

**LAS CONSECUENCIAS DE LA EXTEMPORANEIDAD  
DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO  
EN LOS PROCEDIMIENTOS REGLAMENTARIOS:  
¿UNA NUEVA IRREGULARIDAD NO INVALIDANTE?  
(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo  
de 22 de diciembre de 1999.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí)**

Por

MARÍA ISABEL JIMÉNEZ PLAZA  
Becaria de la Universidad de Alcalá de Henares

*SUMARIO: I. Introducción.—II. Las consecuencias de la omisión del dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos reglamentarios: su evolución jurisprudencial y el estado actual de la cuestión.—III. Un nuevo punto de inflexión: la Sentencia de 22 de diciembre de 1999.—IV. Examen de fondo de la Sentencia de 22 de diciembre de 1999.—V. Una última crítica.*

I

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, la Comisión Permanente del Consejo de Estado *deberá* ser consultada durante la elaboración de los «Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones». De forma semejante, el artículo 23.2 de la misma Ley reconoce su intervención en el ámbito autonómico al disponer que «el dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes».

Por otra parte, en el artículo 128.1 del Reglamento Orgánico se establece el plazo para su ejecución al señalar que: «El plazo en que el Consejo debe emitir su dictamen cuando se trate de una consulta ordinaria será el que señale la disposición legal que prevenga su audiencia y, en su defecto, el de dos meses». Este plazo empezará a contar «desde el día siguiente a la entrada del expediente completo en el Registro del Consejo de Estado» (art. 128.4).

Como fácilmente se desprende, los preceptos transcritos regulan la intervención del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de los reglamentos, y establecen los plazos legales para su emisión. Sin embargo, y a pesar de la simplicidad de su redacción, la determinación del al-

cance que ha de conferirse a estas prescripciones legales no siempre ha gozado de la misma intensidad.

Con carácter general se puede afirmar que el debate procesal surgido en torno a la función que ha de cumplir el Consejo de Estado en la tramitación de disposiciones reglamentarias ha sido toda una constante histórica, de la que se ha hecho eco una jurisprudencia cada vez más consolidada.

De este modo, el consenso actual sobre la materia ha permitido aunar posiciones en torno a cuestiones tan relevantes como a qué *disposiciones de carácter general* se refiere el artículo 22.3 de la LOCE (1); *en qué casos es*

---

(1) La evolución sobre este punto se puede apreciar en la STS de 30 de noviembre de 1983 (Ar. 5868) al afirmar que: «(...) a) que la interpretación restringida que la Administración aplica en orden al concepto de Reglamentos "generales" del artículo 17-6 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 1944 (...) y requiriendo el dictamen de este organismo consultivo solamente en el supuesto de los Reglamentos ejecutivos que desarrollan en su integridad una Ley, ha sido superada en la doctrina científica y en la jurisprudencia (...) sosteniéndose que la noción de Reglamento General viene hoy referida, de acuerdo con su sentido originario, al emanado de la Administración Central aplicable a todo el territorio nacional (por contraposición a los Reglamentos "provinciales" o "locales"); esto es (...) Reglamento "general" no significa Reglamento "total" de una Ley, siendo indiferente que se ejecute toda una Ley, o un título o aun un solo artículo de la misma, basta que la norma de rango inferior a una Ley esté ligada a ella o a uno de sus artículos de manera que dicha Ley es completada, desarrollada o pormenorizada por el Reglamento ejecutivo; y congruente con este criterio el requisito de la generalidad ha desaparecido en el artículo 10-6 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (...) y en la nueva Ley Orgánica del Consejo de Estado 3/1980, de 22 abril, se da en el artículo 22-3 una redacción distinta a la contenida en el precepto citado de la ley de 1944, pues se menciona "Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones" (...). Y es que «(...) la propia finalidad perseguida con la audiencia del Alto Organismo consultivo, de garantía de acierto en la sujeción jurídica a la Ley del Reglamento o disposición general que la desarrolla y aplica, aconseja que *ha de ser exigible tanto cuando se realice este cometido respecto a la totalidad de la Ley, como de una parte de ella*» —STS de 20 de junio de 1986 (Ar. 3581)—. En este sentido, «(...) la potestad reglamentaria de la Administración del Estado, se puede ejercitar, aun después de la Constitución (...) sin más condición que quedar incardinada en el gobierno, por propia iniciativa de aquélla —Decretos normativos o independientes— o en cumplimiento de un mandato o delegación expresamente contenidos en una Ley para que se la desarrolle, complete o materialice —Decretos legislativos, ejecutivos o de delegación—, según inequívocamente resulta, respectivamente, de los artículos 97 y 85 (éste en relación con el 82) del Texto Constitucional, siendo sólo en este último caso y no en aquél en el que el dictamen del Consejo de Estado es preceptivo, por constituir una garantía de perfección técnica y de acierto y, sobre todo, de que no se va a infringir el concreto mandato ni la normativa legal, ni con ello, el principio de jerarquía de normas a que hace referencia el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (...) porque tampoco el dictamen se requiere cuando lo que hace un Decreto es desarrollar, complementar o, incluso, alterar, corregir o eliminar, en mayor o menor medida, lo dispuesto por otro precedente que igualmente carezca de ese carácter legislativo o de ejecución legal, según resulta del artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado (...) cuando, por lo que ahora importa, sólo hace objeto de repetido requisito a "los Reglamentos y disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones" —STS de 20 de mayo de 1988 (Ar. 3911)—. De ahí que «(...) es preciso decir que no deben confundirse los Reglamentos que se dictan en ejecución de las Leyes, en cuyo procedimiento de elaboración debe ser consultado el Consejo de Estado —artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril (...)—, con aquellas otras disposiciones generales que ni completan ni desarrollan las leyes y que se limitan a dar instrucciones para facilitar su aplicación, aclarando o precisando su contenido que se encuentra reproducido en lo esencial, pues en este caso, al carecer de contenido normativo

*preceptivo el dictamen del Consejo de Estado en el ámbito autonómico, y cuáles son las consecuencias de su omisión* (en particular, si cabe o no la convalidación posterior, y cuáles son los pronunciamientos que debe efectuar la Jurisdicción en tales casos).

La Sentencia que nos ocupa también se refiere a estos asuntos. Sin embargo, la principal novedad es que rompe con el esquema tradicional al llegar a una novedosa solución: *negar carácter invalidatorio a la emisión extemporánea del dictamen del Consejo de Estado en el curso de elaboración de un reglamento autonómico, siendo éste materialmente inválido*.

De este modo, temas como el del *alcance* que ha de conferirse al dictamen del Consejo de Estado, o el de la *eficacia jurídica de los plazos* para su realización, recuperan toda su actualidad, con independencia de la repercusión que acaso este pronunciamiento pueda tener en el futuro. La decisión adoptada en esta Sentencia constituye un innegable punto de inflexión en el tratamiento jurisprudencial de esta figura.

## II

La Jurisprudencia española ha venido calificando, tradicionalmente, la omisión del dictamen del Consejo de Estado en el curso de elaboración de una norma reglamentaria como una infracción grave del procedimiento administrativo (2), que traía como consecuencia la nulidad de pleno dere-

---

propio, por no entrañar el ejercicio de una verdadera delegación legislativa, no merecen la calificación de Reglamentos ejecutivos, complementarios de las leyes que desarrollan, careciendo de sentido que antes de su aprobación tuvieran que ser sometidas al dictamen preceptivo del supremo órgano consultivo del Gobierno» —STS de 12 de abril de 1989 (Ar. 2839)—.

Por otro lado, también «(...) pueden equipararse los reglamentos ejecutivos de las leyes, con los que desarrollan una remisión normativa, no exceptuados por tanto del dictamen preceptivo, tanto más necesario a la finalidad de garantía perseguida, en cuanto la libertad de regulación que entonces se concede, impone al órgano consultivo una actitud crítica de efecto mucho más amplio y complejo, pues no le bastará con conocer la Ley de cobertura para medir cualquier eventual extralimitación del reglamento, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto, dificultad que justifica con más fuerza la intervención del órgano de consulta» —STS de 7 de febrero de 1989 (Ar. 1089)—.

Asimismo, «(...) siendo un reglamento ejecutivo de una Ley, modificado o sustituido, por el nuevo, el modificativo, también está ejecutando o desarrollando la Ley originaria por lo que, en consecuencia, (...) precisa de dictamen previo del Consejo de Estado (...)» —STS de 8 de mayo de 1987 (Ar. 3318)—.

(2) En este sentido, el Tribunal Supremo señalaba que: «El Capítulo I, del Título VI de la Ley de Procedimiento Administrativo (...) regula en particular el "Procedimiento para la elaboración de Disposiciones de carácter general", siendo éste el cauce legal que ha de observar tanto la Administración del Estado como la de las Comunidades Autónomas a tal fin, desde la iniciación, pasando por sus vicisitudes de estructuración hasta llegar a su promulgación; pues bien, la infracción de tales normas, aunque se limiten a regular tal procedimiento de elaboración, implica la invalidez jurídica, por nulidad de pleno derecho, de dichas disposiciones generales así elaboradas; porque por una parte, el apartado 2, del artículo 1.º, del Texto Articulado del Código Civil, aprobado por la Ley 3/1973, de 17 de marzo (...) dispone que, "carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior", sin establecer distinción alguna entre los diversos supuestos en que puede consistir tal infracción, por lo que es de aplicación la reiterada doctrina de la antigua Sala

cho de la disposición elaborada y la obligada retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo el vicio, para su subsanación (3).

La razón de tan severa consecuencia procedía de considerar este trámite como un requisito de perfección técnica de la norma (*pese a su carácter no vinculante*), sin el cual, cualquiera que fuera su contenido, el reglamento debía ser declarado nulo; respondía, en definitiva, a la calificación de los vicios de forma como cuestiones de orden público (4) y, por tanto, a la omisión del dictamen del Consejo de Estado como una infracción de tanta gravedad (5) que excluía del control jurisdiccional el exa-

---

Tercera del Tribunal Supremo (...) cuando dice que "el procedimiento establecido para la estructuración de las Disposiciones generales es siempre de rigurosa observancia, puesto que sus preceptos no son meras orientaciones para la actuación administrativa de orden interno, sino normas de obligado cumplimiento propias de un Estado de Derecho donde la Administración autolimita y somete a fiscalización jurisdiccional su propio actuar y, donde carecería de sentido, una disposición legal encaminada a la consecución de tales fines para que pudiera acatarse o eludirse a voluntad" —Sentencia de 3 de junio de 1967, entre otras—; añadiendo ahora nosotros (...) que la exigencia de su observancia viene también impuesta por el fin de dicha norma procedimental, que no es otro que el anunciado en su artículo 129-1, el de garantizar "la legalidad, acierto y oportunidad", no sólo ante los proyectos, sino de la elaboración de las mentadas disposiciones generales» —STS de 27 de julio de 1990 (Ar. 6610)—.

(3) Vid. en este sentido la Sentencia de 1 de octubre de 1985 (Ar. 4530), en la que el Tribunal Supremo señaló que: «(...) debió de oírse a la Comisión Permanente de tal organismo consultivo y al no haberse procedido así (...) aparece en el procedimiento de elaboración de la norma (...) un vicio de forma grave que lo invalida conforme a lo dispuesto en el artículo 47, c) de la Ley de Procedimiento (...) y el sentir de la Jurisprudencia (...) y esto conduce a (...) acordar que se reponga el expediente de su elaboración en el trámite que permite llevar a cabo la audiencia omitida». En términos semejantes se pronunció en la Sentencia de 20 de junio de 1986 (Ar. 3581). Con anterioridad, *vid.* STS de 12 de junio de 1982 (Ar. 3630); STS de 30 de noviembre de 1983 (Ar. 5868); STS de 20 de julio de 1984 (Ar. 4872); STS de 20 de julio de 1984 (Ar. 4890), etc.

(4) Tal y como se desprende de esta Sentencia: «(...) al faltar el dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración del Decreto impugnado (...) se ha producido un vicio esencial de forma, insubsanable, que por imperativo del artículo 47-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo (...) obliga a declarar su nulidad y a que se estime recurso (...); la previa audiencia del Consejo de Estado es en el presente caso trámite exigido para la validez y eficacia de la resolución, como consustancial a la misma y presupuesto básico de garantía procesal, y al ser una falta esencial del procedimiento administrativo, de orden e interés público, puede ser apreciada de oficio por la jurisdicción, cual ha declarado con reiteración esta Sala (...)» —STS de 23 de octubre de 1987 (Ar. 7394)—.

(5) Por ello, el Tribunal Supremo señalaba que: «(...) las infracciones de tipo formal preceden, en su enjuicimiento, a todas las demás cuestiones (...) ya que el procedimiento por ser cuestión de orden público, afecta a todos por igual y, en especial, a la Administración, pues sólo cumpliendo ésta con los trámites formales estereotipados en el ordenamiento jurídico, se da plena garantía a los derechos de los administrados, bien entendido que no toda infracción formal puede acarrear el drástico remedio de la nulidad de actuaciones, pues como cuestión excepcional ha de interpretarse con criterio restrictivo y reconducible, exclusivamente, a todos aquellos supuestos o hipótesis en que el trámite o trámites omitidos impidan al acto cumplir su fin y, en todo caso, el que la omisión cuestionada acarrea la indefensión del administrado, de ahí que la Sala tenga que examinar si el informe de la Comisión Permanente del Consejo de Estado era o no exigible en la elaboración del Decreto que nos ocupa y, caso de exigirse, si la omisión en cuestión lleva o no implícita la nulidad formal postulada, cuestión que ha de ser resuelta en sentido afirmativo, si tenemos en cuenta que el calendario Decreto (...) vino a modificar otros (...) en cuya elaboración intervino el Consejo de Estado» —STS de 12 de junio de 1982 (Ar. 3630)—.

men de fondo de la disposición (6) en tanto no se hubiera subsanado aquel defecto.

Sin embargo, el progresivo reconocimiento hacia la naturaleza instrumental del procedimiento administrativo y la superación del carácter estrictamente revisor de la Jurisdicción Contenciosa flexibilizaron la postura tradicional y justificaron un criterio más modulado, en cuya virtud no se declarase la nulidad radical de un reglamento por el solo motivo de la omisión del dictamen del Consejo de Estado si éste resultaba ser materialmente válido (7).

Esta nueva doctrina no suponía una degradación de los trámites formales, ni tampoco una sustitución del procedimiento administrativo por el

(6) La Jurisprudencia era contundente al afirmar que: «(...) al haberse prescindido del preceptivo dictamen del Consejo de Estado impuesto en el citado artículo 10-6 de la Ley de Régimen Jurídico y 22-3 de la vigente Ley Orgánica del Consejo de Estado (...) y que una jurisprudencia reiterada (...) califica de vicio u omisión insubsanable, al ser *requisito previo de orden público* para la aprobación de los Reglamentos ejecutivos a que se refieren los preceptos mencionados (...) procede (...) declarar la nulidad del Real Decreto impugnado, en base a la omisión del previo dictamen del Consejo de Estado, *lo que hace innecesario entrar a examinar las demás cuestiones de fondo* (...) y *debiendo retroceder al procedimiento* (...)» —STS de 30 de noviembre de 1983 (Ar. 5868)—; «(...) la omisión (...) debe determinar que declaremos que la Orden Ministerial impugnada está afectada por un defecto de forma esencial, que conduce a su ineficacia por nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo (...) *declaración de nulidad que hace innecesario el estudio de cualquier otra cuestión* suscitada por los recurrentes en relación con la precitada Orden» —STS de 3 de marzo de 1986 (Ar. 1051)—; «(...) teniendo la observancia del procedimiento un carácter formal *ad solemnitatem*, la omisión de aquel requisito, acarrearía la nulidad radical de la disposición que se produzca aquejada de esta carencia, *aspecto necesitado de consideración previa por ser excluyente en su caso del conocimiento sobre el fondo*» —STS de 19 de diciembre de 1989 (Ar. 1064)—.

(7) Esta nueva postura quedó clara en la STS de 8 de julio de 1994 (Ar. 5677) al reconocer que: «(...) subsiste el hecho (...) de que sobre un fondo doctrinal común de reconocimiento de la necesidad de respetar el precepto legal que hace obligada la audiencia del Consejo de Estado, de modo que su omisión se considera que vicia sustancialmente el procedimiento, la jurisprudencia ha flexibilizado con frecuencia este criterio general, con la finalidad de evitar en determinados casos un pronunciamiento de nulidad por este solo motivo (...). *Dos modalidades características de esta orientación flexible*, inspirada en parte en criterios de funcionalidad, *son la exclusión del marco jurídico-procesal del recurso indirecto contra disposiciones reglamentarias, de la impugnación que esté circunscrita a su invalidación basada en el incumplimiento del requisito formal de audiencia previa, desconectado de la legalidad del contenido material de la norma* (...) o *la impugnación directa basada en la introducción posterior de modificaciones al texto informado por el Alto Cuerpo Consultivo* (...)». Respecto al primero de ellos, la STS de 27 de marzo de 1991 (Ar. 5647) fue contundente al señalar que: «(...) el Tribunal Supremo, en sentencia de la Sala Especial de Revisión de 29 de octubre de 1987 (RJ 1987\7438), ha consolidado la doctrina que había expresado la antigua Sala 4.<sup>a</sup> en la de 2 de junio de 1987 (RJ 1987\5908), en el sentido de que *el alcance de los defectos formales de los Reglamentos en vía procesal de impugnación indirecta debe entenderse de la siguiente forma: a) El Reglamento ejecutivo se perfecciona jurídicamente, aunque el informe del Consejo de Estado se haya omitido; b) El artículo 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo regula el ejercicio de una concreta potestad administrativa: la de convalidar los vicios de los actos, con la limitación de no poder sanar el vicio de la omisión del informe del Consejo de Estado, lo que impide que la jurisdicción contenciosa ejecute "a posteriori" un control de legalidad de la norma reglamentaria ya perfeccionada.*

Se muestra en esta doctrina el deseo de evitar que los Tribunales demoren el examen de fondo de la legalidad de la potestad reglamentaria de la Administración, que les compete con arreglo al artículo 106 de la Constitución, siempre que se hallen en ocasión procesal de hacerlo y no medien obstáculos formales realmente insalvables».

proceso contencioso, sino un intento por equiparar la omisión del dictamen al mismo tratamiento que la jurisprudencia comenzaba a otorgar a las demás infracciones procedimentales que se cometían durante la elaboración de un reglamento.

Ahora el examen jurisdiccional debía centrarse en la finalidad real que estaba llamado a cumplir este trámite en la elaboración de la norma, lo cual impedía un juicio que desligara los vicios formales de la validez material de la disposición.

La Sentencia de 23 de diciembre de 1991 (Ar. 302) expuso esta tendencia, al definir el alcance de su omisión a la luz de lo resuelto en la Sentencia dictada en recurso extraordinario de revisión el 16 de junio de 1989:

*«(...) La Sala especial ha ratificado, en tal sentido, la línea jurisprudencial tradicional que siempre ha exigido, con el máximo rigor, el cumplimiento de las consultas preceptivas al Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de reglamentos de ejecución de las leyes, declarando que la omisión del trámite constituye un defecto insubsanable y provoca la nulidad de pleno derecho de la norma afectada.»*

Y proseguía:

*«En efecto, la consulta formal a un órgano de competencia universal y de composición colegiada, estructural y funcionalmente separado de la Administración activa y que, en un momento final del procedimiento, manifiesta —tras un procedimiento complejo formalmente establecido— un parecer escrito en forma global o de resumen sobre los anteproyectos de disposiciones reglamentarias, no supone un formalismo excesivo o innecesario en el ejercicio de la potestad reglamentaria, por cuanto, como expresa la citada sentencia de la Sala Especial, actúa como una garantía profiláctica y preventiva, para asegurar en lo posible el imperio de la Ley en el Estado democrático de Derecho, introduciendo mecanismos de ponderación, freno y reflexión que son imprescindibles —como además muestra la experiencia comparada en el procedimiento de elaboración de disposiciones normativas de carácter general. Es esa garantía sustancial, a la que el trámite que se examina atiende, la que justifica el rigor con el que la jurisprudencia de esta Sala viene declarando la nulidad de las disposiciones expedidas con omisión del dictamen.»*

Asimismo, en la Sentencia de 8 de julio de 1994 (Ar. 5677) el Tribunal Supremo señaló que

*«(...) el Consejo de Estado, cuya subsistencia aparece recogida en el artículo 107 CE cumple un control preventivo de la*

*potestad reglamentaria para conseguir que se ejerza con el máximo ajuste a la Ley y al derecho, respetando así el principio de jerarquía normativa* también consagrado constitucionalmente (artículo 9). No es correcto, pues, volatilizar esta cautela previa, que consiste en el análisis conjunto de cada disposición general, mediante su confusión con el control judicial posterior configurado en el artículo 106 CE. *La intervención preceptiva del Consejo de Estado no se queda, por tanto, en mero formalismo, corrupción o perversión de la forma, sino que actúa como garantía profiláctica, preventiva, para asegurar en lo posible el imperio de la Ley, propia de un Estado de Derecho (F. 6.º)»* (8).

No obstante, la atención al carácter finalista del dictamen suponía dos cosas. Por un lado, abandonar la calificación tradicional de requisito de perfección técnica de la norma (9), lo cual resultaba mucho más acorde con la naturaleza preceptiva *pero no vinculante* del referido dictamen (10). Y, por otro, dejar de considerar a los vicios formales como cuestiones de orden público impositivos de un análisis sobre el fondo. Pues

«(...) como ya ha declarado este Tribunal Supremo en diversas Sentencias (...) el informe del Consejo de Estado es un *control de tipo interno, no exigible para la perfección de la norma reglamentaria cuya omisión no impide a esta jurisdic-*

---

(8) En términos semejantes se pronunció en la Sentencia de 30 de diciembre de 1988 (Ar. 10155) al señalar que el artículo 22.3 de la LOCE tenía «(...) una clara finalidad de *garantía interna, para asegurar la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición* —artículo 129 LPA (...)— cuyo incumplimiento acarrea sanción de nulidad, según reiterada doctrina jurisprudencial»; y en la Sentencia de 12 de diciembre de 1985 (Ar. 6245) cuando afirmó que «(...) siendo ese *trámite esencial para asegurar el cumplimiento de los principios que garantiza la Constitución*, su inexistencia determina también incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10-6 de la ya citada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, así como del artículo 97 de la Constitución, en cuanto exige que la potestad reglamentaria se ejerza de acuerdo con la Constitución y las leyes». Por ello, la *infracción del preceptivo dictamen «falta de suyo insubsanable (...) determina (...) la nulidad de la disposición, sin que quepa alegar de contrario razones de economía procesal, pues es bien sabido que el procedimiento administrativo, en sus trámites esenciales como puedan ser la audiencia de los interesados o los informes preceptivos, aparte de su función puramente racional de ordenación de los trámites, cuya omisión puede ser fácilmente subsanada, tiene también y sobre todo una función capital de garantía de la objetividad y legalidad de las decisiones administrativas, preconizada por la Constitución y por las leyes»* —STS de 19 de julio de 1984 (Ar. 4244)—.

(9) Pues «(...) se trata (...) de un *trámite esencial, aunque despojado de virtualidad vinculante previsto como garantía de depuración técnica de la labor normativa, que va por ello más allá de una simple formalidad excusable (...)*» —STS de 7 de febrero de 1989 (Ar. 1089)—.

(10) Sin embargo, la naturaleza no vinculante no eximía del deber de motivación de la Administración, conforme establece el artículo 2.6 de la LOCE cuando dispone que: «Las disposiciones y resoluciones sobre asuntos informados por el Consejo expresarán si se acuerdan conforme con el dictamen del Consejo de Estado o se apartan de él. En el primer caso se usará la fórmula “de acuerdo con el Consejo de Estado”; en el segundo, la de “oído el Consejo de Estado”».

*ción entrar a conocer del fondo del asunto cuando disponga de elementos suficientes. Que la falta de un control administrativo de legalidad no es bastante para impedir el ejercicio de la función jurisdiccional de los Tribunales» —Sentencia de 17 de febrero de 1988 (Ar. 1184) (11)—.*

Sin embargo, el control de fondo ejercido por la Jurisdicción Contenciosa no suponía reconocer una sustitución de la función administrativa por la jurisdiccional (12), más aún cuando el referido trámite cumple una función preventiva sobre la validez de la norma que precisamente trata de evitar el control judicial posterior (13).

De ahí la importancia de que dicho trámite se observe en el momento procedimental oportuno, como única garantía del efectivo cumplimiento de su finalidad; sobre todo, cuando es de todos sabido que en la elaboración de una disposición reglamentaria existen cuestiones de oportunidad que, de no ser apreciadas en vía administrativa, pueden luego resultar inoperantes ante los Tribunales de Justicia.

### III

Pues bien, hasta aquí hemos tratado de resumir, en líneas generales, la evolución jurisprudencial experimentada por el Consejo de Estado y el estado actual de la cuestión.

La Sentencia que comentamos resuelve un recurso de casación promovido por la Generalidad Valenciana contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que había anulado y dejado sin efecto el Decreto autonómico (D. 76/93, de 28 de junio) aprobatorio del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar. El Tribunal de instancia estimó los motivos aducidos por la Asociación recurrente —Asociación de la Pequeña y Mediana Empresa Operadora (AMYPEMO)—, acogiéndose a la doctrina jurisprudencial

---

(11) En idénticos términos se pronunció la STS de 21 de junio de 1988 (Ar. 4410).

(12) En este sentido, las palabras empleadas por la STS de 8 de julio de 1994 (Ar. 5677) resultaban ilustrativas al disponer que: «(...) aun partiendo del reconocimiento de que "es materia aún no pacífica, al menos en términos absolutos, la trascendencia invalidante que la ausencia del dictamen del Consejo de Estado, en Pleno o en Comisión Permanente, 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", ha sido reafirmado que no se puede asumir el criterio de la declaración de validez de una norma reglamentaria impugnada en recurso directo fundado en que el control preventivo o "ex ante" que cumple el trámite de informe del Alto Cuerpo Consultivo puede ser sustituido, sin mermas de la validez, por el control "ex post" que de la misma norma pueda realizar la jurisdicción [cfr. STS, Especial, Rev. 25 febrero 1994 y STS 3.º, Pleno, 28 junio 1994 (RJ 1994\5050)]».

(13) Así se desprende del artículo 2.1 de la LOCE 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. 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».



dencial más tradicional sobre la materia, y empleando como argumento decisorio para la declaración de nulidad la infracción del artículo 23.2 de la Ley 3/1980, por *omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado* en el proceso de elaboración de la norma reglamentaria.

Sin embargo, del estudio del expediente se desprendía que el referido dictamen fue solicitado con fecha de 1 de marzo de 1993, evacuado por el Consejo de Estado el 8 de julio y recibido por la Generalidad Valenciana el 14 de julio de 1993. A juicio del Tribunal Supremo, estos datos revelaban que si bien el dictamen fue emitido con posterioridad a la fecha de aprobación del Reglamento (el 28 de junio de 1993), la Generalidad acertaba al afirmar que la sentencia recurrida erraba al estimar que la no incorporación del preceptivo dictamen del Consejo de Estado al texto reglamentario conculcaba el artículo 23 de la LOCE, pues estaba equiparando la emisión extemporánea a la falta del mismo (FJ 3.º), cuando el referido informe carecía de carácter vinculante.

En este sentido (proseguía el Tribunal) debía reconocerse la razón a la Administración autonómica de que el trámite de consulta al Consejo de Estado *se cumplimentó* al promulgar el Decreto 76/1993, de 28 de junio, pese a que cuando fuera aprobado ya hubieran transcurrido los dos meses que para el trámite ordinario se prevé en el artículo 128 de su Reglamento Orgánico (FJ 3º).

El argumento clave para sustentar esta solución y estimar la pretensión de la Generalidad declarando formalmente válida la disposición anulada en primera instancia fue que:

«Según ya señalamos en nuestra sentencia de 29 de noviembre, *el dictamen del Consejo de Estado, en este caso, era preceptivo y no vinculante, por lo que el Gobierno Valenciano pudo proseguir las actuaciones* —artículo 86.3 de la Ley de 17 de julio de 1958, y 83.3 de la Ley 30/1992—, *ya que no estaba obligado a aceptarlo, sin perjuicio del ulterior control del Poder Judicial del posible ultra vires* —lo que significa que la Generalidad podía separarse de él—; *debiendo destacar que cuando se produjo la aprobación del proyecto reglamentario aún no se había recibido el dictamen del Consejo de Estado* —pues éste incumplió el plazo de dos meses que tenía para emitirlo, según preceptúa el artículo 128 de su Reglamento Orgánico—, *y cuando se recibió aquel dictamen se consideró innecesario por la Administración recurrente introducir ninguna modificación en el proyecto ya aprobado*» (FJ 3.º).

Y añadió:

«Ciertamente es que la Generalidad debió haber incluido en la Exposición de motivos la cláusula ritual y preceptiva para el caso de "oído el Consejo de Estado", pero esta omisión, según ya declaramos en la citada de 29 de noviembre, constituye una

*mera irregularidad que de ninguna manera reporta consecuencias anulatorias» (FJ 3.º).*

Finalmente, es preciso apuntar que cuando el Tribunal Supremo examinó el contenido de la disposición reglamentaria comprobó la comisión de ciertas irregularidades materiales que determinaron la nulidad por *ultra vires* de ciertos preceptos del texto y, con ello, la estimación parcial de las pretensiones de fondo promovidas por la Asociación recurrente en instancia.

#### IV

Como fácilmente se desprende el Tribunal Supremo llegó a la siguiente conclusión:

En primer lugar, que la emisión extemporánea del dictamen del Consejo de Estado no impedía la continuación del procedimiento administrativo, pues, de conformidad con lo dispuesto para el trámite de *Informes* (14) en el artículo 83.3 de la LRJAP y PAC de 1992:

«De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, *se podrán proseguir las actuaciones* cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, *excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes para la resolución* del procedimiento, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos» (15).

Sin embargo, la lectura del precepto suscita algunas cuestiones importantes como: ¿qué eficacia tienen los plazos legales para su emisión cuando se trata de un informe no vinculante?; ¿es que, acaso, ese carácter no vinculante permite la prosecución de las actuaciones hasta el final del pro-

---

(14) También en la Sentencia de 5 de abril de 1989 (Ar. 3153), el Tribunal Supremo vinculó el dictamen del Consejo de Estado al trámite de Informes al resolver que: «El citado artículo 23 de la LO 3/1980 (...) atribuye o asigna la facultad a las Comunidades Autónomas de recabar los informes que estimen oportunos, cursados a través de sus respectivos presidentes, *estableciéndose en el párrafo segundo, una consecuencia correlativa con la prevista en el artículo 84 de la Ley de Procedimiento Administrativo de modo que "a efectos de la resolución del expediente, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales, y los que se juzguen absolutamente necesarios para acordar o resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos", calificación, exigibilidad y consecuencias deducibles que nos proporciona la indicada L.O. 3/1980 cuando en su artículo 23 párrafo segundo se dispone que "el dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes" y en el artículo 22 se dispone que "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", y, como acertadamente se pone de manifiesto estas circunstancias en la sentencia apelada la conclusión es su confirmación (...).*»

(15) En términos muy parecidos, el artículo 86.3 de la antigua LPA 1958 disponía que: «De no recibirse el informe en el plazo señalado, podrán proseguirse las actuaciones sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el funcionario culpable de la demora».

cedimiento administrativo sin que se haya evacuado, inclusive, permitiendo que se emita con posterioridad a la aprobación del reglamento? Asimismo, ¿cuál es la extensión del carácter no vinculante?; ¿es que acaso habilita a su no incorporación al texto reglamentario?

En los últimos tiempos, la jurisprudencia ha flexibilizado con muy buen criterio el rigor de los plazos legales establecidos para el cumplimiento de ciertos trámites, con el ánimo de garantizar su realización. Sin embargo, no todo trámite realizado fuera de plazo resulta útil para satisfacer su pretensión. Este es el caso del dictamen del Consejo de Estado.

Por este motivo, tradicionalmente, la emisión extemporánea del dictamen era equiparada en sus efectos a la omisión del mismo. Pues, como sabemos, difícilmente se podría cumplir *el control profiláctico* que desarrolla en garantía de la validez de la norma si el referido dictamen se emitiera una vez aprobada ésta. Esta afirmación se encuentra avalada por la postura actual del Tribunal Supremo sobre el dictamen del Consejo de Estado cuando afirma que «*su omisión ha de tener efectos invalidatorios cuando afecte al contenido de la disposición*».

Si recordamos, en la presente Sentencia el Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que no hubo violación del artículo 23.2 de la LOCE porque, a pesar de su emisión extemporánea, el trámite de intervención del Consejo de Estado se cumplimentó, dado que, tras su recepción en la Administración Pública, ésta consideró innecesario introducir modificación alguna en el texto (incluso la de no incorporar a la Exposición de Motivos la cláusula de «oído el Consejo de Estado»), alegando como motivo para sostener esta solución el carácter no vinculante del dictamen, y la posibilidad de un control jurisdiccional sobre el fondo de la disposición.

Pero, como veremos, esta conclusión no casa bien con una declaración de nulidad material del reglamento. Pues una cosa es el carácter no vinculante del dictamen del Consejo de Estado, y otra muy distinta que se trate de un mero trámite formal del que se pueda prescindir.

El dictamen del Consejo de Estado cumple en los procedimientos reglamentarios una función muy específica que consiste en ilustrar al órgano administrativo sobre la conveniencia de adoptar una u otra solución, potenciar la legalidad, el acierto y oportunidad de la medida, y ejercitar, en definitiva, un control preventivo sobre la *validez material de la disposición*, que no resulta incompatible con un eventual control judicial posterior, pero que resulta insustituible por él.

Sorprende, pues, que en el presente caso, tras la recepción del dictamen, la Administración Pública no incorporara ninguna modificación al texto reglamentario, cuando, tal vez, hubiera podido evitar los vicios de fondo en que se incurrió.

No obstante, ello no significa que la Administración estuviera obligada a acogerlo, pues el carácter no vinculante del dictamen no la exime del deber de motivación (16) en caso de apartarse de él. Deber de motivación

---

(16) Motivación que es de vital importancia de cara al éxito de una pretensión anulatoria de una norma reglamentaria ante los Tribunales, pues una disposición general elabo-

que, dado el carácter integrador de los informes, permite tener una visión más amplia del expediente y, por tanto, disponer de los elementos de juicio necesarios para conocer el íter procedimental de elaboración de la noma.

V

La Sentencia de la que doy cuenta introduce una modificación relevante respecto a la doctrina tradicional; da la impresión de que se ha penalizado el retraso en la emisión del dictamen, generalizando la fórmula empleada por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (art. 83.3), para el supuesto de retraso en los informes. Pero realmente las consecuencias son de mayor calado, si se contrasta con la interpretación general sobre la significación del dictamen del Consejo de Estado y las consecuencias de su omisión, que con este nuevo criterio queda relativizada.

---

rada con omisión del dictamen del Consejo de Estado «no sólo adolece de la omisión de estudios e informes previos que garanticen al menos su legalidad, sino *también del deber de conservar los dictámenes y documentos necesarios para conocer el proceso de elaboración* (art. 129.1.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo)» —STS de 10 de julio de 1990 (Ar. 6499)—.