso-administrativo cuando haya denunciado en su dictamen vicios no corregidos en el acto final dictado. No cabe, por tanto, duda alguna de su importancia.

4. El cuarto argumento esgrimido por la sentencia consiste en indicar que el Tribunal ya ha enjuiciado el fondo del asunto y carece de sentido retrotraer las actuaciones cuando el Consejo de Estado va a decir lo que la Sala se halla también en condiciones de apreciar, es decir, «... para que, a fin de cuentas, un órgano administrativo, por más cualificado que sea, venga a decir lo que el poder judicial ha podido comprobar ya: que la norma de que se trata —y a pesar de que no se consultó al Consejo de Estado— es correcta, pues ninguna discordancia hay entre su contenido y el ordenamiento de rango superior».

Estas afirmaciones adolecen, a mi juicio, de los siguientes defectos:

— Prejuza el contenido del dictamen del Consejo de Estado, al señalar que el Alto Organismo Consultivo no va a decir nada distinto a lo expresado por la Sala. Adelanta indebidamente, por ello, acontecimientos.

— Insiste en que no advierte contradicción entre la norma impugnada y el ordenamiento jurídico en vigor. Sin embargo, en contradicción con lo anterior, se afirma en otro lugar de la sentencia: «... sin perjuicio de que esta apreciación de conjunto pueda ser rectificadora si esta contradicción llegara a probarse».

— ¿Cómo puede prejuizarse el contenido del dictamen del Consejo de Estado señalando que nada nuevo puede decir, cuando en la propia sentencia se reconoce la posibilidad de que exista una contradicción entre la norma impugnada y el ordenamiento en vigor si llegara a probarse? ¿Es que acaso el Consejo de Estado —que interviene en el seno del procedimiento— no podría haber detectado alguna incorrección, o haber aconsejado incluso por motivos de conveniencia u oportunidad determinadas mejoras?

VI. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

Creo haber puesto de manifiesto con la anterior exposición lo vulnerable (y peligrosos si se generalizan) de los argumentos utilizados por la sentencia, sin que ello suponga desmerecer el mérito que supone toda posición nueva, enriquecedora en definitiva del mundo del derecho.

En todo caso, estimo de interés hacer todavía algunos comentarios sobre afirmaciones contenidas en la sentencia y sobre la propia configuración que, en mi opinión, tiene el Consejo de Estado en nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo que se refiere al primer aspecto, la sentencia, consciente seguramente de lo peligroso de su posición, se manifiesta insistentemente sobre el deber de pedir el dictamen del Consejo de Estado y sobre la valía y trascendencia de dichos dictámenes. Llega a sostener que la Administración es la más interesada en obtenerlo.

Lo cierto es que afirmar la importancia del dictamen del Consejo de Estado, y a su vez negar eficacia invalidatoria alguna ante el incumplimiento de tal trámite, equivale de hecho a restar importancia a su intervención, toda vez que la actuación de dicho Consejo, como la de cualquier otro órgano, está en función directa —como se dijo en otro lugar— de la sanción prevista para su incumplimiento. Por ello, carece de eficacia práctica alguna la afirmación contenida en la sentencia al entender que «lo razonado hasta aquí no debe, sin embargo, entenderse como una depreciación del informe del Consejo de Estado, ni como una atenuación de su exigencia»; qué duda cabe de que sí lo es.

Por otro lado, en cuanto a que la Administración es la más interesada en obtener el dictamen, la práctica demuestra que no siempre es así. No creo que sea difícil comprender que todo órgano consultivo verdaderamente independiente es en multitud de ocasiones molesto, y si evitarlo en algún caso no acarrea la invalidez de lo actuado, con seguridad tenderá a obviarse la consulta.

No quiero concluir este estudio sin hacer una breve referencia a la configuración del Consejo de Estado y a la trascendencia que implica que dicho órgano se encuentre previsto en la Constitución. Efectivamente, como se dijo con anterioridad, la credibilidad e importancia del Consejo de Estado, como la de todo órgano consultivo, es directamente proporcional a su independencia y autonomía real. Cuando ésta falta, el órgano consultivo se desnaturaliza y se convierte normalmente en una organización dirigida a justificar sistemáticamente —con o sin razón— las actuaciones de la Administración activa.

Tal independencia debe existir *ad intra* y *ad extra*. En cuanto a esta última, puesto que no está sometido a jerarquía ni a órdenes ni mandatos en su actuación típica. La independencia interna se manifiesta de la siguiente manera:

— En relación con los Consejeros, porque son libres de votar lo que en conciencia crean oportuno, e incluso su discrepancia puede instrumentalizarse a través del oportuno voto particular.

— En relación con los Letrados, porque, aun cuando estén sometidos en las Secciones a la decisión del Consejero-Presidente (15), gozan del denominado derecho de resistencia, que consiste en poder evitar que se les obligue a redactar un proyecto de dictamen de forma contraria a sus convicciones (jurídicas o jurídico-administrativas, se entiende).

Como ha puesto de manifiesto JORDANA DE POZAS (16), es de notar la permanencia y continuidad del Consejo de Estado durante el siglo XIX y lo que va del siglo XX, períodos en los que han habido numerosas convulsiones. Siempre integró nuestra constitución material (17), aunque qué duda cabe de que la continuidad y estabilidad de que normalmente ha gozado se ve reforzada o garantizada a través del artículo 107 de la Constitución, precepto que define al Consejo de Estado como el Supremo Órgano Consultivo del Gobierno, remitiendo a una Ley Orgánica la regulación de su composición y competencia. Tal previsión, que lo eleva a órgano de relevancia constitucional (18), tiene, a mi juicio, una importante trascendencia, al delimitar como un elemento fundamental de la estructura organizativa nacional al Alto Órgano Consultivo; frente a aquellos que opinaban que no era necesario que la Constitución contuviese una previsión concreta al efecto, dada la tradición y peso histórico del citado Órgano, estimo que, no obstante, es una importante garantía de permanencia y continuidad.

No es lugar éste para entrar en un examen profundo del alcance y efectos del artículo 107 de la Constitución, precepto, por cierto, respecto al cual el Tribunal Constitucional se ha pronunciado únicamente en su sentencia 99/1987, concretamente en la parte final de su fundamento 5.º, al enjuiciar la inconstitucionalidad de la fusión del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado con otros Cuerpos de funcionarios.

Quiero, no obstante, resaltar lo siguiente:

A) La previsión constitucional de la existencia del Consejo de Estado y la delimitación de su función (actividad consultiva) coadyuva, a mi modo de ver, a la tesis que hemos sostenido sobre los efectos invalidatorios de la omisión de su preceptivo dictamen. En efecto, la elevación de tal órgano a rango de relevancia constitucional y la previsión específica de que su actividad es consultiva, ponen de manifiesto la

(15) Ya se señaló anteriormente que no se trata de órganos colegiados en sentido estricto.

(16) Vid. *El Consejo de Estado en la Constitución*, «Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas», núm. 56, 1979.

(17) Vid. Javier GÁLVEZ MONTES, *Comentarios a las Leyes Políticas*, tomo VIII, pág. 380.

(18) Vid. Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Ley Orgánica del Consejo de Estado*, «Cuadernos de Documentación», núm. 7.

importancia otorgada por el Constituyente a su (delimitada) actuación, lo que confirma de alguna manera la improcedencia de hacer en la práctica inoperante el vicio en que consiste su omisión.

En definitiva, la Constitución ha otorgado una especial importancia a la intervención de tal órgano y se ha remitido a una Ley Orgánica en lo referente a su composición y funcionamiento, Ley Orgánica en la que se dispone la consulta preceptiva en determinados casos. Negar eficacia invalidatoria a las resoluciones dictadas en incumplimiento claro de tal ley, podría decirse que lleva consigo hacer inoperante o ineficaz en la práctica —aun indirectamente— una previsión constitucional. En alguna sentencia (por ejemplo, en la de 12 de diciembre de 1985), el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que el dictamen del Consejo de Estado es un «... trámite esencial para asegurar el cumplimiento de los principios que garantiza la Constitución...».

B) Sin entrar en mayores detalles, pues ello requeriría un estudio monográfico, en mi opinión, existe una disociación entre el *nomen iuris* y la función real del Consejo de Estado, disociación sentida con anterioridad a la Constitución y más intensa quizá tras su promulgación. Así, el Consejo de Estado es definido como «el Supremo Organó Consultivo del Gobierno», y son conocidas las discusiones habidas a lo largo de su historia reciente respecto a cuál era el significado y alcance de su definición en cada momento.

Lo que me interesa resaltar es que, se tome el vocablo «Gobierno» en sentido subjetivo (Órgano) u objetivo (función), la actividad del Consejo de Estado lo excede de hecho. Porque, por un lado, su intervención se dirige a controlar la actividad administrativa (19); y, por otro, dicha intervención no se ciñe exclusivamente al ámbito de la Administración del Estado. Este último es un aspecto que está siendo objeto de intensa polémica en los últimos tiempos, especialmente por la entrada en juego de las Comunidades Autónomas. A estas últimas les causa en ocasiones verdadera perplejidad tener que acudir al Consejo de Estado para que se evacúe su preceptivo dictamen, porque consideran que cuando dictamina el Consejo de Estado lo está haciendo la Administración del Estado, al estar incardinado aquél en ésta. Tal visión conecta directamente con la postura de que la intervención del Consejo de Estado en tales casos (o en el de las Corporaciones Locales) podría constituir una especie de técnica de tutela.

Sin embargo, y sin entrar en este momento en tal polémica, que do el Consejo de Estado dictamina no lo está haciendo en sentido estricto el Gobierno central o la Administración central, sino un órgano que (con autonomía orgánica, art. 1 de su Ley Orgánica Reguladora) goza de una independencia que le permite el enjuiciamiento objetivo de los asuntos que se le sometan, aun cuando provengan de Administra-

(19) En cuanto a la función garantizadora de la intervención del Consejo de Estado, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración Española*, Madrid, 1963, págs. 79 y 80.

ciones Públicas diversas. De ahí que, a mi modo de ver, no pueda decirse que su intervención constituya una técnica de tutela de la Administración del Estado, pues no es ésta estrictamente la función del Consejo de Estado.

La citada Ley Orgánica del Consejo de Estado de 22 de abril de 1980, hoy vigente, es insuficiente en su regulación para solventar la problemática derivada de las relaciones entre las Comunidades Autónomas y el Consejo de Estado; ello está dando lugar a sentencias contradictorias en cuanto a la necesidad o no de remitir los expedientes al Consejo de Estado, por ejemplo, en la elaboración de reglamentos ejecutivos de Leyes autonómicas (20).

No obstante, son numerosas las consultas que efectúan las Comunidades Autónomas al Consejo, en muchas ocasiones con carácter facultativo, lo que demuestra que su actuación de hecho va más allá del ámbito propio de la Administración del Estado, y quizá por ello debería hablarse de Órgano Consultivo del País (Estado y Nación) (21). Debería entonces tomarse conciencia de que la intervención del Consejo de Estado, en tanto se mantenga incólume su autonomía e independencia, no genera técnica de tutela alguna de la Administración del Estado respecto a otras Administraciones Públicas aun cuando esté incardinado en aquélla.

Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA

(20) El Tribunal Supremo se va decantando en este aspecto en el sentido de negar el carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado en tales supuestos. Véase el comentario de MESTRE DELGADO a la Sentencia de 17 de febrero de 1988 en el núm. 59 de la «REDA». Recientemente, el Tribunal Supremo ha dictado una Sentencia en la que afirma que cuando una Comunidad Autónoma actúa dentro del marco de una determinada legalidad estatal, para establecer el desarrollo de la misma, deberá recabar el dictamen del Consejo de Estado, «... pues si es obligadamente necesario para el Estado, no puede la Comunidad Autónoma quedar exenta de tal obligación...» (Sentencia de 18 de marzo de 1988).

(21) Así lo apuntó, en el año 1971, el profesor GARCÍA-TREVIJANO FDS; vid. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, vol. II, pág. 669, en donde indica que el Consejo de Estado es un órgano complejo, con funciones consultivas y de propuesta, del Estado-sujeto y del Estado-comunidad, con lo cual queremos decir que, aunque sea un órgano del Estado y a él impute sus actos, sus dictámenes van más allá de este sujeto, porque inciden sobre todo en el ordenamiento constituido por la heterogénea gama de entes públicos, unas veces porque también han de someterle consultas-anulación de actos y otras porque la expansión de sus dictámenes les afecta o puede afectar en alguna forma. Posteriormente, en alguna Sentencia, el Tribunal Supremo (por ejemplo, la de 19 de octubre de 1983) calificó, efectivamente, al Consejo de Estado como «el más Alto Cuerpo Consultor de la Nación».