

EL ASESORAMIENTO Y DEFENSA LEGAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de publicaciones

EL ASESORAMIENTO Y DEFENSA LEGAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Carlos Padrós Reig

Catedrático (Acred.) de Derecho Administrativo

Universidad Autónoma de Barcelona

Ex Letrado del Tribunal Constitucional

Colección: Atelier Administrativo

Directores:

Joan Manuel Trayter Jiménez
(Catedrático de Derecho administrativo)

Belén Noguera de la Muela
(Profesora titular de Derecho administrativo)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducire, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2020 Carlos Padrós Reig

© 2020 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: ???

Depósito legal: B 2??

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

A Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente emérito del Tribunal Constitucional, quien me brindó la oportunidad de trabajar como Letrado adscrito a su gabinete. Como es propio de los buenos maestros, disimuló mis fallos y destacó mi empeño. De él aprendí: capacidad de trabajo, honestidad, determinación y templanza.

Mi sincera gratitud a Fernando José Alcantarilla Hidalgo, Juan Carlos González Barral y Eduardo Ángel Perdiguero Bautista, magistrado del orden jurisdiccional contencioso-administrativo; a Gonzalo de Aranda Antón, magistrado de lo penal; a Luis Carlos Díez Lirio, fiscal; y a Susana García Couso, profesora titular de derecho constitucional de la URJC, con quienes he tenido la suerte de coincidir como compañeros Letrados del Tribunal Constitucional entre los años 2015 a 2019. Me aproveché de sus incommensurables conocimientos acerca de nuestra disciplina jurídica, así como su capacidad de análisis y reflexión sobre los más variados aspectos del proceloso ordenamiento legal español. Todo ello en manifestación de su noble generosidad intelectual.

Debo agradecer igualmente el apoyo de la Fundación Alfonso Martín Escudero al desarrollo de este proyecto, especialmente a la figura de su presidente, el maestro administrativista D. José Ramón Parada Vázquez.

Finalmente, este libro terminó de escribirse en otoño de 2019. Varias vicisitudes han retrasado su publicación en más de un año. Gracias a la paciencia y comprensión de Editorial Atelier.

ÍNDICE

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	15
CAPITULO II. BREVE ESBOZO HISTÓRICO	25
1. Los antecedentes remotos del constitucionalismo moderno	25
2. La experiencia de la Constitución de Cádiz de 1812	35
3. Las Constituciones del Siglo xix	42
3.1. Período isabelino	43
3.2. La Primera República y la restauración borbónica	45
4. La dictadura de Primo de Rivera	50
5. El Consejo de Estado en la Segunda República	51
6. El renacer del Consejo de Estado: la dictadura franquista	52
7. Recapitulación	57
Bibliografía Capítulo II	63
CAPITULO III. EL CONSEJO DE ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978	65
1. La etapa pre-constituyente	65
2. La elaboración de la Constitución española de 1978	67
3. Naturaleza de la institución	78
4. Relación de la función consultiva con otros poderes constitucionales o la inserción del Consejo de Estado en un Estado social y democrático de Derecho	82
4.1. Poder legislativo. Principio democrático-electivo	83
4.2. Poder ejecutivo. La dirección política del gobierno ¿Control de oportunidad y conveniencia?	86
4.3. Poder judicial. El principio de unidad de jurisdicción	91
5. Recapitulación	93
Bibliografía Capítulo III	99

CAPÍTULO IV. MODELOS COMPARADOS	101
1. Francia	106
1.1. Historia	106
1.2. El Conseil d'État moderno	114
1.3. La relación del Consejo de Estado con el <i>Conseil Constitutionnel</i> . La nueva QPC	119
1.4. El Consejo de Estado y el Derecho de la Unión Europea	123
2. Italia	127
3. Reflexión final	132
Bibliografía Capítulo IV	135
 CAPÍTULO V. EL CONSEJO DE ESTADO HOY	139
1. Introducción	139
2. Composición y estructura del Consejo de Estado	140
3. Competencias y funciones del Consejo de Estado	147
3.1. Efectos de la omisión del dictamen	163
3.2. El juicio de oportunidad y conveniencia	167
3.3. Los dictámenes. En especial, los dictámenes habilitantes	172
4. El nivel técnico. El Cuerpo de Letrados	176
Bibliografía Capítulo V	180
 CAPÍTULO VI. AUGE Y DECLIVE DEL MODELO AUTONÓMICO	183
1. La regulación en la LO 3/1980	183
2. La STC 204/1992, de 26 de noviembre	185
3. La descentralización de la función consultiva	195
4. El Informe CORA (2013)	203
5. El declive	209
5.1. Galicia	209
5.2. Madrid	212
5.3. Extremadura	213
Bibliografía Capítulo VI	219
 CAPÍTULO VII. LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO	223
1. Orígenes. La Dirección General de lo Contencioso	224
2. La Abogacía del Estado moderna	230
3. La Ley 52/1997, de Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas	234
3.1. Ámbito subjetivo	237
3.2. Ámbito territorial	238
3.3. Estructura. Dirección del Servicio Jurídico del Estado- Abogacía General del Estado	240
3.4. Funciones	243
3.4. Retribuciones	246
3. Modelos comparados. Francia e Italia	249

3.1. Francia	249
3.2. Italia	252
Bibliografía Capítulo VII	258
CAPITULO VIII. OTROS ASPECTOS	261
1. Los cuerpos locales de habilitación nacional y los servicios jurídicos propios de los entes locales	261
1.1. La cuestión constitucional de la autonomía local	261
1.2. La actual regulación vigente.	271
1.3. Dos ejemplos ilustrativos de los efectos de la omisión del Informe del Secretario.	274
2. La prestación supramunicipal de servicios de asesoramiento y defensa legal	279
3. Los convenios interadministrativos para el desarrollo de servicios de asesoramiento y defensa de organismos administrativos independientes	284
4. La problemática externalización de la defensa legal pública. Especial mención a la posición de las compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo.	291
4.1. Los contratos de seguro para la cobertura de las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial.	294
Bibliografía Capítulo VIII.	301

Capítulo I

INTRODUCCIÓN

El ejercicio de poder —singularmente el administrativo— se revela como una tarea de una enorme complejidad. Cuando las normas eran pocas y la litigiosidad era baja, un Gobierno y su Administración pública podían manejarse con relativa facilidad. Igualmente, cuando los ciudadanos eran considerados solamente como súbditos de un poder ilustrado, la discusión era —lamentablemente— menor. El devenir de los tiempos ha complicado sobremanera el mundo jurídico de manera que ahora el ordenamiento es una maraña inescrutable de normas.¹ Como afirma lúcidamente el profesor NIETO, ni el jurista más experto es capaz de no cometer multitud de infracciones a diario.²

El hecho de conferir derechos inherentes a la condición de ciudadano impone una efectiva revisión judicial de las decisiones administrativas (*ex post*) y un asesoramiento experto en el proceso de toma de decisiones (*ex ante*). Ambos controles constituyen la garantía de cumplimiento de la primacía de la legalidad y objetividad del actuar administrativo que prevé la Constitución (art. 103 CE).

En el Antiguo régimen, la actividad de asesoramiento tenía respecto del monarca absoluto un alcance general. Se aconsejaba sobre todos los asuntos pues el rey reunía todos los poderes (normativo, ejecutivo y jurisdiccional). Pero ese carácter general no entrañaba ninguna intensidad especial. Si el monarca quería ser aconsejado, realizaba la consulta. Incluso si consultaba y le desagradaba el resultado, podía desoír la opinión experta con total libertad. Con la separación de poderes, en cambio, se perdió el carácter general y se dejó limitado el asesoramiento a la cuestión estrictamente ejecutiva (Administración) y en algunos casos también a la función jurisdiccional (Francia e Italia). En España, en cam-

1. GARCIA DE ENTERRÍA, E. *Justicia y Seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Civitas, Madrid, 1999

2. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Tecnos, Madrid, 2005. 4ª ed.

bio, el Consejo de Estado ejerce funciones jurisdiccionales solo muy brevemente y de manera inconsistente.

La Revolución francesa trajo consigo la limitación de poderes y la separación entre funciones deliberativas (asamblea) y funciones decisorias (ejecutivo). Si para la primera función son necesarias varias voces y opiniones, para la función ejecutiva se necesita una vía más expeditiva y unitaria. El problema, sin embargo, surge cuando la función ejecutiva se subordina a la deliberativa o cuando el ejecutor (Administración pública) necesita de conocimientos técnico-jurídicos para el ejercicio de su poder. De ahí nace la distinción entre administración activa y administración consultiva. O en otras palabras, aparece el concepto de la función consultiva gubernamental que podrá ser tanto interna —dependiente— como externa e institucionalizada.

Como indica SÁNCHEZ NAVARRO, «(...) no todos los «fenómenos consultivos» responden, por sus rasgos distintivos, a lo que se entiende, con propiedad, como «administración consultiva». Porque este concepto sólo «es inteligible en polémica con el de administración activa». Y uno y otro suponen «la sustantivación de aspectos funcionales diferenciados», que se articulan «en la forma legalmente establecida para el cumplimiento de los fines que al Poder Ejecutivo corresponden».

De esta forma, la actividad consultiva admite un sentido estricto que constituye una modalidad de algo más amplio que podríamos llamar «asesoramiento», «consultoría» o, incluso, «actividad consultiva» en sentido amplio, dentro de la cual cabrían muchas otras cosas. Así entendida, toda actividad consultiva, *stricto sensu*, supondría una forma de asesoramiento. Pero no toda forma de asesoramiento podría encuadrarse dentro de la función consultiva.»³

Esta misma cuestión se suscita de forma profunda en el prólogo del maestro GARCÍA DE ENTERRÍA a la traducción española del libro de JAMES D. MOONEY, *Principios de la Organización*. Madrid, 1958.⁴ Aquí se distingue entre órganos *staff and line* y función consultiva sustantivada. En la primera, el asesoramiento está menos formalizado y no necesariamente se plasma en un documento. En cambio, y en contraste, «el órgano consultivo es un órgano sustantivado, es decir un órgano que se constituye sobre sí mismo, independientemente, para la función también sustantiva de aconsejar. Este acantonamiento estricto de la función de aconsejar, sí permite forma (y exige) una alta competencia técnica, hace necesariamente formales y solemnes las relaciones de los órganos consultivos con los activos; (...) Ahora bien, esto determina una limitación del papel del consejo en la formación de la decisión administrativa, pues resulta que, por una parte, la consulta ha de concretarse a un tema determinado, en una fase también concreta de su resolución, sin que, por ende, otros problemas normalmente conexos, o simplemente los avatares de la ejecución del consejo, caso de ser éste

3. SANCHEZ NAVARRO, A. J. *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional*. Ed. Reus, Madrid, 2007, pp. 181-182

4. El mismo texto se encuentra publicado en «Aspectos de la Administración consultiva» *Revista de Administración Pública* n° 24, 1957, pp. 163-184 y como capítulo tercero en la obra *La Administración española*. Alianza Editorial, Madrid 1972, pp.35 y ss.

aceptado, puedan ser objeto del parecer del órgano consultivo. La solemnidad del dictamen, por su parte, sí reviste a éste de una especial energía para imponerse al órgano activo (lo que, evidentemente, en materias de un cierto carácter, puede menoscabar la legítima libertad que el órgano activo necesita) implica también que no sea fácil aplicar su técnica fuera de los problemas que exijan una decisión formal alternativa (...). En efecto es algo fácilmente comprobable por quien tenga una mínima experiencia del funcionamiento de la Administración consultiva que todas estas limitaciones operan de un modo efectivo, y que ellas son las que alimentan la tendencia conocida a reducir a los órganos consultivos de este tipo clásico al mero informe de expedientes que exigen una resolución, como un trámite más o menos importante de un procedimiento formal, en tanto que el núcleo de los problemas estrictamente discrecionales o políticos, que constituyen los auténticos problemas de la jefatura y que no pueden ser susceptibles de funcionalizarse en expedientes, se ven excluidos sistemáticamente del pronunciamiento de estos órganos especializados».⁵

En definitiva, el tránsito del antiguo al nuevo régimen sustantivizó la función consultiva que pasa a ser de universal a circunscrita a un expediente. A la vez, como contrapartida, esta mayor formalización redujo el margen de intervención sobre los asuntos. Quedaría, por tanto, fuera de nuestro enfoque tanto el asesoramiento puramente interno del poder (hoy Administración pública) como el asesoramiento externo en funciones de organización y planificación administrativa que no culminan con un acto decisorio. Lo cierto es que la progresiva tecnificación del aparato administrativo ha aumentado enormemente la calidad y competencia de los órganos internos que desarrollan la función de asesoramiento: las Secretarías Generales Técnicas, los Gabinetes o la multitud de comités expertos (con mayor o menor representatividad). La constatación de ello va paralela al retroceso de la importancia de la función consultiva externa. En otras palabras, a mayor calidad técnica del aparato administrativo, menor necesidad de una consulta externa.

De nuevo, según SÁNCHEZ NAVARRO, se hace preciso determinar a qué alude ese «aspecto funcional diferenciado» propio de la función consultiva *stricto sensu*. El autor señala que ésta se caracteriza por la confluencia de tres elementos:

- De una parte, el subjetivo u orgánico, que se concreta en un órgano que no actúa en virtud de su poder o *potestas*, sino de su *auctoritas*, la cual le otorga su independencia y su capacidad de influencia frente a los demás poderes.
- De otra, el institucional, que —en estrecha vinculación con el anterior— asegura la autonomía orgánica y funcional de los órganos llamados a ejercerla.

5. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Aspectos de la Administración consultiva» *Revista de Administración Pública* nº 24, 1957, pp. 173-174.

- Y, finalmente, el objetivo o funcional, que comporta que su asesoramiento se basa en la aplicación de parámetros jurídicos, es un asesoramiento en Derecho.

Así pues, el primero de estos elementos es el de la *auctoritas* o autoridad moral, que opera como fundamento de la legitimidad de la intervención de los miembros del Consejo. Resulta obvio que esta calidad no se atribuye por oposición (lo que no excluye, por supuesto, que una oposición pueda contribuir a su existencia), pero también que subyace a todas las descripciones del Consejo de Estado, históricas o actuales.

Ya derive de la tradición, ya del prestigio, ya de la calidad y combinación de sus miembros, ya de su formación, de su posición institucional o de las características de su actividad, lo cierto es que esta *auctoritas* que «administra» el Consejo de Estado le permite aparecer como un órgano situado ayer junto al Rey, y hoy junto al Gobierno, pero sobre todo capaz de influir en su actividad, de «transfundir» cierta autoridad moral o legitimidad adicional a las decisiones de éste en las que interviene. Y de hacerlo, simplemente, por la fuerza de convicción de sus argumentos, por el reconocimiento de su calidad, y no por la atribución jurídica de ninguna potestad. De ahí su importancia en unas sociedades a las que resulta «intolerable la sumisión a normas que repugnen a la razón y se impongan por la sola voluntad del que tiene potestad para emanarlas.»⁶

La legitimidad de la función consultiva se encuentra, pues, circunscrita de manera inestable por estos dos límites: no puede imponerse de manera obligatoria a la legítima decisión administrativa y su valor dependerá de su fundamento técnico. El primer aspecto se constata en una cita de nuestros clásicos de Derecho administrativo: «No es el Consejo de Estado una institución política sino puramente administrativa, y todavía dentro de la administración no pasa su autoridad de los límites angostos de una consulta; por lo cual repugna a su índole ejercer acto alguno de administración, pues administrar es hacer uso de un poder legalmente responsable, y el Consejo de Estado, no administra, ni queda sujeto a verdadera responsabilidad».⁷

Y no menos importante se revela la segunda cuestión, es decir, la autonomía orgánica y funcional de los órganos consultivos. La autoridad del asesoramiento viene reforzada por la independencia de su criterio. *Contrario sensu*, la falta de independencia y autonomía respecto del poder gubernamental hace que la autoridad del ejercicio de la función consultiva externa pierda parte de su legitimidad y se equipare a la interna, de manera que se diluye ostensiblemente su relevancia. En otras palabras, la autoridad técnica y la independencia de la administración consultiva son características esencialmente líquidas.

6. SANCHEZ NAVARRO, A. J. *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional*. Ed. Reus, Madrid, 2007, pp. 181-182.

7. COLMERIO, M. *Elementos de Derecho político y administrativo de España*. Madrid, 1877 5ª ed. pp. 179-180.

Para GARCÍA ÁLVAREZ, «históricamente, los Consejos de Estado modernos surgen como órganos de apoyo al Jefe del Estado, al que evitan caer en manos de sus ministros y demás funcionarios, conservando una cierta autonomía de decisión. Este esquema puede encontrarse tanto en órganos surgidos de la Revolución francesa, como es el Consejo napoleónico, o de la modernización de las estructuras de la Monarquía absoluta, como es el Consejo de los Saboya; es también la función del Consejo español de la posguerra, de forma muy clara en la Ley de 1940, pero también en la de 1944, en la que se da al Consejo de Estado su organización actual. El Consejo franquista era un órgano fundamentalmente jurídico, pero cuya función era contrapesar al Consejo de Ministros, permitiendo al Jefe del Estado ejercer su función de garante último del sistema pese a su desconocimiento de las cuestiones jurídicas y administrativas.

Sin embargo, el Consejo de Estado se mostró en todos los casos reseñados como el órgano adecuado para asumir una serie de funciones de garantía de los administrados, lo que provocó en el caso de los Consejos francés e italiano un reforzamiento de su autonomía, la formalización de sus procedimientos y la separación del órgano asesorado. En el caso español, la formalización se operó en 1944, pero el grueso de su función de garantía, la que le caracteriza actualmente, lo recibió del legislador sectorial y de la jurisprudencia. El vacío dejado por estas evoluciones sería llenado por los órganos de *staff* o apoyo inmediato, el primero de los cuales había sido el Consejo de Estado napoleónico en sus inicios.»⁸

Y es que a nadie se le escapa como la selección de los consejeros resulta el elemento más crucial para la legitimidad de la función. Demasiadas veces en España se da cumplimiento al criterio que enunciaba el secretario Pizarro a principios del S. XIX en el debate acerca de la supresión del Consejo: «los individuos de él (refiriéndose al Consejo de Estado) han pasado por todos los trámites de sus carreras respectivas con distinción y aprecio, que muchos ofrecen a la idea con las más respetables canas, la memoria de una vida laboriosa, llena de virtudes cívicas, de méritos, servicios y sufrimientos, y que todos tienen derecho de mirar el destino que obtienen (...) como un último premio con que la patria recompensa su larga carrera de buenos servicios (...); de consiguiente, no parece justo que un gobierno paternal y justo deba, a título de reforma, o abandonar la suerte de los que así lo han servido, o bien ponerlos en peor condición que los que aún están en grados inferiores».⁹

Los órganos consultivos no ejercen una potestad sino que aportan un elemento de garantía técnico-jurídica suplementaria o añadida a la verdadera potestad administrativa. Por ello no es de extrañar que no exista una co-potestad

8. GARCÍA ÁLVAREZ, G. *La Función Constitucional del Consejo de Estado*. CEDECS, Barcelona, 1996, pp. 223 y ss.

9. PIZARRO, Informe sobre la reforma del Consejo de Estado. 1810. Citado por BARRIOS PINTADO, Feliciano. *El Consejo de Estado de la Monarquía española: 1521-1812*. Madrid: Consejo de Estado, 1984, p. 215.

entre la Administración activa y la consultiva o que repugne a nuestro sistema la existencia de dictámenes cuyo contenido vincule al sujeto consultante.

También desde otra perspectiva, resulta que la función consultiva de apoyo al Gobierno —que es quien tiene encomendada constitucionalmente la dirección de la Administración pública— explica la necesidad de que órganos políticos tengan algún control sobre el aparato burocrático. La cúspide de una Administración podría llegar a quedar «secuestrada» por sus funcionarios dado que los representantes electos no necesariamente cuentan con los elementos técnico-jurídicos para conocer el encaje de las decisiones administrativas. Y en sentido inverso y claramente para la Administración local, la función consultiva podría servir al principio democrático facilitando a un órgano con legitimación democrática indirecta, el Pleno, la legalidad de dirección de la Administración pública.

Al hilo de lo anterior, resalta como nuestra mejor doctrina ha definido al Consejo de Estado como un órgano de control.¹⁰ Resulta cierto, que un órgano formalizado y dotado de autonomía parece más apto para el control de la legalidad que para la función consultiva. La proximidad entre la función consultiva y la jurisdiccional hace que éstas convivan bajo una misma institución en Francia e Italia. Sin embargo, el Consejo de Estado no es un órgano de control pues no emite propiamente un juicio ni tiene la característica de obligatoriedad del derecho blando.

En suma, «El Consejo de Estado es un órgano consultivo del Gobierno según la Constitución vigente (art. 107 CE) y no un órgano de control. El Consejo de Estado es un órgano de asesoramiento jurídico del Gobierno, órgano colegiado que constitucionalmente tiene encomendada la dirección de la Administración (art. 97 CE) y que es responsable de ello ante el Congreso (art. 108 CE). La función del Consejo de Estado es proporcionar al Consejo de Ministros o a sus miembros una opinión formada con independencia de la Administración activa, fundada jurídicamente, que permita a un órgano político (en el que no tiene por qué haber ningún jurista profesional), el tomar una decisión propia y ajustada a Derecho. Ciertamente, la existencia y todavía más la constitucionalización de un órgano formalmente separado de la Administración activa, la parte más importante de cuyos miembros tiene garantizada una gran estabilidad en su función y que normalmente actúa en función de consultas preceptivas, no se justifica sino por una misión de tutela de los derechos e intereses legítimos de los administrados y del Estado de Derecho. Esto no impide, al contrario, que sus competencias le hagan apto como órgano asesor e incluso que en ocasiones el legislador imponga la consulta obligatoria por meros motivos de conveniencia. Sin embargo, el Consejo de Estado no ejerce ningún tipo de control sobre el Gobierno, aunque pueda entenderse que de su colaboración en la función de dirección de la Administración se deriva un cierto elemento de «control» —en sentido sociológico, no técnico— de los elementos burocráticos de ésta. Precisamente porque es un órgano consultivo del Gobierno como órgano colegiado, los dictámenes

10. PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho Administrativo I: Introducción. Organización administrativa. Empleo Público*. Editorial EDIASA (Ediciones Académicas), Madrid 2019, 26ª Ed.

preceptivos del Consejo de Estado tienen carácter cuasi-vinculante para los ministros singulares, mientras que el Gobierno puede apartarse del dictamen con la única carga de motivar su decisión.»¹¹

Todas estas reflexiones introductorias no hacen más que demostrar el interés que para la disciplina ofrece el estudio de la función administrativa consultiva. Sin embargo, al abordar la tarea, uno se da inmediatamente cuenta de la existencia de numerosa y valiosísima bibliografía sobre el tema, lo que en principio haría desaconsejable su abordaje para meramente repetir lo que otros autores más autorizados ya han aportado. El objetivo de la presente monografía es ofrecer una visión crítica de la cuestión, de su estado actual de evolución y poner de manifiesto algunos aspectos que por muy asumidos no han sido objeto de cuestionamiento. La literatura administrativista sobre el tema tiene dos momentos de ebullición que corresponden a los primeros años de la aprobación de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril y a la sentencia constitucional 204/1992. Sin embargo, el interés decae al cambiar de siglo y en los últimos 20 años son pocas las contribuciones que pueden encontrarse.¹² Y dada acelerada la mutabilidad de las instituciones administrativas, más de dos décadas pueden arrojar un panorama completamente distinto.

Además, las indiscutibles aportaciones del Consejo de Estado a lo largo de su historia influyen —consciente o inconscientemente— en una cierta complacencia reverencial con la situación actual. No se trata de criticar destructivamente la institución y la función consultiva sino de poner de manifiesto tanto las posibilidades de mejora de su ejercicio como la escasa relevancia de las funciones que actualmente desarrolla. El gran potencial de la institución se ve limitado por la minucia de los asuntos a los que debe dedicar sus mayores esfuerzos. La reforma de 2004 y la creación de una sección de estudios en el seno de la institución, arroja un resultado más que decepcionante.

Para todo ello, la monografía se estructura en 7 capítulos. Los tres primeros se dedican a un análisis histórico y comparado del Consejo de Estado. Resulta impresionante la mutabilidad y adaptabilidad de la institución a cada contexto histórico de manera que pese a ser marginado en muchas de las regulaciones históricas, el Consejo de Estado resiste y revive de manera constante. Ello puede indicar la relevancia de la función que debería desarrollar y que no siempre se ha acompañado con el correspondiente marco legal. Analizamos también —capítulo III— el proceso de elaboración de la Constitución española de 1978 y la incorporación en su texto del artículo 107 que, de manera algo incompleta, se limita a establecer que: «El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia». Este

11. GARCÍA ÁLVAREZ, G. *La Función Constitucional del Consejo de Estado*. CEDECS, Barcelona, 1996, pp. 223 y ss.

12. Singularmente SÁNCHEZ NAVARRO, A.J. *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional*. Ed Reus, Madrid 2007; MARTÍN OVIEDO, J.M. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional (1808-2012)* BOE-Consejo de Estado, Madrid, 2013; VERA SANTOS J.M. «Cuarenta años del Consejo de Estado, o de cómo seguir siendo órgano consultivo y no morir en el intento» *UNED Revista de Derecho Político* n° 101, 2018.

mandato constitucional se actuó con la aprobación de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

Junto con ello, el capítulo IV aporta una visión de derecho comparado. Las instituciones no pueden entenderse ni de manera estática, es decir, sin analizar su real funcionamiento, ni de manera aislada. Toda institución se inserta en una arquitectura institucional que hace que aunque con nombres homónimos o similares, las funciones puedan ser completamente distintas. Como se verá, la evolución del Consejo de Estado en España es completamente distinta del *Conseil d'État* francés o del *Consiglio di Stato* italiano. En España, el impacto de la revolución francesa fue relativizado por una rápida restauración absolutista. Por uno de esos fenómenos que hacen la Historia tan apasionante, España recibió las ideas francesas y las adaptó de acuerdo con su idiosincrasia. En Francia, la función jurisdiccional del Consejo se instaura en 1872. En Italia en 1889. En España, la legislación de 1860 introdujo el recurso por abuso de poder por el que las autoridades judiciales podían deferir al conocimiento del Consejo de Estado ciertos asuntos contencioso-administrativos. Sin embargo, mientras que los modelos francés e italiano adoptaron el modelo de revisión jurisdiccional separada (tesis contraria a la judicialista alemana), en España, ello no fue así, y la Ley Santamaría de Paredes de 1888 rápidamente supuso el práctico abandono del modelo de conjunción entre competencia consultiva y competencia jurisdiccional.

Los capítulos V y VI se dedican al estudio de la regulación actual del Consejo de Estado, es decir, a analizar con cierto detenimiento qué hace y para qué sirve el Consejo de Estado contemporáneo. Sorprende poderosamente la distancia entre la relevancia constitucional de la institución con la entidad de los asuntos que trata. En otras palabras, de aproximadamente 1.000 dictámenes anuales que emite la institución, 800 lo son en asuntos relativos a expedientes de responsabilidad patrimonial de la Administración o revisión de actos en vía administrativa. En gran parte, la intervención del Consejo de Estado en dichos expedientes es o redundante o superflua. Pero lo peor de ello es que ocupa muchos medios humanos y materiales que podrían dedicarse a otros cometidos. Y también aparecen como redundantes los dictámenes emitidos de manera previa a la impugnación por el Estado ante el Tribunal Constitucional de disposiciones y resoluciones adoptadas por órganos de las Comunidades autónomas. En el mejor de los casos, el Consejo de Estado efectúa una recopilación e interpretación de la doctrina constitucional existente cuyo acierto se encarga de desmentir el máximo intérprete de la Constitución. El apartado 3 del capítulo V, ofrece dos ejemplos especialmente ilustrativos de la cuestión.

La STC 204/1992 ocupa buena parte del espacio dedicado al capítulo VI. La cuestión de inconstitucional que la sentencia resuelve planteaba la adecuación constitucional de la sujeción al dictamen del Consejo de Estado de las disposiciones administrativas de carácter general aprobadas por las Comunidades autónomas. La doctrina de la sentencia establece que el art. 107 CE no ha dispuesto que el Consejo de Estado sea el órgano superior consultivo de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y de sus respectivas Administracio-

nes, pero tampoco impide que desempeñe esa función. Por ello, en aquellas Comunidades donde exista un órgano consultivo «equivalente» al Consejo de Estado en cuanto a organización y competencias, el dictamen autonómico resulta una alternativa al estatal. Con esta formulación, los años siguientes a la sentencia vieron nacer la aparición de órganos consultivos autonómicos por doquier.¹³

Esta descentralización de la función consultiva ha entrado en crisis en los últimos tiempos con la supresión de los consejos de Galicia, Madrid y Extremadura—incluso pese al rango estatutario de la institución previsto en este último caso—. Pero lo más significativo de todo es que la equivalencia prescrita por la doctrina constitucional ha sido objeto de escaso examen. Tanto es así que la supresión de organismos autonómicos se ha producido de manera poco traumática puesto que el nivel autonómico no exhibía las condiciones de autonomía y tecnicidad exigibles, como hemos visto, a la función consultiva estatal. Otra interpretación conduciría a pensar que la equivalencia está precisamente en que tampoco el Consejo de Estado reúne esas notas características.

Finalmente, el libro dedica los capítulos VII y VIII a la defensa jurídica del Estado y otras administraciones públicas. En un estado inicial de casi abandono de la cuestión, es a partir de la mitad-final del S. XIX cuando se crea la Dirección General de lo contencioso encargada de la defensa legal del Estado en juicio. La regulación actual se encuentra en la Ley 52/1997, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

También se dedican unas páginas a la regulación de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, a la prestación supramunicipal (provincial) de servicios de asesoramiento y defensa legal de las entidades locales así como a los convenios interadministrativos suscritos entre la Abogacía del Estado y algunos entes de la llamada administración institucional.

No es función del administrativista académico presentar solución a los problemas que la investigación pueda haber aflorado. Tampoco la de crearlos donde no los haya o de magnificar las patologías que se detecten. Sin embargo, el lector podría compartir algunos criterios generales útiles para la mejora de nuestro objeto de estudio: (i) descargar al Consejo de Estado de sus tareas más netamente administrativas que pueden desarrollarse por parte de otros órganos técnicos internos; (ii) garantizar un sistema de nombramiento de los consejeros consultivos que sea acorde con la importante función que están llamados a desempeñar, eliminando tanto los premios políticos como su mandato vitalicio; (iii) exigir una mayor equivalencia entre consejos autonómicos y Consejo de Estado en cuanto a independencia y tecnificación; (iv) impulsar la función pretoria de la sección de estudios del Consejo de Estado; (v) garantizar una ratio de desempeño efectivo de puestos de trabajo de la Abogacía del Estado limitando las condiciones de la excedencia voluntaria o, alternativamente, aumentando el número de Abogados efectivamente en servicio activo; (vi)

13. Excepto Cataluña y Canarias que ya contaban con dichas instituciones antes de 1992 y Cantabria que nunca ha creado una.

mantener y reforzar la independencia y profesionalidad de los secretarios e interventores locales, relegando el nombramiento accidental a su verdadera naturaleza excepcional.

Todo ello, creemos modestamente, podría contribuir a modernizar y actualizar el ejercicio de la función consultiva, el asesoramiento técnico de las decisiones administrativas y a una mejor defensa legal de las Administraciones públicas.

Capítulo II

BREVE ESBOZO HISTÓRICO

1 LOS ANTECEDENTES REMOTOS DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Ha sido una constante histórica la existencia de formaciones varias para el asesoramiento del ejercicio del poder. La tarea de gobernar los asuntos públicos necesita a menudo del auxilio de técnicos y expertos que presten su asesoramiento. También la complejidad de las materias —incluido el Derecho— ha aumentado la necesidad de recurrir a órganos consultivos. Así se expresa de forma gráfica en un pasaje del Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz leído por Agustín de Argüelles en la sesión de 18 de agosto de 1811: *«Para dar al gobierno el carácter de estabilidad, prudencia y sistema que se requiere; para hacer que los negocios se dirijan por principios fijos y conocidos, y para proporcionar que el Estado pueda en adelante ser conducido, por decirlo así, por máximas, y no por ideas aisladas de cada uno de los Secretarios del Despacho, que además de poder ser equivocadas, necesariamente son variables a causa de la amovilidad (sic) a que están sujetos los ministros, se ha planteado un Consejo de Estado compuesto de proporcionado número de individuos»*.¹⁴

Algunos autores¹⁵ sitúan el primer Consejo de Estado en el año 1526 bajo el reinado de Carlos I de España y V de Alemania. En ese momento existían ya varias estructuras diseminadas territorialmente en el vasto imperio español y en varias

14. Constitución política de la monarquía española: promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812. Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella. Estudios de Alberto Ramos Santana, Miguel Revenga Sánchez, Ramón Vargas-Machuca Ortega. Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz. Cádiz, 2012.

15. Es imprescindible, CORDERO TORRES, J.M. *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944.

formaciones según las materias. Sería pues en esa fecha cuando la monarquía de los Austrias decidió reunir bajo un solo Consejo los anteriores existentes.¹⁶

Otros, en cambio, consideran que la creación del Consejo de Estado es anterior en un siglo (1426) y que fueron los Reyes Católicos los primeros en establecer una estructura de gobierno por Consejos. Las ordenanzas de Toledo de 11 de junio de 1480 aprueban el primer Reglamento de lo que se denominó Consejo Real.¹⁷ Además, para BARRIOS, lo que hizo Carlos I en 1526 fue nombrar nuevos consejeros de un Consejo preexistente: «en un momento que no tiene fecha formal y precisa, los Consejos privados y secretos que rodeaban a Carlos I desde que en 1517 llegara a España para reinar, se transforman en el que pasajeramente se denominó Consejo Secreto de Estado y que, ya en 1522, aparece como Consejo de Estado. Al año siguiente el Consejo de Estado funciona de manera regular y continua».¹⁸

Resulta pues que con una denominación parecida (Consejo), encontramos instituciones y funciones muy diversas según cada momento histórico.¹⁹ Este estudio no es de Historia —ni siquiera de historia del Derecho— sino de organización y Derecho administrativo y por ello no pretendemos aportar nuevos conocimientos a los magníficamente documentados estudios existentes.²⁰ A ello se añade la dificultad de la llamada arquitectura institucional, según la cual, no se trata de analizar aisladamente una institución sino su interacción con otras que constituyen la forma de gobierno. Incluso manteniendo un entramado institucional igual, aparece la cuestión del genuino funcionamiento de cada uno de ellos en cada momento histórico. Por ejemplo, un monarca más activo o autoritario dará menos relevancia a la función de asesoramiento. O, correlativamente,

16. También debe tenerse en cuenta la previa existencia del llamado Consejo de Castilla, creado por Juan I en 1385. Pese a su nombre, éste no tenía principalmente una función consultiva o de asesoramiento sino de verdadero Tribunal de Justicia. Esta dualidad —función consultiva y administración de Justicia— se reproducirá a lo largo de la historia. DE DIOS, Salustiano. *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982. El Consejo Real de Castilla fue formalmente suprimido en 1812 y la STS de 28 de noviembre de 1917, establece su sucesión por el Consejo de Estado. Cfr. RODRIGUEZ-ZAPATA PÉREZ J. «Estudio Preliminar» en Ley Orgánica del Consejo de Estado. Cuadernos de Documentación del Instituto Nacional de Prospectiva - Centro de Estudios Constitucionales nº 7. Madrid, 1980; PÉREZ-TENESSA, A. *Historia, cosas e historias del Consejo de Estado*. Madrid, BOE, 2005. Existieron igualmente los Consejos Reales de otros reinos hispánicos: Aragón y Navarra.

17. MARTÍN OVIEDO, J.M. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional (1808-2012)*. Madrid, BOE-Consejo de Estado, 2013, p. 18

18. BARRIOS, Feliciano. *El Consejo de Estado de la Monarquía española: 1521-1812*. Madrid: Consejo de Estado, 1984

19. PÉREZ DE LA CANAL advierte sobre la inconveniencia de hacer historia de una mera denominación y no de la propia institución. Así, se constata la existencia de diversos nombres para los órganos consultivos: Consejo privado; Consejo largo; Consejo de Estado privado; Consejo secreto; Consejo de Estado. PÉREZ DE LA CANAL, M.A. «Apuntaciones en torno a la cuestión del origen del Consejo de Estado en el antiguo régimen» *Anuario de Historia del Derecho Español* LXXXVII, 2017.

20. CORDERO TORRES, J.M. *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944; BARRIOS, F. *El Consejo de Estado de la monarquía española (1521-1812)* Madrid. Consejo de Estado, 1984; MARTÍN OVIEDO, J.M. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional (1808-2012)*. Madrid, BOE-Consejo de Estado, 2013;

un Consejo decididamente activo puede llegar a inmiscuirse en funciones propiamente reales. De ahí la dificultad de la comparación diacrónica.²¹ Aun con esta acotación, no resulta arriesgado separar los Consejos de la época absolutista de los de la época liberal. La implantación —a trancas y barrancas— de la división de poderes en España, permite configurar al Consejo como institución y no como mero órgano de naturaleza auxiliar.

Sea como fuere, con la abdicación del rey Carlos en 1556, le sucedió en la corona de España su hijo Felipe II (1556-1598). Este período tiene dos características principales: la frecuencia de las reuniones y la existencia de los Secretarios. Los Consejos trataban asuntos diversos y existían Secretarios por materias. La frecuencia de las reuniones impedía al Rey asistir a ellas de manera que, para mantener la tradicional sumisión a la voluntad regia cobró relevancia el Secretario de Estado, encargado de transmitir el contenido de las deliberaciones y los criterios expresados. Este hecho hizo disminuir la importancia del Consejo mismo pues el Secretario de Estado desempeñaba una función bidireccional: tanto informar al monarca de las reuniones como transmitir al Consejo el contenido de los deseos reales. En definitiva, la sumisión y el personalismo desdibujaron fuertemente la institución.²²

«El Consejo de Estado es aglutinante de la totalidad de la monarquía hispánica por encima de los demás organismos vinculados a los reinos o a un área de competencias concretas. Esta dimensión supraterritorial del Consejo de Estado explica, igualmente, sus ámbitos competenciales: competencia exclusiva en la política internacional, pero también en cualquier asunto importante de la política interior de los reinos. El Consejo de Estado es, propiamente, el “Consejo de la Monarquía”. De esta forma se ha llegado a definir precisamente por su

21. «Una institución originada a partir de otra o de un conjunto de ideas y principios, puede tener distinta trayectoria cuando se utiliza o traspone en varios países. En ocasiones, es la cultura jurídica quien perfila las peculiaridades que la hace diferente a su referente fundacional y a las homónimas adaptadas en otras naciones. Otras veces, es el entramado de poderes públicos quien se presta a modular en ella las necesidades que requiere para un correcto equilibrio del funcionamiento constitucional del Estado. Sea como fuere, el derecho constitucional comparado está plagado de ejemplos referidos a órganos constitucionales nacidos de la misma rama u origen, que se desarrollan en direcciones distintas. El mantenimiento de un tronco común suele ser una característica, aunque a veces las nuevas instituciones pueden diluir esa savia o germen originario, con unas trayectorias tan autónomas y desgajadas, que la rama adquirente de su propio peso se separa por completo de su fuente primera.» BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique. «Constitución de 1812 y función consultiva: evolución del consejo de Estado en España» *Revista Española de la Función Consultiva*, n° 13, 2010., p. 149. Disponible en <http://portales.gva.es/cjccv/pdfs/pub/refc-n13.pdf>

22. Como describe CABRERA DE CÓRDOBA «sería menester dar diferente orden de proceder del que se tenía al presente porque (el Consejo) no tenía jurisdicción, ni negocios ordinarios; y por esto ninguno de los del Consejo tenía título de su oficio, ni aún creo que está escrito quienes son del Consejo y sólo parece que se junta para los negocios que ordena el Rey se propongan. No hay orden de antigüedad, ni de oficio, ni dignidad, para el sentarse ni para votar y lo que allí se resuelve no tiene ejecución, porque solo resuelve el rey entendido por lo que parece por la relación del secretario». CABRERA DE CÓRDOBA, L. *Felipe Segundo. Rey de España*. Madrid 1876, p. 475. Citado por BARRIOS, F. *El Consejo de Estado de la monarquía española (1521-1812)* Madrid. Consejo de Estado, 1984, p. 106 paréntesis añadido.

indefinición competencial y por su capacidad para invadir los campos de conocimiento de cualquier otro Consejo. A este rasgo básico se añaden otros derivados, no menos distintivos. Carece de capacidad jurisdiccional y de cualquier tipo de reglamentación al ser convocado y presidido por propio rey, que puede asistir o no a sus sesiones. De ahí la importancia política que adquiere en ocasiones el Secretario del Consejo, nexo de comunicación entre el rey y el Consejo. Razones de estrategias políticas ocasionan en distintos momentos del siglo XVII desdoblamientos y reunificaciones de la Secretaría del Consejo de Estado: en 1570 se dividió en dos —Secretarías de España y Norte y Secretaría de Italia—, en 1630 se creó una tercera Secretaría —de España e islas adyacentes— que en 1661 desapareció. Las dos secretarías subsistieron hasta 1706.²³

Este declive se vería acentuado en el reinado de Felipe III (1598-1621) y la instauración de la figura del valido.²⁴ El primer valido, el Duque de Lerma, configuró el Consejo a su conveniencia. Elevó el número miembros consejeros e instauró las reuniones semanales. Pero lo más importante fue la duplicidad entre Consejo y Juntas. Como recoge MARTÍN OVIEDO «La debilidad de Carlos II (1665-1700) y del Primer Ministro que recibe ese nombre sustituyendo los anteriores validos (Juan Francisco Tomás de la Cerda Enríquez, octavo duque de Medinaceli) hicieron que el Consejo de Estado, manejado por los nobles de mayor peso recobrase de nuevo su influencia, hasta el punto de que sin el cual (el Consejo de Estado) ni un (el Rey) ni otro (el Primer Ministro) se atreven a regular la menor bagatela. Con su sucesor, don Manuel Joaquín Álvarez de Toledo y Portugal, conde de Oropesa, descubrimos el primer ejemplo de gobernación moderna, en la que las decisiones las adopta el Primer Ministro después de oír al Consejo de Estado desprovisto de la influencia del rey que no asiste a las reuniones.»²⁵

La monarquía borbónica de Felipe V (1700-1746) siguió el intento de modernizar la organización del Estado y los Consejos fueron postergados en favor de una administración activa más moderna (el Consejo de Despacho, equivalente a —salvando las distancias— un actual Consejo de Ministros).²⁶ Estas reformas, buscaban acentuar el centralismo, la eficacia administrativa, la rapidez en la gestión de los asuntos y a potenciarían los órganos unipersonales (Secretarías)

23. ARCHIVOS ESPAÑOLES. <http://pares.mcu.es/ParesBusquedas20/catalogo/autoridad/46620/> imprimir

24. TOMAS y VALIENTE, F. *Los validos en la monarquía española del siglo XVII: estudio institucional*. Editorial Siglo XXI de España, Madrid, 1982

25. MARTÍN OVIEDO, J.M. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional (1808-2012)*. Madrid, BOE-Consejo de Estado, 2013, p. 21. GARCÍA MERCADAL, reproduce la siguiente reflexión del embajador polaco en España en 1611: «lo que extraño en España es que teniendo un gobierno absoluto, los reyes no hacen nada sin Consejos, no firman nada sin ellos; ni siquiera la menor cuestión en los asuntos públicos la determinan solos». GARCÍA MERCADAL, J. *Viajes de extranjeros por España y Portugal*. Madrid, 1952, citado por BARRIOS, F. *El Consejo de Estado de la monarquía española (1521-1812)* Madrid. Consejo de Estado, 1984, p. 118.

26. RODRÍGUEZ-ZAPATA lo describe como «la burocracia de los Consejos». RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ J. «Estudio Preliminar» en *Ley Orgánica del Consejo de Estado*. Cuadernos de Documentación del Instituto Nacional de Prospectiva- Centro de Estudios Constitucionales nº 7. Madrid, 1980, p. 13.

frente al régimen polisinodial que representaban los Consejos. «El Consejo de Estado subsistió, pero no se tiene noticia de que fuera oído ni con motivo de las bodas reales ni para declarar la guerra o hacer la paz en los numerosos conflictos habidos durante el reinado de Felipe V. Según un historiador francés del siglo XIX, «a partir del ministerio de Alberoni, el cargo de Consejero de Estado devino puramente honorífico: fue una distinción muy anhelada que el Rey acordaba a sus más meritorios servidores. A la pérdida de influencia del Consejo de Estado contribuyó la frecuencia de las reuniones de la Junta de Secretarios del Despacho, que llegaron a ser semanales, y la preminencia que fue adquiriendo el Secretario de Estado en tiempos de Floridablanca».²⁷ El Consejo de Estado permanece casi inactivo desde 1717 hasta 1792, año en el que el rey Carlos IV lo restablece, publicando su Reglamento el 25 de mayo.²⁸ Entre 1736 y 1738, el Consejo de Estado no cuenta con ningún miembro. La creación en 1787 de la Junta Suprema de Estado²⁹ supone la práctica desaparición del Consejo.

Con el ascenso de Godoy (primero como primer ministro del rey Carlos IV entre 1792-1798 y después como generalísimo con tratamiento de Alteza Serenísima entre 1801-1808), el Consejo dejó prácticamente de reunirse (una sesión en 1796 y dos en 1797). Continuó en ejercicio hasta el 26 de agosto de 1797, y no se volvió a reunir hasta 1808 con motivo de los graves sucesos de la Guerra de la Independencia española.

En definitiva, el Consejo de Estado (entendido como Consejo de la Monarquía en el antiguo régimen) se crea —o recrea— en 1526 y pese a la dispar influencia, se mantiene formalmente con la dinastía de los Austrias. En cambio, con la llegada de la casa de Borbón al trono permanece casi inactivo desde 1717 hasta 1808.

En pleno desmoronamiento del Antiguo régimen, se aprobó el 6 de julio de 1808 el conocido como Estatuto de Bayona. El texto constitucional fue otorgado por José Bonaparte al pueblo español, apenas consultado formalmente a través de la Junta Nacional. La crisis del Antiguo Régimen absolutista español se agudizó en 1808, produciéndose el conocido como motín de Aranjuez contra Godoy y el propio rey Carlos IV. Como consecuencia directa de él, Carlos IV abdicó en su hijo Fernando VII, pero antes de consolidarse en el poder, Napoleón convocó a la familia real española a un encuentro en Bayona. Una vez allí, Fernando VII, devolvió la Corona a Carlos IV el día 6 de mayo, sin saber que el día antes Carlos IV había pactado la cesión de sus derechos a la corona en favor de Napoleón, a

27. DESDEVIZES DU DESERT. *L'Espagne de l'ancien régime*. París 1899. Citado por PÉREZ-TENESSA, A. *Historia, cosas e historias del Consejo de Estado*. Madrid, BOE, 2005. p. 15

28. Documento disponible en SUÁREZ, Federico (Dir.) *Documentos del Reinado de Fernando VII. Vol. VII. El Consejo de Estado (1792-1834)*. EUNSA-Instituto de Estudios Administrativos. Pamplona 1971.

29. Real Decreto de 8 de julio de 1787. Cfr. ESCUDERO, José Antonio. *Los orígenes del Consejo de Ministros*. Madrid. 1979; MENÉNDEZ REIXACH, A. *La Jefatura del Estado en el Derecho público español*. Madrid, 1979.

cambio de asilo en Francia y una pensión vitalicia. Finalmente, Napoleón designó como nuevo rey de España a su hermano José.³⁰

Pese a lo extraño del «proceso constituyente» que desembocó en el otorgamiento del Estatuto de Bayona, «dicho texto constituye el origen del constitucionalismo patrio, dado su carácter escrito y su germen reformante, configurándose como un hito relevante para el liberalismo gaditano, marcado por su carácter protoliberal. Estableciendo una primera limitación orgánica e institucional a una monarquía absoluta que sirvió de referencia a los posteriores padres constituyentes».³¹

Del Estatuto de Bayona resulta una forma de organización política altamente particular, fruto de una incierta transición entre antiguo y nuevo régimen. Para CRUZ VILLALÓN, se trata de una constitución «fundamentalmente burguesa (revolucionaria frente a la sociedad estamental) inequívocamente autoritaria en lo político (y) generadora o cuando menos promotora de Estado, todo ello bajo una marcada subordinación a Francia.»³² El constitucionalismo napoleónico pone en el centro de toda la organización política al Rey-Emperador y aunque existen instituciones que pueden parecer como de contrapoder (Senado y Consejo de Estado), las mismas están al servicio de su poder omnímodo. En cierta manera, la forma de terminar con el Antiguo régimen fue una cierta administrativización que no varió en lo sustancial la concentración de poder. Una suerte de división de poderes reconducida a una monarquía constitucional fuertemente autoritaria. «Es cierto que se reconocía la existencia de órganos que limitaban la autoridad regia, algunos novedosos (Senado), otros cortados por patrones bien distintos de las instituciones españolas con las que podía tener proximidad (Consejo de Estado y Cortes). Pero, en todo caso, hay que subrayar que estos órganos servían más que nada de apoyo al Rey en la adopción de decisiones que en todo caso le acababan correspondiendo a él».³³

Como explica FERNÁNDEZ SARASOLA, «A lo largo de sus ciento cuarenta y seis artículos, el Estatuto reconoce al Monarca unas facultades de dirección política casi omnímodas. Aunque titular del poder ejecutivo, estas facultades permiten en realidad concebirlo más bien como órgano de gobierno, según la distinción que Sieyès trazase en la Francia consular e imperial entre la esfera gubernativa (Rey con el Consejo de Estado) y la meramente ejecutiva (Ministros). Donde mejor queda representado el alcance del poder regio es en sus amplísimas —absorbentes, podría decirse— facultades normativas. No sólo le correspondía el

30. ALCÁZAR SEGURA, A. «Carta de Bayona: del absolutismo al constitucionalismo» Observatorio CISDE 20 febrero de 2016. Disponible en <https://observatorio.cisde.es/cultura-de-defensa/17454>.

31. VERA SANTOS, J.M. *Las Constituciones de España*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, citado por TRIGUERO ORTIZ, O. «El Consejo de Estado en el constitucionalismo histórico español» *Anuario Parlamento y Constitución* nº16, 2014.

32. Sobre el constitucionalismo napoleónico y la exportación de constituciones afrancesada, cfr. CRUZ VILLALÓN, P. «La Constitución de 1808 en perspectiva comparada» *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furiol Ceriol*, nº 58-59, 2007.

33. FERNÁNDEZ SARASOLA, I. «La forma de gobierno en la Constitución de Bayona» *Historia Constitucional*. nº 9, 2008, p. 77. Disponible en <http://hc.rediris.es/09/index.html>

poder reglamentario, sino que acaparaba casi en su totalidad la facultad legiferante. A él le competía en exclusividad la iniciativa de las leyes y, aunque no se fijase expresamente, también su sanción. De hecho, el artículo 86 dejaba claro que las leyes no eran sino «Decretos del Rey», expedidos como consecuencia de la deliberación y aprobación de Cortes. Dicho en otros términos, eran meros Decretos a los que se les sumaba el *plus* de la intervención parlamentaria. El Monarca, y no el Parlamento, era, pues, origen de la ley.

Pero, además, el Rey tenía una facultad para dictar normas temporales que revestía una importancia capital. En los recesos de Cortes, el artículo 60 reconocía al Monarca, previa consulta con el Consejo de Estado, la potestad de dictar decretos sobre materias objeto de deliberación parlamentaria, que tendrían fuerza de ley hasta que se reuniese de nuevo la Asamblea. Si se tiene presente que al Rey le correspondía convocar las Cortes —con el solo límite de hacerlo una vez cada tres años—, de suspender sus sesiones y de disolverlas, es fácil colegir que el Monarca podía pasar largos períodos sin la presencia del Parlamento, y que en ellos su voluntad tendría valor de ley. De este modo, la legislación temporal podía acabar convirtiéndose de hecho en la normativa regular del Estado.

Finalmente, el Rey aparecía investido de importantes competencias normativas que entrañaban una relación directa con la Constitución. A él le correspondía, según el artículo 143, ejecutar progresivamente el texto constitucional, de modo que éste se hallase en vigor en enero de 1813. De este modo, se reconocía que la Constitución carecía de eficacia directa, requiriéndose la intermediación de normativa regia para su plena aplicabilidad, lo que habilitaba al Rey para decidir cuándo deseaba que las disposiciones del Estatuto entrasen en vigor.³⁴

Los artículos 52 a 60 del texto del Estatuto de Bayona regulan este Consejo de Estado del constitucionalismo napoleónico: se trata de un Consejo de Estado presidido por el Rey, que se compondrá de un mínimo de treinta individuos y un máximo de sesenta, divididos en seis secciones a saber: Sección de Justicia y de Negocios Eclesiásticos. Sección de lo Interior y Policía General. Sección de Hacienda. Sección de Guerra. Sección de Marina. Sección de Indias.

Se establecen como individuos natos del Consejo de Estado, los ministros y el presidente del Consejo Real; asistirán a sus sesiones cuando lo tengan por conveniente; no harán parte de ninguna sección, ni entrarán en cuenta para el número fijado en el artículo antecedente. El Consejo de Estado tendrá consultores, asistentes y abogados.

Y por lo que a las competencias se refiere, el Consejo examina los proyectos de leyes civiles y criminales y los reglamentos generales de administración pública. Conocerá igualmente de las competencias de jurisdicción entre los cuerpos administrativos y judiciales, de la parte contenciosa, de la administración y de la citación a juicio de los agentes o empleados de la administración pública (art. 58). Según el artículo 59, el Consejo de Estado, no tendrá sino voto consultivo.

34. FERNÁNDEZ SARASOLA, I. *ibídem.* p. 66. De modo más general, del mismo autor, *La Constitución de Bayona (1808)* Iustel, Madrid, 2007.

Por su parte, el artículo 60 establece que los decretos del Rey sobre objetos correspondientes a la decisión de las Cortes, tendrán fuerza de ley hasta las primeras que se celebren, siempre que sean ventilados en el Consejo de Estado. Se trata pues de una suerte de opinión preceptiva no vinculante con cierta relevancia práctica dadas las pocas reuniones de las Cortes.

Con su creación, el Consejo de Estado de Bayona convivió con otras instituciones: «el Consejo Real como Tribunal de reposición y un Consejo privado del Rey para su auxilio en el ejercicio del derecho de gracia. A ellos se unió, poco después, mediante Real Decreto de Fernando VII, de 25 de junio de 1809, el Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias, reuniendo las funciones de todos los antiguos consejos, excepto el de Estado».³⁵

¿Es el Consejo de 1808 heredero de los precedentes Consejos del Antiguo Régimen? La respuesta es compleja. En un Dictamen de 13 de noviembre de 1943 (expediente 472),³⁶ el propio Consejo establece dicho paralelismo: «El Consejo de Estado creado por las Cortes de Cádiz, a pesar de la fuerte influencia francesa, aparece como sucesor del de Castilla, como lo demuestra el artículo 236 de la Constitución de Cádiz de 1812 en el que se dispone que el Rey «oirá su dictamen en los asuntos graves gubernativos, y señaladamente, para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra y hacer los Tratados»; con lo que se recogían todas las atribuciones que, bajo el nombre genérico de «consulta», sometía el Rey al Consejo de Castilla; quedando excluidas aquellas otras (autos acordados, tenutas, suplicaciones) que las circunstancias políticas y la tesis de la división de poderes (entonces introducida en España) impedían confiar a un mismo organismo. Por esto, las atribuciones judiciales del Consejo de Castilla pasan entonces al Tribunal Supremo, y las legislativas a las Cortes con el Rey (artículos 17 y 15 de la Constitución). Se abre, a partir de esta fecha enconada polémica entre el régimen constitucional y el absoluto, que termina con el triunfo del primero, creándose en 24 de marzo de 1834, el Consejo Real de España e Indias, de índole fundamentalmente administrativa, que heredaba el nombre y gran parte de las atribuciones del Consejo de Castilla. El Consejo Real de España e Indias fue abolido en 28 de septiembre de 1836 por entenderse incompatible con el régimen liberal.»

Es cierto que el Consejo previsto en la Carta de Bayona es una institución muy ligada al monarca (como lo son los anteriores Consejos Reales). Ello se constata por TRIGUERO ORTIZ, «allí donde se desplazaba José I iba dicho Consejo en pleno o en número importante de sus miembros, incluso en los últimos días, cuando la monarquía bonapartista se retiraba derrotada, lo que pone de relieve

35. TRIGUERO ORTIZ, O. «El Consejo de Estado en el constitucionalismo histórico español» *Anuario Parlamento y Constitución* n°16, 2014, p. 71. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5299994.pdf>

36. Este dictamen se emite a petición del Ministro de la Gobernación para dilucidar la cuestión del nombramiento y retribución del «juez Protector» en la Fundación Manuel Ventura Figueroa, fundación establecida en 1784, por quien fuera a la sazón Presidente del Consejo de Castilla. Se cita erróneamente en algunos estudios como un Dictamen de 28 de octubre de 1943 (fecha de encargo) cuando lo es de 13 de noviembre (fecha de emisión).

la importante competencia de dicho Consejo en la etapa de referencia, pues el Rey no se encontraba obligado a reunir a las Cortes más de una vez cada tres años, conforme el artículo 76 del Estatuto de Bayona.»³⁷

Pero el Consejo de Estado previsto en el Estatuto de Bayona también se separa de un simple órgano asesor del monarca. «El Consejo de Estado se configura en la Constitución de Bayona como un Consejo del Rey si bien a partir de ese momento entroncado en un contexto constitucional nuevo en el que las funciones de ese órgano tienen que ver con la relación con el nuevo poder legislativo emergente del constitucionalismo, aunque fuese tan limitado como el de la Constitución de Bayona. Las funciones más relevantes del Consejo cambian, pero no su carácter de Consejo del Rey, consejo del poder ejecutivo que se sustantiva como tal poder desde el momento en que se define con más precisión el papel de las Cortes y sus facultades legislativas, aunque sea en la forma moderada de la Constitución de Bayona. Es el reconocimiento de las Cortes en un texto constitucional y su carácter parcialmente electivo, lo que obliga a Napoleón y a su hermano José, a delimitar y a limitar el papel de esas Cortes, para evitar los excesos revolucionarios a los que Francia había estado sometida y que explican la llegada misma de Napoleón al poder.»³⁸

Efectivamente, como magistralmente explica el profesor DE LA QUADRA-SALCEDO, hay que entender este nuevo constitucionalismo monárquico en la traslación parcial de las ideas del abate SIÈYES sobre la fragmentación del poder en la Constitución francesa del año VIII. El Consejo de Estado tendrá la función de redactar y proponer leyes para su deliberación en las Cortes. «(Napoleón) comprende el factor de legitimación que puede encontrar en un Consejo en el que sitúe a personas de reconocida autoridad que la pongan al servicio del primer cónsul y poco después del Emperador. Napoleón cultivará la presidencia del Consejo y la ejercerá de modo efectivo, pues el Consejo le permite tener en su mano el poder legislativo que queda sujeto a su iniciativa, así como la vigilancia de la acción de su administración y en general el control de toda la tarea administrativa.»³⁹ Y todo esto lo consigue con la tutela del abate y la interposición de figuras de prestigio situadas en el Consejo de Estado que, sin embargo, le profesan una razonable lealtad, no sólo porque sean nombrados o revocados a su voluntad sino porque se penetran de las necesidades de la cosa pública en el marco de un organismo que está fuera del debate político directo y del juego de partidos. En ese contexto la voluntad del Emperador se impone, pero tampoco éste deja de escuchar y de aceptar muchas de las propuestas que en los temas que no son absolutamente decisivos hacen los consejeros.»⁴⁰

Por tanto, la respuesta a la cuestión de la continuidad de los Consejos absolutistas con los del incipiente constitucionalismo es ambivalente. De una parte

37. TRIGUERO ORTIZ, O. op. cit. p. 71

38. DE LA QUADRA-SALCEDO, T. «El Consejo de Estado en las Constituciones de Cádiz y Bayona» *Documentación Administrativa* nº 244-245, 1996, p. 25.

39. El paralelismo de cometidos con la actual Comisión Europea es asombroso.

40. *Ibidem*, pp. 43-44.

el Consejo de Estado no deja de ser más que un órgano ejecutor de la voluntad del Rey. De otra, se configura como un contrapoder en una incipiente concepción de la separación de poderes que trata de aunar la fragmentación del poder y la prevención de la anarquía asamblearia. Tal vez sería más acertado situar al Consejo de Ministros como sucesor del Consejo de Castilla (poder ejecutivo en ese momento concentrado, como los demás, en el monarca absoluto) que al propio Consejo de Estado.⁴¹ Formalmente, aunque el Consejo de Castilla desaparece en 1812 y se «crea» un Consejo de Estado, éste último es una reorganización del preexistente. Como órgano consultivo, podría mantenerse dicha sucesión histórica. Como institución, no.⁴²

El nuevo Consejo nacido a la luz de Bayona prestó juramento al Rey José en julio de 1808.⁴³ Sin embargo, en agosto de ese mismo año ya adoptaría una actitud beligerante contra él al declarar nulos y sin valor alguno los decretos de abdicación y cesión de la corona de España y demás actos adoptados por lo que se consideraba «el gobierno intruso de los franceses».

Las previsiones del articulado del Estatuto se desarrollaron mínimamente por dos decretos: Decreto de 2 de mayo de 1809, titulado «En el que se prescribe un Reglamento para el Consejo de Estado» y consta de dos breves títulos: (I) De la organización del Consejo de Estado, y (II) Del despacho de los negocios remitidos al Consejo de Estado⁴⁴ y Decreto de 13 de octubre de 1809 (Decreto disponiendo que con arreglo al artículo 56 de la Constitución, que prescribe que ha de haber asistentes en el Consejo de Estado, se destinarán por ahora del modo que se cita).⁴⁵

41. Así lo sostiene MENÉNDEZ REIXACH, A. *La Jefatura del Estado en el Derecho público español*. Madrid, 1979, p. 239-

42. Nótese además como la conclusión a la que llega el Dictamen del Consejo de Estado de 13 de noviembre de 1943 no deja de ser algo sesgada. Lo que el Ministro sometía a su consulta era el perfil de la plaza de juez protector en el Fundación del que había sido Presidente del Consejo de Castilla (Fundación Figueroa). El Consejo de Estado traza la sucesión histórica entre Consejo de Castilla y Consejo de Estado para concluir que «el nombramiento de juez protector de la Fundación Don Manuel Ventura Figueroa ha de recaer en uno de los Consejeros del Consejo de Estado.» En otras palabras, al erigirse en sucesor, se aseguraba la plaza para un consejero de Estado.

43. Muy distinta fue en cambio la suerte del Consejo Real y Supremo de Castilla, suprimido por Decreto Imperial de 4 de diciembre de 1808. Sus miembros fueron perseguidos y arrestados como antes lo fueron los del Consejo de la Inquisición. El literal del Decreto no deja lugar a dudas: «Considerando que el Consejo de Castilla se ha comportado en el ejercicio de sus funciones con tanta debilidad como superchería: que después de haber publicado en todo el Reyno la renuncia hecha por el Rey Carlos IV y los Príncipes D. Fernando, D. Carlos, D. Francisco y D. Antonio a la Corona de España, y después de haber reconocido y proclamado nuestros legítimos derechos al Trono, ha tenido la baxeza de declarar a los ojos de la Europa y de la posteridad que había suscrito a estos diversos actos con restricciones secretas y pérfidas: hemos decretado y decretamos lo siguiente: Art. 1º Los individuos del Consejo de Castilla quedan destituidos como cobardes e indignos de ser los Magistrados de una Nación brava y generosa. Art. 2º Los Presidentes y Fiscales de Rey serán arrestados y detenidos como rehenes. Los demás Consejeros quedarán detenidos en sus domicilios en esta Corte, sopena de ser perseguidos y tratados como traidores»

44. No publicado. Disponible en el anexo documental a la monografía de MARTÍN OVIEDO, J.M. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional (1808-2012)*. Madrid, BOE-Consejo de Estado, 2013.

45. Gazeta de Madrid número 288 del sábado 14 de octubre de 1809

«En lo referente a la vida activa del Consejo en estos años, es de advertir que si bien siguieron nombrándose consejeros, las reuniones debieron ser muy escasas. Desde la sesión de juramento del Consejo el 29 de septiembre de 1808, no se asienta en los libros de actas ninguna anotación que refleje cualquier tipo de actividad. (...) Pese a su composición, el Consejo, sin embargo, no era otra cosa que un brillante cuerpo de la administración que no se reunía nunca.»⁴⁶

En definitiva, «la Constitución de 1808 crea un Consejo de Estado ciertamente novedoso y de corte (proto)constitucional, a pesar del autoritarismo del sistema político bonapartista que éste instaura, pero el diseño no llega a hacerse realidad, como tampoco lo hace la propia Constitución. En este plano teórico, las novedades previstas para el Consejo tendrían mayor influencia en las épocas siguientes, pasados los efectos de la presencia de Napoleón en España. (...) Si (el Consejo) era una institución nominal en las postrimerías del siglo XVIII, los acontecimientos que rodean la invasión napoleónica le otorgan un (cierto) protagonismo, aunque ciertamente modesto».⁴⁷

2. LA EXPERIENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812

En la primavera de 1809 y en pleno desarrollo de la guerra de independencia, se crea la Comisión que ha de preparar las Cortes constituyentes. Se encarga a las mismas estudiar las mejoras de la legislación y el redactado de la bases de una constitución de la nueva monarquía. En ese proceso, en abril de 1811 se encarga a José García de León y Pizarro (secretario del Consejo de Estado), la redacción de un informe sobre la planta y funciones del Consejo de Estado (disminución del número de empleados y sueldos de los mismos).

Dice PIZARRO «Desde entonces (refiriéndose al Ministro Alberoni en el reinado de Felipe V) el Consejo sólo sirvió para algunas consultas de negocios destacados pues era natural que en este orden de cosas los señores secretarios del despacho atrajesen así la expedición y aun el examen de todos los negocios; y que se conservase el Consejo de Estado sólo como un cuerpo respetable de Corte, digno de ser oído en algunos asuntos asilados cuyo apoyo podía ser de gran escudo al señor Secretario en materias de gran responsabilidad, y en fin, como premio último concedido a los años de servicios, de mérito y de trabajos en las diferentes carreras del Estado. Así ha permanecido hasta el día con poca variación. (...) La (reforma o supresión) del Consejo ha de nacer de la opinión que se forme de su utilidad como cuerpo político, o de las calidades de las per-

46. BARRIOS, F. *El Consejo de Estado de la monarquía española (1521-1812)* Madrid. Consejo de Estado, 1984, pp. 213-214. Según RODRÍGUEZ-ZAPATA, el Consejo de Estado de Bayona, calco del modelo francés, tuvo «escasa importancia y nulo arraigo». RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ J. «Estudio Preliminar» en Ley Orgánica del Consejo de Estado. Cuadernos de Documentación del Instituto Nacional de Prospección - Centro de Estudios Constitucionales nº 7. Madrid, 1980, p. 16.

47. MARTÍN OVIEDO, J.M. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional (1808-2012)*. Madrid, BOE-Consejo de Estado, 2013, p. 54. Paréntesis añadidos.

sonas que lo componen. No puedo creer que las Cortes generales, ni el Consejo de Regencia gradúen la primera, por lo que hace hoy el Consejo; en este orden es perfectamente inútil, pero su inutilidad es igual a la de todos los buenos establecimientos que no se usan, y la reconvención que se le hiciese en este sentido sería igual a la que hiciese un enfermo a su médico sobre su poco saber y utilidad de su ciencia, no habiéndole consultado nunca en sus males. Hablar de la utilidad del Consejo creo es hablar del valor que tenga el uso que se puede hacer de su actual organización, y no del que se hace; pues la virtud misma es inútil en este sentido para quien no la ejercita».⁴⁸

«El informe tiene su importancia, por cuanto Pizarro no se limita a dar cuenta de la planta y funciones del Consejo en el día, sino que incorpora una serie de reflexiones sobre el papel del Consejo de Estado en un Estado constitucional. La esencia del mismo radica en una narración de los orígenes históricos del Consejo y algunas reflexiones adicionales, no pedidas, sobre su utilidad. Aunque la narración pudiera parecer neutral, lo cierto es que está hecha buscando destacar los bienes que se siguen de tener establecido un instrumento de moderación del Gobierno, como pedía ser el Consejo de Estado».⁴⁹

Sobre su propio informe escribe el autor en sus memorias: «En él propuse anticipar disimuladamente algunas ideas para la mejor formación de un Consejo de Estado constitucional, para la represión del poder ministerial, y recomendar a los consejeros actuales para evitar una reforma desairada y violenta por seguir las vulgaridades esparcidas acerca de ellos y del Consejo. Esta última parte fue generosa en mí, pues no debí ninguna atención a los señores consejeros, ni después les he merecido la menor demostración de gratitud».⁵⁰

Por Decreto de las Cortes españolas de 21 de enero de 1812, se acordó la reorganización del Consejo de Estado existente.⁵¹ Como veremos, se trata en rea-

48. Documento disponible en SUÁREZ, Federico (Dir.) *Documentos del Reinado de Fernando VII. Vol. VII. El Consejo de Estado (1792-1834)*. EUNSA-Instituto de Estudios Administrativos. Pamplona 1971, pp. 104 y ss. Paréntesis añadidos.

49. DE LA QUADRA-SALCEDO, T. «El Consejo de Estado en las Constituciones de Cádiz y Bayona» *Documentación Administrativa* n.º 244-245, 1996, pp. 64-65.

50. GARCÍA DE LEÓN y PIZARRO, José. *Memorias*. Madrid, 1943, p. 23. Y además de lo anterior, comenta los avatares del texto: «Se recibió con tanta sorpresa y admiración en la Secretaría que, receloso Bardají de que despertase en las Cortes la memoria de mi existencia bajo un aspecto nada desventajoso, tomó el partido de no pasarlo a las Cortes, dejándolo sepultado en la Secretaría sin comunicarlo a alma viviente; y ésta fue la cuarta vez que Bardají, por la más ruín de todas las pasiones, la envidia, quebrantó las obligaciones que tenía conmigo. Algún tiempo después Garay me pidió ese papel, él lo presentó al duque de Veragua, y éste tuvo la poca delicadeza de publicar un folleto sobre el Consejo de Estado, en el que tan poco disimulado era el plagio que insertaba a la letra períodos enteros. Entre literatos es común esta superchería, pero en un duque y magistrado, en un individuo del Consejo de Estado, con un compañero y amigo como yo, no deja de ser notable».

51. El apartado V de dicho Decreto de Cortes establece en su tenor literal que: «Las Cortes generales y extraordinarias han resuelto crear el consejo de estado conforme, en cuanto las circunstancias lo permiten, á la constitución que se está acabando de sancionar, e igualmente elegir por sí mismas por esta vez 20 individuos para el citado consejo de estado, de los cuales 6 a lo menos serán naturales de las provincias de ultramar; y de todo el número, 2 eclesiásticos, y no más, uno de ellos obispo, y el otro constituido en dignidad; dos grandes de España y no más; y los restantes serán elegidos de los

lidad de una concepción completamente nueva —hasta antagónica— de la institución. Y el hecho de regularse el Consejo de Estado de manera incluso previa a la aprobación de la Constitución revela hasta qué punto sería importante.

Finalmente, las Cortes aprobaron la nueva constitución el 19 de marzo de 1812, cuyo texto regulaba en los arts. 231 a 241 (dentro del Título IV «Del Rey») el nuevo Consejo de Estado. En concreto, el art. 233 dispone que todos los consejeros de Estado serán nombrados por el Rey a propuesta de las Cortes y el art. 236 que el Consejo de Estado es el único Consejo del Rey, que oirá su dictamen en los asuntos graves gubernativos, y señaladamente para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra, y hacer los tratados. Estos dos elementos —posición institucional y poderes— centrarán nuestro análisis.

El Consejo de Estado gaditano aparece como una institución bisagra entre el poder del rey y el de las Cortes.⁵² En lo que refiere al nombramiento, destaca la participación de las Cortes que proponen una terna de la que finalmente el Rey designa al Consejero. Ello no es absolutamente extraño si se recuerda que la potestad legislativa en la Constitución se comparte entre las Cortes y el Rey (art. 15 «*La potestad de hacer leyes reside en las Cortes con el Rey*»). «Se ha insinuado por algunos que el Consejo de Estado fue una solución transaccional para evitar dejar solo al Rey frente a las Cortes, a través del Dictamen del Consejo de Estado contrario, por ejemplo, a la sanción de alguna ley. Tal dictamen dejaría al Rey más cubierto en el enfrentamiento con las Cortes que implicaría tal negativa, pues siempre resultaría evidente que un Consejo de personas dotadas de autoridad justificaban esa posición. La cuestión radicaba en que el origen parlamentario de los miembros del Consejo, aunque la designación última fuese del Rey, no garantizaba que ese Consejo desarrollase el mismo papel que una Cámara alta aristocrática o Senado. Por el contrario, podía erigirse en un freno al poder de denegar la sanción que correspondía al Rey.»⁵³

sujetos que sirvan o hayan servido en las carreras diplomática, militar, económica, y de magistratura, y que se hayan distinguido por su talento, instrucción y servicios. En su consecuencia, han resuelto también las Cortes verificar esta elección, luego que estén nombradas las personas que han de componer la Regencia que habrá de gobernar el reino con arreglo á la constitución de la monarquía». El Decreto de 26 de enero de 1812 acordaba la supresión del anterior Consejo de Estado y la forma en que habrían de disfrutar los sueldos sus individuos jubilados y el Decreto de 20 de febrero de 1812, determinó el tratamiento y sueldos de los nuevos miembros del Consejo de Estado y la incompatibilidad de todos ellos para ser Secretario del Despacho o empleado en comisiones. El periodo se analiza profusamente en GÓMEZ RIVERO, R. *Consejo de Estado y Regencia del Reino (1812-1814)*. Universidad de Cádiz y Fundación Centro de Estudios Constitucionales 1812. Cadiz, 2013.

52. Mucho más que la propia definición auténtica que hace el mismo Reglamento del Consejo de Estado de 8 de junio de 1812: «siendo el Consejo de Estado por la Constitución un cuerpo puramente consultivo, donde ha de buscar el Rey las luces necesarias para el buen gobierno del reino...»

53. DE LA QUADRA-SALCEDO, T. «El Consejo de Estado en las Constituciones de Cádiz y Bayona» Documentación Administrativa nº 244-245, 1996, pp. 50-51. Cfr. igualmente la delimitación entre Ley y Decreto de las Cortes en el entramado normativo de Cádiz. Como explica este autor, el segundo tipo normativo no requería la sanción regia y por ello su abultado uso podía llegar a marginar el poder real.

Este modo de nombramiento a propuesta de las Cortes se presenta como un arma de doble filo. Por una parte, se puede interpretar como una voluntad de las Cortes de contrapesar la capacidad del monarca como co-legislativo. Por otra, como un sistema de apoyo al monarca para contrarrestar la deriva estrictamente democrática que podían imponer las Cortes.⁵⁴ El diputado Espiga y Gadea lo expresa en el Diario de Sesiones de las Cortes el día 27 de octubre de 1811: «*La comisión ha creído indispensable establecer cerca del Rey que no solo ilustre la dificultad, complicación y oscuridad de los negocios, sino que contenga la arbitrariedad, y haga inútiles todos los esfuerzos de los lisonjeros que por desgracia rodean siempre al Trono, y ha formado un Consejo de Estado, en donde se reúnan todas las luces de la Nación, que sea el resultado de la experiencia, el depósito de la sabiduría, y de donde salga la brillante antorcha que ha de dirigir al Rey en la difícil marcha del Gobierno*».⁵⁵

El nombramiento de Consejeros es pues, indirectamente representativo (las ternas de candidatos las proponen las Cortes) y parcialmente estamental, puesto que los cuarenta miembros se reparten del siguiente modo: cuatro eclesiásticos, de conocida y probada ilustración y merecimiento, de los cuales dos serán obispos; cuatro Grandes de España, adornados de las virtudes, talento y conocimientos necesarios; y los restantes serán elegidos de entre los sujetos que más se hayan distinguido por su ilustración y conocimientos, o por sus señalados servicios en alguno de los principales ramos de la administración y gobierno del Estado. De los individuos del consejo de Estado, doce a lo menos serán nacidos en las provincias de Ultramar (art. 232 Constitución de 1812).⁵⁶

54. Esta era la opinión del Conde de Toreno, que en los debates parlamentarios expresa que este Consejo podía entorpecer al poder ejecutivo a la vez que hacer sombra al legislativo. VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín. *El conde de Toreno (1786-1843: biografía de un liberal*. Madrid: Marcial Pons Historia, 2005

55. citado por MARTIN OVIEDO, J.M. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional (1808-2012)*. Madrid, BOE-Consejo de Estado, 2013, p. 70

56. En las Cortes de Cádiz no existían todavía los partidos políticos. Aunque resulta difícil trasladar las categorías del parlamentarismo actual a ese momento, los cerca de trescientos diputados que participaron en aquellas Cortes —profesionales liberales, funcionarios, civiles y militares, y un tercio eclesiásticos— se agrupaban difusamente en tres corrientes. Los absolutistas, los moderados o también llamados jovellanistas, cuyo nombre proviene del político y pensador ilustrado Gaspar Melchor de Jovellanos, y los liberales. Los liberales no eran mayoría por lo que puede presuponerse que las ternas de candidatos al Consejo de Estado debían satisfacer las distintas sensibilidades. Si suponemos que de los 32 candidatos que proponían las Cortes, la mitad eran absolutistas o moderados (16), ello unido a los 4 nobles y 4 obispos (presumiblemente no liberales) aseguraba una exigua mayoría (24/40) no liberal en la composición del Consejo. A ello se debe unir el razonamiento que aparece en el Discurso Preliminar de 18 de agosto de 1811: «Para que la moderación, pureza y desprendimiento que deben formar el carácter público de un representante de la Nación no peligren el tiempo de formar las listas de los individuos que se hayan de proponer al Rey para Consejeros de Estado, no podrá elegirse a ningún diputado de las Cortes, que hacen el nombramiento. La propuesta de los individuos del Consejo hecha al Rey por las Cortes tiene por objeto dar a esta institución carácter nacional; de este modo la Nación no verá en el Consejo un Senado temible por su origen, ni independencia: tendrá seguridad de no contar entre sus individuos personas desafectas a los intereses de la patria; y el Rey, quedando en libertad de elegir de cada tres uno, no se verá obligado a tomar consejo de súbditos que le sean desagradables».

El haz competencial del Consejo de Estado de 1812 era variado y alcanzaba los tres poderes: intervenir en el proceso de sanción de las leyes; proponer leyes a las Cortes; intervenir en el nombramiento de funcionarios públicos; presentar ternas para la provisión de plazas de judicatura, etc. Incluso alcanza una competencia general para cuestiones de lo que hoy serían políticas públicas: «*proponer al Rey (...) los medios que juzgue más eficaces conforme a la Constitución y a las leyes para aumentar la población, promover y fomentar la agricultura, la industria, el comercio, la instrucción pública y cuanto conduzca a la prosperidad nacional*». ⁵⁷ También la presentación de ternas para obispos, dignidades y beneficios eclesiásticos.

Y la misma cuestión que veíamos en cuanto al proceso legislativo puede apreciarse ahora con el poder ejecutivo y el empeño de moderar el despotismo ministerial. E igualmente, la posición del Consejo se presenta aquí como ambivalente: como institución de moderación de un poder pero también como intento de pervivencia de la sociedad estamental revestida ahora de burocracia consultiva. Además, el Consejo de Estado está presente en otra relevante previsión constitucional: dos consejeros de Estado integrarían la regencia provisional (art. 189) junto con la Diputación permanente de las Cortes.

Hay que destacar, sin embargo, como el Consejo de Estado español en el modelo de Cádiz no ostenta competencias judiciales. Los pleitos administrativos (tanto por objeto como por sujetos), se enjuician en la jurisdicción ordinaria (civil y penal).

Creemos, al fin y al cabo, que hay que suscribir las apreciaciones del profesor DE LA QUADRA-SALCEDO: «no es el Consejo de Estado de Cádiz un instrumento de moderación y limitación de las Cortes, como en Bayona, sino un instrumento de limitación o moderación del Rey, lo que cambia radicalmente su sentido. La constitución de Cádiz es democrática y liberal; la de Bayona es todavía estamental e indirectamente doctrinaria. La primera se inspira más en las dos primeras Constituciones francesas, y se aparta de la del año III y del año VIII en la misma medida que estas últimas lo hacen de las primeras. En este contexto la comparación de sus instituciones por sus nombres o por un cierto parecido en sus funciones no puede ocultar las abismales diferencias de concepción política a que responden (...) En cualquier supuesto, la Institución tal y como se configura en Cádiz estaba llamada a agotarse en sus propias contradicciones tanto en momentos liberales como en conservadores y desde luego en absolutistas; en definitiva, a tener poca influencia, como tal modelo gaditano, a lo largo de nuestra historia constitucional del XIX como así en efecto ocurrió aunque su poder simbólico y evocador se prolongue hasta nuestros días». ⁵⁸

57. Decreto CLXIX de 8 de junio de 1812. Reglamento del Consejo de Estado. Capítulo II, art. III. Las tensiones y vicisitudes que rodearon la aprobación del Reglamento de 1812 se detallan profusamente en MARTÍN OVIEDO, J.M. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional (1808-2012)*. Madrid, BOE-Consejo de Estado, 2013, pp. 79 y ss.

58. DE LA QUADRA-SALCEDO, T. «El Consejo de Estado en las Constituciones de Cádiz y Bayona» Documentación Administrativa nº 244-245, 1996, pp. 83-84.

En un artículo del malogrado TOMAS Y VALIENTE, se califica con pasmosa lucidez la naturaleza del Consejo de Estado: «El Consejo de Estado no tiene, pues, mucho que ver en el designio de los constituyentes de Cádiz con un órgano técnico, de asesoramiento jurídico sobre el control de la legalidad de los actos administrativos. Aquel consejo es una pieza política en el equilibrio de poderes. Una pieza original, a mitad camino entre Senado, Diputación de las Cortes, consejo de gobierno o mecanismo de vigilancia del Rey. Por eso, por su vinculación con los fines y las instituciones mencionadas se anticipó a su nacimiento, que coincide con el de la nueva Regencia y la supresión del Consejo de Regencia.»⁵⁹

Esta idea, es decir, el Consejo de Estado como institución de equilibrio en la división de poderes descarta pues la continuidad histórica con los Consejos del antiguo régimen. «Los liberales de Cádiz, y al frente de ellos Argüelles, no eran republicanos ni demócratas, posibilidades teóricas que entonces no cabían en su horizonte intelectual ni en su proyecto político, pero si eran monárquicos, eran monárquicos desconfiados, con más cautelas que entusiasmo. En el Estado liberal naciente en Cádiz muchas cosas no son lo que parecen ni lo que dicen ser, sino que con frecuencia cumplen una función muy distinta a la aparente. A mi entender eso es lo que sucedía con el Consejo de Estado. Si el art. 236 afirma que «es el único consejo del Rey», frase en la que por cierto se introdujo el adjetivo «único» durante el debate, puesto que no figuraba en el proyecto elaborado por la Comisión de Constitución, el lector tiene derecho a pensar que a los consejeros los nombraría el Rey, puesto que «suyos» eran, pero lo cierto es que sin ser esto falso, «todos los consejeros de Estado serán nombrados por el Rey a propuesta de las Cortes» (art. 233), que dispondrán de una terna de nombres para cada una de las vacantes o plazas a cubrir (art. 234), quedando reducida la capacidad de elección del rey a escoger uno de cada tres nombres que las Cortes le propongan. Este mecanismo capital da ya una idea de la función mediadora de las Cortes entre el Rey y el Consejo. Por otra parte ¿por qué se creyó conveniente no sólo decir que «el Consejo de Estado es el consejo del Rey», con singular claramente excluyente, sino además, que es el «único»? Seguramente para dar a entender de manera inequívoca que este Consejo no era un residuo del viejo sistema polisinodial, cuyos restos decadentes habían llegado hasta las postrimerías del Antiguo Régimen, sino el primero y único órgano consultivo de una nueva época, de un nuevo Estado. No quedará nada, se quiere decir, de aquellos viejos Consejos, cuyo cadáver viviente y poco leal a las ideas constitucionales aún subsiste en la Corte sin rey.»⁶⁰

E incluso de forma más crítica, hay quien ve en la configuración del Consejo de Estado en la Constitución de 1812 una discordancia con el propio carácter liberal del texto: «A pesar del carácter exclusivamente consultivo del organismo,

59. TOMAS y VALIENTE, F. «El Consejo de Estado en la Constitución de 1812» *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. n. 21, 1995, p. 21. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1057191>

60. TOMAS y VALIENTE, op. cit, pp. 10-11.

participa del poder ejecutivo en tanto en cuanto debe dictaminar en los «negocios arduos» de la monarquía, además de tener iniciativa para intervenir en el Gobierno, proponiendo al Rey las medidas más eficaces, para llevar a buen término la administración del Estado. Está capacitado para participar del legislativo a través de dos vías: cuando tiene obligadamente que dar el visto bueno a la iniciativa legal de los ministros, y dando dictamen al Rey si éste le consulta sobre proyectos de ley de iniciativa de la Asamblea. E incluso participa en el poder judicial proponiendo ternas para la provisión de las plazas de judicatura. Y, en fin, su misión es de carácter universal, puesto que en política exterior deben consultársele los asuntos de guerra y tratados de paz. (...). No parece necesario insistir que en el régimen político creado por los liberales una institución de estas características, que conservaba todavía competencias antiguo-regimentales, confluyendo en ella atribuciones gubernativas y administrativas, no sólo conculcaba el espíritu de la Constitución, a pesar de lo puntillosos que fueron los diputados, manteniéndose siempre en la posición más legalista, sino que, y por lo que sabemos de otras instituciones semejantes, el Consejo de Estado no haría más que retrasar la toma de decisiones. Si esto es así, no parece muy difícil aventurar que si se quería que el régimen funcionase siguiendo los principios constitutivos de Cádiz, al Consejo se le debieron enajenar muchas de sus competencias.»⁶¹

En cualquier caso, la experiencia liberal española fue efímera: el Tratado de Valençay de 11 de diciembre de 1813 restauró a Fernando VII y dejaba a España libre de la presencia francesa. El 4 de mayo de 1814 el monarca firmó un decreto por el que suprimía la Constitución y declaraba nula la obra de las Cortes. En la noche del 10 al 11 de ese mes, el capitán general de Madrid encarceló a los diputados liberales a Cortes más notorios y a otras autoridades constitucionales y el día 13, Fernando VII entró en Madrid aclamado por la multitud congregada a su paso. Desde esa fecha hasta enero de 1820, Fernando VII actuó como rey absoluto (es el periodo conocido como Sexenio Absolutista). Mediante Real Decreto de 27 de marzo de 1814, el Rey Fernando VII decide poner de nuevo en funcionamiento el Consejo Real: «...*He venido en restablecer el Consejo Real y en el pie en que estaba en el año de 1808... El Consejo... me propondrá con la mayor brevedad posible qué negocios convenga separar de su conocimiento y qué distribución sería conveniente hacer de los atribuidos a cada Sala....Es mi voluntad que el Consejo me proponga todo lo que convenga al bien y felicidad de mi Reino.*»

El primer día del año 1820 el general Riego se alzó en un pronunciamiento militar en Cabezas de San Juan (Sevilla) dando inicio al llamado trienio liberal (1820-1823) durante el cual se restablecieron la Constitución y los decretos de

61. CABRERA, María Isabel. «Algunas consideraciones en torno al Consejo de Estado en la Constitución de 1812» *Revista de Estudios Políticos* nº 93, 1996, p. 241. Disponible en <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/download/46778/28262>. La autora revela como la comisión constituyente a la vista de las posiciones discrepantes existentes manejó como texto de base para la regulación el propio Reglamento del Consejo de Estado de 25 de mayo de 1792. Vide nota al pie 14.

Cádiz. A medida que los liberales moderados eran desplazados por los exaltados, el rey, que aparentaba acatar el régimen constitucional, conspiraba para restablecer el absolutismo, lo que se logró tras la intervención de los Cien Mil Hijos de San Luis, en 1823. Mediante un nuevo Real Decreto de 3 de diciembre de 1823, volvía a restablecer el Consejo de Estado tal y como estaba con anterioridad a 1820 y tras la creación en 1825 de la Real Junta Consultiva de Gobierno, el Consejo de Estado fue repuesto bajo sus antiguas bases absolutistas.

La última fase del reinado de Fernando VII —época que ha venido en llamarse Década Ominosa— se caracterizó por una política absolutista moderada de la que discrepaban los absolutistas más exaltados. Ello fue el germen de la Primera Guerra Carlista, que estallaría con la muerte de Fernando y el ascenso al trono de su hija Isabel II. En estos últimos años del reinado de Fernando VII el Consejo de Estado languideció, hasta desaparecer en 1834 al preverse por el monarca la creación de un Consejo de Gobierno o Regencia que auxiliara a su hija durante los comienzos del reinado de la misma y como resultado de una reorganización administrativa y territorial iniciada un año antes que comenzó con la supresión de los tradicionales consejos.

Para CORONAS, «Restablecida por Fernando VII la legalidad antigua por Real Decreto de 4 de mayo de 1814, se abrió un período arduo de nuestra historia en el que, por lo que aquí respecta, se puso de manifiesto la quiebra de la máquina administrativa del Estado absoluto. Pese al formal restablecimiento de las instituciones del Antiguo Régimen (Consejos, Capitanías Generales, Intendencia, Audiencias y Corregimientos) no se logró su eficaz actuación en una sociedad marcada por la ruina económica y la crisis de autoridad. En este sentido, el reinado de Fernando VII, el sexenio realista y la década final, fue un simple paréntesis en la marcha imparable hacia la profunda reforma de la administración a todos los niveles».⁶²

3. LAS CONSTITUCIONES DEL SIGLO XIX

La hija de Fernando VII, Isabel de Borbón y Borbón-Dos Sicilias, reinó en España como Isabel II de 1833 a 1868, con dos períodos de regencia pues accedió al trono con apenas tres años (1833-1840 regencia de su madre María Cristina y 1840-1843, regencia de Baldomero Espartero).⁶³ La Revolución de 1868 (conocida como La Gloriosa) la obligó a abandonar España desde San Sebastián donde veraneaba. Isabel II se exilió en Francia bajo la protección de Napoleón III. El príncipe Amadeo de Saboya, miembro de la Familia Real italiana, fue ele-

62. CORONAS GONZALEZ, S.M. «La crisis del antiguo régimen consultivo en la España constitucional» *Revista de Estudios Políticos* n° 57, 1987, p. 187.

63. Para profundizar sobre el período de la primera regencia, es imprescindible el deslumbrante trabajo de NIETO, Alejandro. *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*. Ed. Ariel, Barcelona, 1996. Para la segunda, cfr. ADRIAN SHUBERT. *Espartero. El pacificador*. Galaxia Gutenberg, 2018.

gido para reemplazarla en el trono como Amadeo I de España (1870-1873). La reina Isabel abdicó en París el 25 de junio de 1870 en favor de su hijo, el futuro Alfonso XII.

El convulso siglo XIX español haría coincidir pues en un mismo reinado, dos regencias, las guerras carlistas, una revolución y hasta tres textos constitucionales (1837, 1845, 1869). A todo ello habría que añadir la breve experiencia de la Primera República (1873-1874) y la segunda restauración borbónica con la aprobación de la Constitución de la Monarquía española de 30 de junio de 1876, ya bajo el reinado de Alfonso XII.

3.1. Período isabelino

El Estatuto Real de 1834 eliminó el Consejo de Estado que quedó reducido a un Consejo Real, ahora sí de clara ascendencia con los Consejos del antiguo régimen.⁶⁴ Ello concordaba plenamente con los intentos de restablecimiento del modelo absoluto de monarquía y la modernización de la Administración emprendida por Javier de Burgos. La Rebelión de la Granja en 1836 restauró la vigencia de la Constitución de Cádiz de 1812, situación de nuevo efímera con la aprobación, al año siguiente, de la Constitución de 1837.

Como resume TRIGUERO ORTIZ, «la nueva entrada en vigor de la Constitución de 1812 (...) no restituyó el Consejo de Estado pues no existía ningún Consejo con ese nombre antes de la sublevación y tampoco se instauró el Consejo de Estado previsto en la Constitución de 1812, siendo así que, además, la institución consultiva se consideraba innecesaria y nociva para el Senado por incompatible con el gobierno representativo. Por ello, los asuntos que tenía asignados el mencionado Consejo Real de España e Indias pasaron a las respectivas Secretarías de Despacho al tiempo que las funciones políticas se desempeñaron por un Consejo de Gobierno encargado de auxiliar al monarca en todos los asuntos que le consultase que, no obstante, terminó por desaparecer en poco tiempo. En consecuencia, la Constitución de 1837 no mencionaría ni al Consejo de Estado ni al Consejo Real.»⁶⁵

Para BELDA, «El proceso de defenestración institucional del Consejo de Estado, y su papel de auxilio y acompañamiento del poder ejecutivo, desde una posición secundaria, se confirma con el silencio que le otorga la Constitución de 18 de junio de 1837. Con independencia de su fuerza histórica bajo el Antiguo Régimen, y de su configuración renovada y actualizada en la Constitución de

64. Pese a la supresión del Consejo de Estado, el Decreto de 24 de marzo de 1834 intentó minimizar los daños de la disposición al establecer que «los individuos que componen actualmente dicho Consejo, conservarán sus honores y prerrogativas con el sueldo que les corresponda (art. 2) Lo prevenido en el artículo anterior será extensivo al Secretario, Oficiales y dependientes del referido Consejo, hasta tanto que se les coloque en otros destinos, con arreglo a sus méritos y circunstancias» (art. 3)

65. TRIGUERO ORTIZ, O. «El Consejo de Estado en el constitucionalismo histórico español» *Anuario Parlamento y Constitución* n°16, 2014, p. 82.

1812, la continuidad del Consejo de Estado español se produce pareja a su tendencia al acompañamiento y merma funcional: trayectoria que solo se quiebra temporalmente a mediados de esta centuria.⁶⁶

Por Real Decreto de 24 de diciembre de 1843 se nombra una Comisión encargada de proponer las bases y reglamento para la formación de un Consejo de Estado. La Constitución de 1845 sí previó un Consejo en los siguientes términos: «Art. 11. Habrá un Consejo de Estado, al cual oirá el Rey en los casos que determinen las leyes.» Esta Ley fue la Ley de 6 de julio de 1845.⁶⁷

La Ley prevé la existencia de un «cuerpo supremo consultivo con el nombre de Consejo Real» Estará integrado por los ministros secretarios de Estado y de Despacho y de treinta consejeros ordinarios (además de otros extraordinarios y auxiliares). Los consejeros ordinarios serán nombrados por el Rey a propuesta del Consejo de ministros. Los cometidos del Consejo Real (de consulta preceptiva) se extienden al conocimiento de «instrucciones generales para el régimen de cualquier ramo de la Administración pública»; «asuntos contenciosos de la Administración» así como de «las competencias de jurisdicción y atribuciones entre las autoridades judiciales y administrativas, y sobre las que se susciten entre las autoridades y agentes de la administración» (art. 11).

Por Decreto de 14 de julio de 1858, se cambia la denominación del Consejo Real a Consejo de Estado, sin variar sus cometidos. En parecidos términos se recogerá en la Ley de 17 de agosto de 1860, aunque suprimiendo los consejeros extraordinarios, cuyo número hasta ese momento no podía exceder los 2/3 de los ordinarios y no formaban parte de las deliberaciones de los asuntos contencioso-administrativos.

Lo más importante de este nuevo Consejo, sin embargo, será la superación del modelo estrictamente consultivo para, a similitud del modelo francés, incorporar el despacho de asuntos contenciosos. Por primera vez, aparece pues la idea de dilucidar los pleitos contencioso-administrativos en una jurisdicción especial. Por Real Decreto de 30 de diciembre de 1846 se regulaba el modo de proceder en los asuntos (negocios, dice el texto) contenciosos de la administración. Corresponde al Consejo conocer: 1º de las demandas contenciosas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los remates y contratos celebrados directamente por el Gobierno o por Direcciones Generales de los diferentes ramos de la Administración Civil; 2º las demandas contenciosas a que den lugar las resoluciones de los ministros de S.M., cuando el Gobierno acuerde previamente someter al conocimiento del Consejo las reclamaciones de las partes; 3º de los recursos de reposición, aclaración y revisión de sus providencias y resoluciones.

Para GARCÍA-TREVIJANO, «empieza en este momento una época crucial para el Consejo. Desde sus comienzos va a sentar las bases del incipiente régimen ad-

66. BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique. «Constitución de 1812 y función consultiva: evolución del consejo de Estado en España» *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 13, 2010, p. 159

67. Texto disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/LIBROMO/Documentos%20anexos.%20Cap%C3%ADtulo%20IV.pdf>

ministrativo. Las consultas de la época le colocan a la altura de otros órganos similares extranjeros y bien puede decirse que fue el forjador de nuestras principales leyes administrativas de la época.»⁶⁸

La influencia francesa —pese a desarrollarse en el período de gobierno moderado de los presidentes Narváez y O'Donnell— es innegable.⁶⁹ Según MARTÍN OVIEDO, «El Consejo Real creado en 1845 ha resultado ser el órgano consultivo más sólido de nuestra historia y también el más duradero, puesto que se ha prolongado hasta nuestros días después del cambio de denominación a la de Consejo de Estado. Además, es la primera institución de este género cuyo nacimiento lleva la señal de identidad de la moderna Ciencia de la Administración, que por entonces se iniciaba en España, algunas de cuyas figuras (Javier de Burgos, Posada Herrera, Silvela o Alejandro Oliván) habían tomado parte activa en los proyectos de Consejo de Estado preparados en 1837 y 1843».⁷⁰

La Ley fue objeto de desarrollo mediante el Reglamento de 23 de mayo de 1858, cuyos 119 artículos regulan cuestiones como el quorum, la periodicidad de las sesiones, el desarrollo de las deliberaciones, el reparto de asuntos entre secciones, el personal al servicio, entre otros muchos.

3.2. La Primera República y la restauración borbónica

En 1868 se produce el alzamiento militar de Topete en Andalucía y la reina abandona el territorio español. Se convocan unas Cortes constituyentes que darán lugar a la Constitución de 1869.

68. Se refiere el autor al proyecto de normativa sobre contratación de obras y servicios públicos (1848) la Ley del Notariado (1846) o el reglamento de expropiación forzosa justo en el momento de ejecución del Canal de Isabel II. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*. Marcial Pons 1971. Citado por RODRIGUEZ-ZAPATA PÉREZ J. «Estudio Preliminar» en Ley Orgánica del Consejo de Estado. Cuadernos de Documentación del Instituto Nacional de Prospectiva - Centro de Estudios Constitucionales nº 7. Madrid, 1980, p. 18.

69. CORDERO TORRES destaca «la marcada influencia francesa en todo el sistema del nuevo organismo, comenzando por su intervención en los asuntos contencioso y siguiendo por la creación de consejeros extraordinarios» CORDERO TORRES, J.M. *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, p. 89. Para este autor, estamos ante un arlequín donde se mezclaban el modelo doceañista y el galo: «majo gaditano con el casco de un coracero y las espuelas y cordones de un gendarme francés».

70. MARTÍN OVIEDO, J.M. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional (1808-2012)*. Madrid, BOE-Consejo de Estado, 2013, p. 154 (paréntesis añadido). Este mismo autor, recoge la opinión de CORDERO TORRES: «(El Consejo) ha producido grandes y maravillosos resultados; pocas instituciones en tan breve tiempo han llegado como ella a admitir todos los derechos, todos los respetos, toda la veneración inherente a las instituciones antiguas. Al ver la confianza que inspiraba el Consejo Real, al ver el interés con que se esperaban y estudiaban sus fallos, al ver la reputación y el brillo que aquel cuerpo había dejado, podría creerse que no era de creación moderna, sino de antigua creación.» CORDERO TORRES, J.M. *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, p. 92, citado por MARTÍN OVIEDO, J.M. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional (1808-2012)*. Madrid, BOE-Consejo de Estado, 2013, p. 155.

La constitución de 1869 puede considerarse que erige una forma de Estado moderno. Se trata de una monarquía parlamentaria, bicameral donde la soberanía reside esencialmente en la Nación. El Rey solamente sanciona y promulga las leyes. Pero la singularidad española se manifiesta esta vez en una forma de monarquía electiva. La ley deberá establecer cuál es el mejor monarca para regir los destinos de España. Bajo la regencia de Serrano, las cortes eligen el 16 de noviembre de 1870 a Amadeo I de Saboya quien inicia su breve reinado (1871-1873) el 2 de enero de 1871. La carta del Rey a la Nación es bien elocuente:

«Grande fue la honra que merecí a la Nación española eligiéndome para ocupar su Trono; honra tanto más por mí apreciada, cuanto que se me ofrecía rodeada de las dificultades y peligros que lleva consigo la empresa de gobernar un país tan hondamente perturbado. Alentado, sin embargo, por la resolución propia de mi raza, que antes busca que esquivo el peligro; decidido a inspirarme únicamente en el bien del país, y a colocarme por cima de todos los partidos; resuelto a cumplir religiosamente el juramento por mí prometido a las Cortes Constituyentes, y pronto a hacer todo linaje de sacrificios que dar a este valeroso pueblo la paz que necesita, la libertad que merece y la grandeza a que su gloriosa historia y la virtud y constancia de sus hijos le dan derecho, creía que la corta experiencia de mi vida en el arte de mandar sería suplida por la lealtad de mi carácter y que hallaría poderosa ayuda para conjurar los peligros y vencer las dificultades que no se ocultaban a mi vista en las simpatías de todos los españoles, amantes de su patria, deseosos ya de poner término a las sangrientas y estériles luchas que hace tanto tiempo desgarran sus entrañas. Conozco que me engañó mi buen deseo. Dos largos años ha que ciño la Corona de España, y la España vive en constante lucha, viendo cada día más lejana la era de paz y de ventura que tan ardientemente anhele. Si fueran extranjeros los enemigos de su dicha, entonces, al frente de estos soldados, tan valientes como sufridos, sería el primero en combatirlos; pero todos los que con la espada, con la pluma, con la palabra agravan y perpetúan los males de la Nación son españoles, todos invocan el dulce nombre de la Patria, todos pelean y se agitan por su bien; y entre el fragor del combate, entre el confuso, atronador y contradictorio clamor de los partidos, entre tantas y tan opuestas manifestaciones de la opinión pública, es imposible atinar cuál es la verdadera, y más imposible todavía hallar el remedio para tamaños males. Lo he buscado ávidamente dentro de la ley y no lo he hallado. Fuera de la ley no ha de buscarlo quien prometió observarla. Nadie achacará a flaqueza de ánimo mi resolución. No habría peligro que me moviera a desceñirme la Corona si creyera que la llevaba en mis sienes para bien de los españoles; ni causó mella en mi ánimo el que corrió la vida de mi augusta esposa, que en este solemne momento manifiesta, como yo, el vivo deseo de que en su día se indulte a los autores de aquel atentado. Pero tengo hoy la firmísima convicción de que serían estériles mis esfuerzos e irrealizables mis propósitos. Éstas son, señores diputados, las razones que me mueven a devolver a la Nación, y en su nombre a vosotros, la Corona que me ofreció el voto nacional, haciendo de ella renuncia por mí, por mis hijos y sucesores. Estad seguros de que al desprenderme de la Corona no me desprendo del amor a esta

España tan noble como desgraciada, y de que no llevo otro pesar que el de no haberme sido posible procurarle todo el bien que mi leal corazón para ella apetecía». Amadeo I. Palacio de Madrid a 11 de febrero de 1873.

La efímera Constitución de 1869 prácticamente no menciona al Consejo de Estado más que en las disposiciones relativas a la condición de senador de su presidente (art. 62) y a la intervención del Consejo en los nombramientos y ascensos judiciales (arts. 94, 95 y 97).

Vacante la Corona, se proclama la I República que durará apenas 11 meses, hasta el golpe del general Pavía. Un nuevo pronunciamiento militar (Martínez Campos) restaura la monarquía en diciembre de 1874 en el hijo de Isabel II, que reinará con el título de Alfonso XII. Con la prematura muerte del Rey Alfonso (1885), se inicia la regencia de María Cristina hasta la mayoría de edad del nuevo Rey Alfonso XIII en 1902.

En 1876 se aprueba un nuevo texto constitucional, que esta vez, tendrá una vida algo más longeva (hasta 1923). «El punto clave del sistema institucional es el de la soberanía compartida entre la Corona y las Cortes, que Cánovas toma del liberalismo doctrinario y que él mismo había defendido en momentos críticos anteriores. No se trata de algo nuevo en nuestras constituciones. Aparece en la Constitución de 1812 y se repite en las de 1837 y 1845, aunque con diferencias de importancia entre todas ellas. En los extremos de esta fórmula moderada encontramos las Cartas otorgadas, como lo fueron la Constitución de Bayona de 1808 y el Estatuto Real de 1834, sancionadas por el Rey y en las que no existe mención alguna a la coparticipación de las Cortes, y de otra parte las Constituciones sancionadas o preparadas sólo en nombre del pueblo, a través de las Cortes sin mención al Rey, como es el caso de los proyectos de 1855 y 1873 y la Constitución de 1869. La fórmula promulgatoria de la Constitución de 1876 (en unión y de acuerdo con las Cortes del Reino actualmente reunidas, hemos venido a decretar y sancionar ...) es la más equilibrada, en cuanto sitúa en el mismo plano a las dos instituciones (la Corona y las Cortes).»⁷¹

En lo que refiere específicamente al Consejo de Estado (así denominado desde el cambio de 1858), una nueva Ley de 17 de agosto de 1860, del Consejo de Estado, regula la institución. Se define como el cuerpo supremo consultivo del Gobierno en los asuntos de Gobernación y administración, y en los contencioso-administrativos de la Península y Ultramar. Está compuesto por los Ministros de la Corona, un Presidente y 32 consejeros (24 de estos entre determinados cargos⁷² y

71. MARTÍN OVIEDO, J.M. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional (1808-2012)*. Madrid, BOE-Consejo de Estado, 2013, p. 169.

72. Presidente de alguno de los cuerpos colegisladores; Ministro de la Corona, Arzobispo u Obispo; Capitán General del Ejército o Armada; vice-Presidente del Consejo Real; Embajador; Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, del de Guerra y Marina o del de Cuentas. También podrán ser nombrados Consejeros, en las veinticuatro plazas a que se refiere el artículo anterior, los que hayan ejercido durante dos años en propiedad algunos de los empleos o cargos siguientes: Teniente General de Ejército o Armada; Consejero Real ordinario o de Estado; Ministro o Fiscal de alguno de los Tribunales expresados en el artículo anterior; Ministro plenipotenciario con misión a

8 libres⁷³), así como la figura del comisario del gobierno (art. 12) inspirada en el *Commissaire du Gouvernement* francés.

El nombramiento de consejeros se realiza por el Rey a propuesta de Consejo de Ministros. Si el mismo Consejo alberga alguna duda del cumplimiento de los requisitos legales por parte de los candidatos nombrados, podrá elevar la misma ante el Gobierno que procederá al reexamen y resolverá lo que estime conveniente.

El Consejo de Estado de 1860 tiene entre sus atribuciones las relativas a la jurisdicción administrativa, ya que el Pleno se constituirá en Sala de lo Contencioso para la resolución final de los asuntos que previamente haya informado en pleno o los que se lleven mediante recurso de revisión (de la Sección de 9 miembros específicamente competente para los asuntos contencioso-administrativos, cuyos integrantes deben reunir todos la condición de Letrado). La Sala así constituida requerirá la asistencia de 17 consejeros. El Consejo en pleno será oído necesariamente, «sobre la competencia positiva o negativa de jurisdicción y atribuciones entre las autoridades judiciales y administrativas, y sobre los conflictos que se susciten entre los Ministerios, Autoridades y Agentes de la Administración» así como «sobre los recursos de abuso de poder o de incompetencia que eleven al Gobierno las autoridades del orden judicial contra las resoluciones administrativas» (apartados 9º y 10º del art. 45).⁷⁴

Según PARADA, «La atribución de estas competencias al Consejo de Estado tiene una importancia política de primer orden. A través de un simple decreto —y sin previsión alguna en la Constitución donde debieran por su trascendencia haber sido reguladas— se atribuyen al Ejecutivo competencias clave que habrían de marcar decisivamente su predominio sobre Las Cortes y los Tribunales. Sin más cortapisas que la de una simple audiencia del Consejo, el Ejecutivo se vio investido de competencias constitucionales de notoria trascendencia —como la de resolver los conflictos con la Administración de Justicia— o competencias propias de las Cortes, como la de modificar reglamentos ya dictados en ejecución de las leyes, e incluso la modificación de las leyes de ultramar, o la ampliación o alteración del presupuestos; competencias judiciales, como la contencioso-administrativa, o sobre el poder judicial, interviniendo en los nombramientos de los Jueces y Magistrados, o impidiendo la responsabilidad penal de los funcionarios públicos ante los Tribunales».⁷⁵

una corte extranjera; Fiscal del Consejo de Estado o del antiguo Real; Auditor de número o Fiscal del Tribunal de las Órdenes militares; Regente de la Audiencia de la Habana; Ministro o Fiscal del Tribunal Supremo contencioso-administrativo.

73. Se exige para ellos «que se hayan distinguido notablemente por su capacidad y servicios»

74. La función jurisdiccional del Consejo de Estado se plasmaba en los llamados «Reales Decretos Sentencia». Es decir, se trataba de una resolución (sentencia) que se aprobaba por Decreto del Gobierno. Si el Gobierno discrepaba del resultado, podía variar la sentencia adoptando otra que le pareciere justa, siempre y cuando lo acordara motivadamente el Consejo de Ministros y se publicara conjuntamente con la sentencia original contraria. Ello se conoce como el sistema de «justicia retenida», distinto del de «justicia delegada».

75. PARADA VÁZQUEZ, R. «El Consejo de Estado» *Documentación Administrativa* nº 226, 1991, p. 118

Excepto el breve lapso de la I República, el Consejo de Estado funcionará de forma regular durante los años 1860-1899, con modificaciones menores que afectan levemente a la composición y organización interna. «Los treinta y seis años que median entre 1868 y 1904 corresponden a uno de los períodos más agitados de la vida pública española. El Consejo de Estado pierde rápidamente el peso institucional que había logrado a lo largo de siglos y queda a merced, no tanto de los idearios o programas como de los intereses y pactos endogámicos de la clase política, que teje y desteje modificaciones. Tras el breve paréntesis revolucionario republicano (1868-1873), con la Restauración se acometió la anulación de las novedades del período precedente, sin pensar seriamente en asentar sobre nuevas bases al Consejo. No fue tal para Cánovas sino una pieza secundaria en el engranaje de la nueva monarquía liberal-conservadora, como se vio al reducir su mención a un par de citas ocasionales sobre la aptitud de los consejeros y del presidente para ser senadores en la Constitución de 30 de junio de 1876. Lo cierto es que el Consejo ganó en estabilidad administrativa y perdió los últimos restos de su papel gubernativo, reduciéndose gradualmente el tono de las consultas hasta llegar a comienzos del siglo xx a transformarse en un negociado de ciertos expedientes, que como los de quintas y ferrocarriles, se despachaban en impresos».⁷⁶

Ejemplo de lo anterior es la aprobación de la Ley Santamaría de Paredes de 13 de diciembre de 1888, antepasado legislativo de nuestra jurisdicción contencioso administrativa. El artículo 8, utiliza ya el término «jurisdicción contencioso-administrativa» y el de «Tribunal» que pese a integrarse en el Consejo de Estado, no es ya una simple sección orgánica del mismo.⁷⁷

PÉREZ-TENESSA resume este casi medio siglo del siente modo: «A partir de 1868, el Consejo de Estado entró en declive a merced de los vaivenes de la política interior, siendo objeto de sucesivas reorganizaciones que mermaron su prestigio y lo redujeron en la práctica a entender de «asuntos menores» que es lo que quería evitar Felipe II y lo peor que le puede ocurrir al Consejo de Estado. Prescindiendo de acontecimientos políticos —incluida la efímera Primera República— y de reformas legales que no tienen relevancia para esta breve síntesis histórica sólo cabe destacar por lo que aquí interesa tres medidas importantes: la creación de la Comisión Permanente, la profesionalización del Cuerpo

76. MARTÍN OVIEDO, J.M. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional (1808-2012)*. Madrid, BOE-Consejo de Estado, 2013, p. 199. Con cita de CORDERO TORRES, J.M. *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944.

77. La jurisdicción contencioso-administrativa en la Ley de 1888 es todavía un sistema mixto, no estrictamente judicial, puesto que los Tribunales contencioso-administrativos tienen una composición dual, tanto de personal procedente de la Administración como de Jueces propiamente hablando. El Tribunal de lo contencioso-administrativo, integrado en el Consejo de Estado, estaba compuesto por un Presidente y once Consejeros de Estado: una composición íntegramente administrativa. Sin embargo, en los niveles inferiores se crearon los Tribunales provinciales de lo contencioso-administrativo, integrados por el Presidente de la Audiencia, dos magistrados de la misma y dos Diputados provinciales, que daban a estos órganos la naturaleza mixta que caracterizaba el sistema. Este sistema mixto se extinguiría definitivamente en 1904. Cfr. en general FERNÁNDEZ TORRES, J.R. *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*. Iustel, Madrid, 2007.

de Oficiales y la separación de lo contencioso-administrativo. La Comisión Permanente aparece en el Reglamento de 20 de noviembre de 1878 para despachar los asuntos de régimen interior. La reforma del Cuerpo de Oficiales se acometió por Ley de 17 de enero de 1883, que estableció el ingreso por oposición con un primer ejercicio oral sobre un programa de quinientos temas, y suprimió el turno de elección gubernativa así como el paso de escribientes a oficiales. La tercera medida se llevó a cabo por la Ley Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888 que transfirió esa competencia al Tribunal Supremo, en aras al principio de unificación de fueros, quedando reservada al Consejo de Estado la función meramente consultiva.⁷⁸

La Gaceta de Madrid del 10 de mayo de 1904 publicó la Ley de 5 de abril de 1904 (ley Maura) por la que se aprobó la nueva Ley Orgánica del Consejo de Estado.⁷⁹ Las principales novedades del nuevo Consejo son (i) su reducción en número (Ministros en ejercicio; 8 ex ministros y 4 consejeros permanentes); (ii) su tecnificación puesto que los cuatro consejeros permanentes gozan de ciertas garantías de inamovilidad (art. 7) y (iii) la asignación de las tareas contencioso-administrativas a una Sala específica del Tribunal Supremo. Este último aspecto lleva a PARADA a señalar en ese momento el inicio de la decadencia del Consejo de Estado moderno.⁸⁰

4. LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA

El 13 de septiembre de 1923, el capitán general de Cataluña, Miguel Primo de Rivera, da un golpe de Estado. El gobierno del general Primo de Rivera abre un periodo marcado por la suspensión de las garantías constitucionales, la disolución de ayuntamientos y diputaciones provinciales y prohibición de los partidos políticos (ahora sustituidos por la Unión Patriótica). A raíz del golpe militar se destituyen los presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado respectivamente y se instaura un directorio militar que habría de durar hasta 1930.

El 13 de septiembre de 1924 se aprueba el Real Decreto disponiendo la nueva redacción de los preceptos de la vigente ley orgánica del Consejo de Estado de 5 de abril de 1904.

En opinión de TRIGUERO, «Durante la Dictadura de Primo de Rivera, el Consejo de Estado viró a un modelo de órgano consultivo de carácter representativo, en el que mantuvo sus funciones de la Ley de 1904, y si bien se amplió la composición del Consejo, se pensó en crear otras instituciones, como la Asamblea Nacional Consultiva, en cuyo seno se ideó el «Consejo del Reino» que en la práctica reducía al Consejo de Estado a una asesoría más. En la última etapa de

78. PÉREZ-TENESSA, A. Historia, cosas e historias del Consejo de Estado. Madrid, BOE, 2005, p. 18

79. La Ley se desarrolló por Real Decreto de 8 de mayo de 1904, por el que se aprobaba un Reglamento de Régimen Interior del Consejo con carácter provisional. El prolijo reglamento (148 artículos), fue después elevado a definitivo por Real Decreto de 10 de enero de 1906.

80. PARADA VAZQUEZ, J.R. «El Consejo de Estado» *Documentación Administrativa* n°226, 1991, p. 119.

la Dictadura de Primo de Rivera se presentó ante la Asamblea Nacional por su Sección Primera, el Proyecto de Constitución de la Monarquía Española de 1929, que fue publicado el 6 de julio de 1929, cuyo artículo 44.4 hacía referencia a la condición de miembro del Consejo del Reino, por derecho propio, por parte del Presidente del Consejo de Estado.

Al final de esta etapa se aprueba, el 21 de junio de 1929, un texto refundido de la Ley Orgánica del Consejo de Estado y su Reglamento, que vinieron a recopilar la dispersa normativa que regía hasta el momento.

5. EL CONSEJO DE ESTADO EN LA SEGUNDA REPÚBLICA

El resultado de las elecciones municipales de 1931 precipitó la proclamación de la Segunda República. Efectivamente, el 12 de abril de 1931, como primer paso del programa electoral del almirante Aznar, se celebran las elecciones municipales, que se interpretan como un auténtico plebiscito entre monarquía y república. La victoria de los republicanos en la mayor parte de las capitales de provincia y, sobre todo, en Madrid, Barcelona y Valencia, se considera un triunfo indiscutible y en el plazo de cuarenta y ocho horas la bandera tricolor se iza en todas las fachadas de los ayuntamientos: «España se acostó monárquica y se levantó republicana», diría el almirante Aznar. Así, dos días después de celebrarse los comicios, se proclama la República y el rey Alfonso XIII sale de España.⁸¹

En mayo de 1931 se crea una Comisión asesora adscrita al Ministerio de Justicia que elaborará un proyecto de Constitución. El 9 de diciembre de 1931, el Presidente de las Cortes, Julián Besteiro, promulgó la Constitución de la Segunda República española. La Constitución republicana de 1931 daría poca importancia al Consejo de Estado. Su artículo 93 tan solo establecía que «Una ley especial regulará la creación y el funcionamiento de los órganos asesores y de ordenación económica de la Administración, del Gobierno y de las Cortes. Entre estos organismos figurará un Cuerpo consultivo supremo de la República en asuntos de Gobierno y Administración, cuya composición, atribuciones y funcionamiento serán regulados por dicha ley.»

La llamada a la Ley no llegó nunca a desarrollarse. Lo cierto es que la ideología republicana identificaba el Consejo de Estado con la tradición del Estado monárquico. Por Decreto de 22 de abril de 1931 se había ya procedido a la disolución del Consejo. El preámbulo de esta norma, sin embargo, es expresivo de algunas contradicciones: el Consejo se disuelve pero no desaparece. «La República necesita una acción de gobierno expedita, rápida, libre, dictada por el sentimiento democrático que la alienta y por ello la estorbaría en la eficacia de su acción la rémora de un Consejo pleno, supervivencia inevitable del régimen caído.» Pese a esta meridana declaración, se mantiene la necesidad de «máximas

81. http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/PapHist/IIRepEsp

garantías de fiscalización y acierto para la gestión administrativa Y por ello aún disuelto el Consejo de Estado, se mantiene el dictamen de la Comisión permanente. «Pero ésta, a su vez, para garantizar la libertad de juicio e inspirar seguridad de acierto al régimen establecido y a la opinión que lo sostiene, no podrá ser, en ningún modo, la establecida por la Dictadura, creación de ella e indudablemente identificada con las normas que vinieron dictándolo y ya comprendida sobre la legalidad de los preceptos arbitrarios que han de derogarse o anularse y partícipe de responsabilidades consultivas en la gestión que habrán de revisar los distintos Departamentos ministeriales»

En otras palabras, se cuestiona la institución pero no tanto la función. De hecho, la Gaceta de Madrid del mismo día, nombra presidente y nuevos consejeros para la formación de cada una de las secciones. Así, el denostado Consejo de Estado por ser institución monárquica pasa ahora a ser un «Consejo Supremo de la República».

En opinión de MARTÍN OVIEDO, «el Cuerpo consultivo supremo de la República no fue regulado en momento alguno, de modo que quien siguió existiendo fue el Consejo de Estado, con la vigencia, en lo básico, de la Ley de 1904 y su Reglamento de 1906, en lo no reformado por la II República. En lo que atañe a la organización, recordamos que un Decreto de 22 de abril de 1931 suprime el Pleno y limita los Consejeros los permanentes, que presiden cada una de las Secciones, que son las mismas seis de la etapa anterior, pero que pueden ser nombrados sin sujeción a categorías previas ni examen de idoneidad por el mismo Consejo. Las competencias sufren una merma considerable, ya que todas las del Pleno pasan a la Comisión permanente, pero con carácter potestativo, en tanto que otras disposiciones suprimen supuestos de consulta preceptiva.

La designación como consejero de Estado era libre (eliminando el dictamen de aptitud y requiriendo solamente una promesa de juramento de fidelidad) y la consulta potestativa.

En el seno del Propio Consejo de Estado existía la preocupación por intentar una revisión a fondo de la institución que pusiera al día la ya vieja legislación de 1904-1906 tras los parches de la Dictadura de Primo de Rivera y las reformas de la II República.»⁸²

6. EL RENACER DEL CONSEJO DE ESTADO: LA DICTADURA FRANQUISTA

El 24 de julio de 1936 se constituye en Burgos la Junta de Defensa Nacional quien nombrará el 29 de septiembre del mismo año al general Francisco Franco como jefe del Estado español. Apenas terminada la guerra civil, se aprueba la Ley de 10 de febrero de 1940 que restablece el Consejo de Estado. Se trata de una legislación provisional como reconoce el propio preámbulo: «No es todavía

82. MARTÍN OVIEDO, J.M. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional (1808-2012)*. Madrid, BOE-Consejo de Estado, 2013, p. 245.

momento de fijar de modo definitivo las funciones que está llamado a prestar dicho Alto Cuerpo en servicio del nuevo Estado pero las necesidades de la Administración imponen incorporar a la vida pública la actividad del Consejo de Estado, cuya colaboración habrá de reportar, sin duda, importantes servicios al interés público». Se reconoce la tradición histórica de la institución que, sin embargo, su composición había deformado y se mantienen las disposiciones de la Ley de 1904 «sin otras reformas que las indispensables para acomodarla a la realidad del momento».

Como es de esperar del régimen dictatorial, el Consejo se nombra íntegramente por el Jefe del Estado y está compuesto por un presidente y seis consejeros de entre ex ministros, ex miembros del Consejo Nacional de Falange española, cuerpos técnicos de la Administración (incluidos consejeros permanentes o Letrados del mismo Consejo) o académicos de Ciencias Morales y Políticas.

El nuevo Consejo de Estado se configura pues como un órgano consultivo del Estado en los asuntos de Gobierno y Administración, distinción que reaparecerá más adelante en el debate constitucional en 1978. La consulta es voluntaria y no vinculante lo que es perfectamente acorde con un régimen autoritario donde poco predicamento ha de tener el apoyo técnico-jurídico.

El Consejo franquista se reguló por la Ley Orgánica de 25 de noviembre de 1944, publicada en el BOE el día posterior. La ley establece la división entre Pleno y Comisión permanente. Integran el Pleno tanto consejeros natos como designados (por tres años, sin límite de renovaciones). Entre los primeros, el Primado de las Españas, el vicesecretario general del Movimiento, el Jefe del alto Estado Mayor, el Fiscal del Tribunal Supremo, el Rector de la Universidad Central; el Director del Centro de Estudios Políticos; el delegado nacional de sindicatos o el Director general de lo contencioso del Estado. Entre los segundos (7) eclesiásticos, militares, diplomáticos o exministros. Un total pues de 15 miembros más un presidente.

Junto con el Pleno, la Comisión permanente está compuesta por el Presidente, el secretario general y los consejeros presidentes de sección (mínimo de 6).

A las sesiones del Consejo podrán asistir —e informar— el Jefe de Gobierno y los Ministros.

Si se traza un cuadro comparativo entre Pleno y Comisión permanente se descubre rápidamente la composición más técnica de la segunda formación:

Pleno	Comisión permanente
CONSEJEROS NATOS Primado de las Españas, Vicesecretario general del Movimiento Jefe del alto Estado Mayor Fiscal Tribunal Supremo de Justicia Rector de la Universidad Central Director del Centro Estudios Políticos Delegado nacional de sindicatos Director Gral de lo contencioso del Estado.	Ministro Consejero Nacional Consejero de Estado Letrado Mayor del Consejo Catedrático Oficial del cuerpo jurídico militar Funcionario Jefe superior de administración civil Académico de Ciencias Morales y Políticas
CONSEJEROS DESIGNADOS Ex Ministro Arzobispo u Obispo Consejero Nacional Teniente General del Ejército de Tierra Almirante de la Armada Teniente General del Ejército del Aire Diplomático con categoría de Embajador	

Para los consejeros permanentes se establece un régimen de incompatibilidades y obligaciones de abstención. Al igual que el Presidente, perciben una retribución según determine la LPGE. Según dispone el art. 10, «los consejeros permanentes son inamovibles en sus cargos». Solo pueden ser separados por Decreto acordado por el Consejo de Ministros por causa justificada, con audiencia del interesado e informe del propio Consejo de Estado en Pleno.

En cuanto a las competencias, el Pleno debe ser oído necesariamente en: «aquellos proyectos de ley que por su trascendencia y repercusión en la vida administrativa del Estado de la Nación o de su Economía estime el Gobierno oportuno consultar;⁸³ la interpretación de los contratos del Estado y asuntos administrativos de gran trascendencia; la interpretación y cumplimiento de los Tratados internacionales y Concordatos con la Santa Sede; la separación de los consejeros permanentes». Por su parte, la Comisión permanente tiene el siguiente elenco de competencias en las que debe ser oída:

- Disposiciones de interés general que dictare el Gobierno para el desarrollo o ejecución de leyes de presupuestos y las demás que tengan carácter esencialmente fiscal.
- Concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito.

83. Esta competencia fue ampliada a la legislación delegada en sus manifestaciones de Textos refundidos de disposiciones vigentes y Textos articulados de Leyes de Bases por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (Decreto de 26 de julio de 1957, que aprueba su texto refundido).

- Cuestiones de competencia, conflictos jurisdiccionales y de atribuciones entre distintos departamentos ministeriales.
- Recursos de agravios a los que se refiere la Ley de 18 de marzo de 1944.
- Interpretación, resolución y rescisión de los contratos administrativos no atribuidos al Pleno.
- Reglamentos generales que se hayan de dictar para la ejecución de las leyes, comprendidos incluso aquellos que por razón de urgencia se hubieran puesto en vigor de forma provisional.
- Concesión de honores y privilegios en que las leyes exijan la audiencia del Consejo

El proceso de elaboración de la Ley y las deliberaciones sobre su anteproyecto revelaron como la cuestión de atribuir o menos al Consejo una parte de la función jurisdiccional fue objeto de discusión, como también el carácter preceptivo o menos de la consulta.⁸⁴ Al final, uno y otro aspecto no se recogen en el texto final. Ni la consulta es preceptiva ni el Consejo de Estado franquista modifica la cuestión de la jurisdicción contenciosa ya regulada por la Ley de 1888.

En lo que refiere al recurso de agravios, puede verse como un ejemplo de jurisdicción retenida. Se trata de recursos en materia de personal al servicio de la Administración que son formalmente resueltos por el Consejo de Ministros pero donde el dictamen del Consejo de Estado se sigue de manera prácticamente literal. De similar modo ocurre en la actualidad con las cuestiones relativas a la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. En ambos casos —recurso de agravios y responsabilidad— el Consejo de Estado se desliza de lo general a lo particular, es decir, de la actividad de asesoramiento o consulta a la resolución de pleitos o casos concretos.

Resulta interesante enfatizar también la relación de la nueva institución con la legislación posterior, en concreto con la Ley de 26 de julio de 1947 que crea el Consejo del Reino y con la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. El Consejo del Reino se crea en 1947 siguiendo el modelo de la denominada «democracia orgánica» como alto consejo que asesoraba al Jefe del Estado en la toma de decisiones de su exclusiva competencia.⁸⁵ Como órgano consultivo, se superpone al Consejo de Estado. De hecho, la Ley prevé que «el Consejo del Reino tendrá precedencia sobre los cuerpos consultivos de la Nación». Ello unido al hecho de que entre los miembros del Consejo del Reino se incluye al Presidente del Consejo de Estado, indica claramente la subordinación de uno (Consejo de Estado) al otro (Consejo del Reino). Además, en 1956 se aprueba la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa en España. Si la Ley de 1888 ya supuso «enorme avance para el impe-

84. Da cuenta de estos debates MARTÍN OVIEDO, J.M. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional (1808-2012)*. Madrid, BOE-Consejo de Estado, 2013, pp. 266 y ss.

85. el Proyecto de Constitución de 1929 de la Dictadura de Primo de Rivera contempla una institución homónima.

rio de la justicia en las relaciones administrativas», la nueva regulación, consolida el modelo. Según indica su preámbulo, «la ley es judicialista, siguiendo la orientación que impuso la de 5 abril 1904, en cuanto confía la Jurisdicción contencioso-administrativa a verdaderos Tribunales encuadrados en la común organización judicial e integrados por Magistrados profesionales, con los deberes e incompatibilidades propios de los mismos.» Y ello porque «Los principios de unidad y de orden quiebran ciertamente cuando, bajo pretexto de interés público, se pretende sustituir lo dispuesto por el Ordenamiento jurídico por el sentimiento que del bien común tenga en cada caso el titular de la función: el imperio del Derecho por la arbitrariedad. Y así, la necesidad de una Jurisdicción contencioso-administrativa eficaz trasciende de la órbita de lo individual y alcanza el ámbito colectivo. Porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la buena y recta administración, y de ahí la certeza del aserto de que cuando la Jurisdicción contencioso-administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no tan sólo no menoscaba su prestigio y eficacia, sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimenta la autoridad pública.»

Finalmente, la Ley Orgánica del Estado de 1967 (Ley número 1/1967, de 10 de enero) establece en su artículo 40 que la Administración estará asesorada por los órganos consultivos que establezca la ley⁸⁶, al tiempo que atribuye al Consejo de Estado el carácter de «supremo cuerpo consultivo de la Administración» y su competencia y funcionamiento se ajustarán a lo que disponga la ley. Sin embargo, no puede olvidarse tampoco que la misma Ley crea el llamado «Consejo Nacional» como órgano de representación colegiada del Movimiento. Entre sus cometidos está el de «informar, antes de la remisión a las Cortes, cualquier proyecto o modificación de Ley fundamental», competencia que, como puede verse se solapa con la del propio Consejo de Estado con respecto de las leyes, pero ahora, para asegurar la acomodación de las leyes y disposiciones generales a los principios del Movimiento Nacional.

Por tanto, pese a su definición formal como órgano supremo consultivo, lo cierto es que el Consejo de Estado franquista comparte sus funciones con otros, ya sea generalistas (Consejo del Reino y Consejo Nacional), ya sea especializados (Consejo de Economía).

Como describe SÁNCHEZ NAVARRO, «desde una perspectiva orgánica, esta Ley de 1944 produjo la definitiva separación del Consejo respecto de la Administración activa: no lo preside el Jefe del Estado, ni forman parte de él los Ministros. (...) puede resaltarse que, como consecuencia de esta configuración del Consejo, de su separación respecto de la Administración activa y de su naturaleza colegiada, su relación con los órganos activos de la Administración es formal; la consulta ha de ser requerida formalmente, sobre un tema concreto y en determinado momento, y la respuesta ha de revestir la forma de dictamen, en el que

86. Entre ellos el propio Consejo de Economía Nacional como órgano consultivo, asesor y técnico en los asuntos de importancia que afecten a la economía nacional.

se sintetiza el parecer unitario (aunque no siempre unánime) del colegio. En el aspecto funcional, sus competencias consultivas se vieron disminuidas en el ámbito político o de Gobierno, sobre todo en beneficio del Consejo del Reino. Sin embargo, en el ámbito estrictamente administrativo se amplió «el abanico de asuntos de obligatoria consulta» apareciendo además los dictámenes vinculantes para el Gobierno o el ministro (...) De cualquier forma, y a pesar de esa posición secundaria (o tal vez gracias, precisamente, a ella) alejada del poder político efectivo y constreñida al ámbito más técnico y administrativo, el Consejo de Estado consiguió, una vez más, mantenerse y consolidarse. Y ello hasta el punto de convertirse en el único «Consejo» de los citados susceptible de ser acogido en un contexto democrático tan distinto como el que instaura la transición política española».⁸⁷

7. RECAPITULACIÓN

El análisis histórico brevemente esbozado permite efectuar valoraciones diversas según la perspectiva que se adopte. Así, una primera aproximación arroja una clara separación entre los Consejos de la Monarquía del antiguo régimen y los Consejos del constitucionalismo moderno. Los primeros son órganos meramente consultivos, al servicio del monarca que prestan asesoramiento a la compleja tarea de gobernar. Los segundos, en cambio, conforman verdaderas instituciones en la manera de organizar las varias formas de gobierno.

Los Consejos de la monarquía absoluta, como gráficamente describe BERMEJO, «al no tener planta u organización fija, ni un cuadro más o menos preciso de facultades, y depender solo de la voluntad del rey —lo mismo para convocarlo que para enviarle materias a tratar— podía convertirse en un órgano totalmente ineficaz sin alterar sensiblemente los cauces institucionales de la Monarquía. Era un organismo que estaba ahí por pura voluntad del rey, como pudiera suceder con un valido. Los consejeros no eran oficiales del rey sino sus ministros; diríase que los Ministros por antonomasia de la Monarquía, en cuyo celo y eficacia confiaba el monarca. Si no se cumplían las expectativas, no cabía introducir profundas reformas en el Consejo —que, repetimos, no tenía una estructuración a base de normas— sino sólo confiar que los consejeros cumpliesen, en base al celo y dedicación que se les suponía, las indicaciones del rey.»⁸⁸ Lisa y llanamente como indica el autor, cuando convino al monarca, el Consejo de Estado dejó de convocarse, que era tanto como dejarlo inoperante.

Más explícito —si cabe— es el profesor FONT I RIUS quien en su voz «Consejos» del Diccionario de Historia de España los define como reuniones de varones

87. SANCHEZ NAVARRO, A.J. *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional*. Editorial REUS, Madrid, 2007, pp. 58-61.

88. BERMEJO CABRERO, J.L. «Esplendor y declive del Consejo de Estado» en el libro del mismo autor, *Estudios sobre la Administración central española (Siglos XVII y XVIII)*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1982, p. 48

sabios y prudentes que ayudan al monarca y esclarecen su criterio antes de su soberana decisión: «en palacio (...) había varios departamentos, en los que se reunían separadamente los que trataban de asuntos diplomáticos, de cuestiones judiciales, o de hacienda; eran las secciones del Consejo, futuros consejos especiales de incierta fecha en orden a la adquisición de su propia sustantividad. De modo definitivo surgen como consejos territoriales, el Consejo de Indias (1524), emanación del de Castilla; el de Navarra (1515, cuando la anexión); el de Italia (1556), derivado del de Aragón; el de Portugal (1580 a 1665); el de Flandes (1555-1648); el de Órdenes (1495), a raíz de la incorporación de los maestrazgos. Con carácter de especialidad por razón de la materia, aparecen, al compás de los anteriores, los de Hermandad (1476), Inquisición (1478), al establecerse ésta en Castilla y extenderse luego por los demás territorios; de Hacienda (1593) absorbiendo la antigua Contaduría; y de Cruzada (1534). También durante el siglo XVI se organiza la Cámara de Castilla, como sección aparte del Consejo de Castilla, y el Consejo de Estado con carácter suprarregional, especialmente para la política exterior. (...)

Buena parte de estos Consejos se convirtieron, con el tiempo, en ruedas inútiles y entorpecedoras de la Administración. Ya en tiempos de Carlos II, eran objeto de sátiras por su lentitud e incompetencia. Sin embargo, en la mente de los autores de aquellos siglos, los Consejos eran pieza esencial en la constitución política del Estado, y unos y otros les buscaban una justificación ora apoyada en el derecho divino, ora en argumentos de razón o conveniencia política. En general, se fundaban en la convicción de aristocracia intelectual a la que incumbía conseguir que el rey, siendo libre y soberano, se mantuviera, sin embargo, en la medida justa de su poder.»⁸⁹

Un neto corte entre ambos períodos se produciría así con la Constitución de 1812. Sin embargo, esta distinción no resulta tan claramente aplicable al caso español. «La indiscutible importancia que en 1812 se daría a este órgano consultivo se encuentra directamente vinculada a la inexistencia de una Cámara alta en las Cortes. En este sentido, es fácilmente apreciable cómo, además de entenderse como un arma del Parlamento para controlar los actos del Gobierno, primó su consideración de ente conciliador, intermediario entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo. El período absolutista no cambió esta percepción. Una vez restablecida la Constitución en 1820, se reinstauró también la Corporación consultiva. No existió, de nuevo, quien cuestionase la idea de que se trataba de una Institución esencial de la Administración pública. Muy al contrario de la lectura de los debates parlamentarios y de la prensa de la época, se aprecia su exaltación, llegando a ser calificada como «timón de la nave del gobierno» o «sostén del sistema constitucional y de la libertad nacional.»⁹⁰

89. FONT I RIUS, J.M. «Consejos» en Bleiberg, Germán (Dir.) *Diccionario de Historia de España*. Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1968, 2ª Edición. Tomo I (A-E) pp. 943 y 946.

90. MORENO TEJADA, S. «El Consejo de Estado gaditano» *Historia Constitucional* nº 19, 2018, p. 157

Y es que el breve período de la Constitución gaditana no permite afirmar una implantación del modelo francés de administración napoleónica en una España social y políticamente en las antípodas del país vecino. «Sabido es que los nombres no hacen a las cosas, lo que aquí significa que, en puridad, sólo el consejo josefino y el consejo creado en 1845 guardan alguna relación con el «diván del Emperador», como algunos denominaron el Consejo de Estado. La irregular cronología de la implantación de esta institución, así como sus particularidades permite sugerir la existencia de un cierto rechazo a esta operación de cirugía institucional, consistente en el trasplante del consejo en el cuerpo político, tanto de la monarquía como del Estado español.»⁹¹

Por todo ello, si bien el modelo que inspiró la reforma en España fue el francés, su implantación no tiene lugar en Cádiz sino con el devenir de los años posteriores y con tantas modificaciones que lo hacen prácticamente irreconocible. En el breve lapso de cinco años (1808-1813) no fue posible la recepción del modelo francés de Consejo de Estado y de jurisdicción contencioso-administrativa.

Con la llegada al trono de la casa de Borbón, se intentó sustituir el Consejo de Estado por estructuras más ágiles y modernas. «El aumento de competencias del Estado va a provocar la hipertrofia del sistema polisindial característico del Estado moderno. La lenta resolución de los asuntos gubernativos, sometidos a la deliberación de unos consejeros afectados por el mismo legalismo con que tramitaban los asuntos judiciales; el principio colegial, que primaba la deliberación sobre la acción y, en ocasiones, impedía al rey contar con un dictamen del Consejo, tan sólo con la opinión de los consejeros; o las mismas cuestiones de competencia que se suscitaban entre los Consejos, hizo casi incompatible su existencia con los propósitos reformadores de la nueva dinastía.»⁹²

Sin embargo, «la década ominosa y el exilio de algunos de los más relevantes representantes de la nación, sí cambiaron de forma radical la imagen de órgano constitucional indispensable que, hasta 1823, se tuvo del máximo ente consultivo. La intervención de Agustín Argüelles en las sesiones parlamentarias de 1837 es una clara muestra de esta mudanza. De ser considerada como una Corporación que, por ser imprescindible, debía estar contemplada en la Constitución, pasó a ser relegada a un segundo plano, siendo entendida como materia que debía regularse en una norma ordinaria. No hay que olvidar, en este sentido, que el texto constitucional de 1837 sí que preveía la existencia de un Senado, por lo que el referido Cuerpo consultivo ya no devenía en indispensable. Su ausencia, de hecho, se consideró como beneficiosa para la resentida economía del país.

Es clara, por tanto, la notable pérdida de reconocimiento que sufrió el Consejo de Estado en algo más de una década. Más aún si se observa la percepción que del mismo tenía la doctrina contemporánea y, en concreto, el pensamiento

91. LORENTE, M. «De los Consejos de la Monarquía Católica al Consejo de Estado Español (1808-1845)» en Broers, Guimerá y Hicks (Dirs) *El imperio napoleónico y la nueva cultura política europea*. CEPC, Madrid, 2011, p. 179.

92. CORONAS GONZÁLEZ, S.M. «La crisis del antiguo régimen consultivo en la España constitucional» *Revista de Estudios Políticos* nº57, 1987, p. 181.

de José de Posada Herrera, que lo acusaba de no haber cumplido nunca su objetivo; o Joaquín Francisco Pacheco, que lo consideraba una segunda Cámara por su composición aristocrática.»⁹³

En definitiva, la presencia del Consejo de Estado como institución constitucional en España queda fuertemente limitada al período liberal de Cádiz y reaparece —fugazmente, entre 1845 y 1876. De un total de casi cinco siglos (1526-2026), apenas podemos contar con cuatro lustros de pleno reconocimiento institucional. En España, el pensamiento tradicional era contrario tanto a las funciones judiciales de un Consejo como a las competencias propiamente atinentes a la Administración. Por ello, el Consejo de Estado quedó nuevamente circuncrito a una función consultiva que no contraviniera la voluntad del soberano.

Lo mismo puede desprenderse si atendemos al rango constitucional del Consejo de Estado. De todas las constituciones del siglo XIX, solo la de Cádiz (con sus limitados períodos de vigencia), y la de 1845, ofrecen una cierta garantía institucional al Consejo. El resto de constituciones mencionan tangencialmente al Consejo de Estado al regular la condición de senador o respecto de su intervención en nombramientos y destinos judiciales. No puede, en puridad, afirmarse rotundamente una tradición constitucional española respecto del Consejo de Estado.

«El papel secundario del Consejo de Estado en la práctica, se puede conocer con la vista puesta en la legislación que le es aplicable, que no hace otra cosa que confirmar la interrupción de su hegemonía en los últimos años de vigencia de la Constitución de 1845, como consecuencia de la Revolución de 1868. En principio, con la Regencia, se ampliaba el Consejo en miembros y secciones, y se restablecía la sección de lo Contencioso Administrativo (jurisdicción suprimida por variadas causas políticas, en noviembre de 1868) por decreto de 20 de enero de 1875, pero el peso en la estructura del sistema político y su autoridad no eran la de antes, e incluso se relaja el sistema de acceso para permitir más discrecionalidad gubernamental.»⁹⁴

Lo descrito hasta aquí permite considerar al Consejo de Estado español más como un alto organismo administrativo con funciones consultivas que como una institución inserta en la forma de organizar el Estado. Lo mismo puede considerarse en cuanto a la función jurisdiccional. Si bien, como veremos más adelante, el derecho comparado ofrece ejemplos de gran presencia del Consejo de Estado en el enjuiciamiento de la actividad administrativa, en el caso español este cometido apenas se limita al período entre 1858 y 1868, considerado por el mayor estudioso del Consejo como la «edad de oro».⁹⁵

Ya en el siglo XX, se aprueba la Ley de 10 de mayo de 1904 que viene a regular un languideciente Consejo de Estado como órgano consultivo —no de

93. MORENO TEJADA, S. «El Consejo de Estado gaditano» *Historia Constitucional* n° 19, 2018, p. 157.

94. BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. «Constitución de 1812 y función consultiva: evolución del Consejo de Estado en España» *Revista Española de la Función Consultiva* n° 13, 2010, p. 164. Disponible en <http://portales.gva.es/cjccv/pdfs/pub/refc-n13.pdf>

95. CORDERO TORRES, J.M. *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944.

control— figura que reproduce tanto el período primoriverista como en la II República. En la Constitución de 1931, desaparece el Consejo de Estado que pasa a denominarse Consejo Supremo de la República (que no fue objeto de regulación). Como hemos indicado, pese al recelo de los republicanos por un órgano que identificaban —con acierto— con la monarquía, se viene a regular un Consejo parecido. La fungibilidad de los miembros garantizaba siempre un Consejo de acólitos.

Se llega de este modo hasta 1944 donde regula mediante una nueva Ley franquista el Consejo de Estado que llegará hasta nuestros días.

Regulación del Consejo de Estado. CUADRO SÍNTESIS

Constitución	Ley	Reglamento	Composición y nombramiento	Funciones
		25 mayo 1792		
Bayona 1808		2 mayo 1809	30-60 + Ministros + Presidente Consejo Real. Nombramiento Real.	Examinar proyectos de leyes y reglamentos generales. Conflictos de jurisdicción. Asuntos contencioso- administrativos
Constitución de Cádiz, de 19 de marzo de 1812. Vigencia: 1812- 1814; 1820 – 1823; 1836 – 1837		8 junio 1812 28 dic 1825	20-40 Nombramiento real sobre terna presentada por las Cortes	Institución de moderación del Rey. Pieza política para el equilibrio de poderes
Estatuto Real 1834				Consejo Real
Constitución de 18 de junio de 1837. Vigencia: 1837- 1845				

Constitución de 23 de mayo de 1845. Vigencia 1845 – 1868	6 julio 1845	23 mayo 1858	30 ordinarios + extraordinarios + auxiliares Rey a propuesta Consejo de Ministros	Consultivo + contencioso
	17 ago 1860	30 jun 1861 4 febrero 1865	32 consejeros Rey a propuesta Consejo de Ministros	Consultivo + contencioso
Constitución de 6 de junio de 1869 Vigencia: 1869 – 1873		4 mayo 1869 1 junio 1872	IGUAL	Supresión de lo contencioso (Decreto 13 octubre 1868)
I República			DISUELTO	
Constitución de 30 de junio de 1876 Vigencia: 1876 – 1923		20 nov 1878 16 junio 1887 28 junio 1891	23 o 25	Consultivo + contencioso. Decreto de 20 enero 1875
	5 abril 1904 1 abril 1922	8 mayo 1904	Ministros + 8 ex ministros + 4	Consultivo
Primo de Rivera		13 sept. 1924		Carácter representativo. Democracia orgánica
Constitución de 9 de diciembre de 1931. Vigencia: 1931 – 1939				Consejo consultivo Supremo de la República. Mantenimiento de la Comisión permanente
Francisco Franco	10 feb 1940 25 nov 1944	13 abril 1945		Consultivo

BIBLIOGRAFÍA CAPÍTULO II

- ALCÁZAR SEGURA, A. «Carta de Bayona: del absolutismo al constitucionalismo» Observatorio CISDE 20 febrero de 2016. Disponible en <https://observatorio.cisde.es/cultura-de-defensa/17454>.
- BARRIOS PINTADO, Feliciano. *El Consejo de Estado de la Monarquía española: 1521-1812*. Madrid: Consejo de Estado, 1984
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique. «Constitución de 1812 y función consultiva: evolución del Consejo de Estado en España» *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 13, 2010. Disponible en <http://portales.gva.es/cjccv/pdfs/pub/refc-n13.pdf>
- BERMEJO CABRERO, J.L. «Esplendor y declive del Consejo de Estado» en el libro del mismo autor, *Estudios sobre la Administración central española (Siglos XVII y XVIII)*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1982
- CABRERA BOSCH, María Isabel. «Algunas consideraciones en torno al Consejo de Estado en la Constitución de 1812» *Revista de Estudios Políticos* nº 93, 1996, p. 241. Disponible en <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/download/46778/28262>
- CORDERO TORRES, J.M. *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944.
- CORONAS GONZALEZ, S.M. «La crisis del antiguo régimen consultivo en la España constitucional» *Revista de Estudios Políticos* nº 57, 1987, p. 187.
- CRUZ VILLALÓN, P. «La Constitución de 1808 en perspectiva comparada» *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furiol Ceriol*, nº 58-59, 2007.
- DE DIOS, Salustiano. *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T. «El Consejo de Estado en las Constituciones de Cádiz y Bayona» *Documentación Administrativa* nº 244-245, 1996
- ESCUDERO LÓPEZ, José Antonio. *Los orígenes del Consejo de Ministros*. Madrid. 1979
- ESCUDERO LÓPEZ, J.A. «Notas del Consejo de Estado durante los siglos XV, XVIII y XIX» *Hispania. Revista Española de Historia*, nº 128, 1974
- FERNÁNDEZ CONTI, S. *Los Consejos de Estado y Guerra de la Monarquía Hispánica en tiempos de Felipe II (1548-1598)*. Valladolid, 1998.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I. «La forma de gobierno en la Constitución de Bayona» *Historia Constitucional*. nº 9, 2008, p. 77. Disponible en <http://hc.rediris.es/09/index.html>
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I. *La Constitución de Bayona (1808)* Iustel, Madrid, 2007.
- FONT I Rius, J.M. «Consejos» en *Diccionario de Historia de España*. Germán Bleiberg (Dir.) Madrid. Editorial Revista de Occidente, 1968.
- GARCÍA DE LEÓN Y PIZARRO, José. *Memorias*. Madrid, 1943,
- GÓMEZ RIVERO, R. *Consejo de Estado y Regencia del Reino (1812-1814)*. Universidad de Cádiz y Fundación Centro de Estudios Constitucionales 1812. Cadiz, 2013.

- JORDANA DE POZAS, L. «El Consejo de Estado (1944-1970)» *Revista de Administración Pública* n° 64, 1971
- LORENTE SARIÑENA, Marta «De los Consejos de la Monarquía Católica al Consejo de Estado Español (1808-1845)» en *El imperio napoleónico y la nueva cultura política europea*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 177-191
- MARTIN OVIEDO, J.M. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional (1808-2012)*. Madrid, BOE-Consejo de Estado, 2013
- MENÉNDEZ REIXACH, A. *La Jefatura del Estado en el Derecho público español*. Madrid, 1979.
- MORENO TEJADA, Sara «El Consejo de Estado gaditano» *Historia constitucional*, n. 19, 2018.
- NIETO, Alejandro. *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*. Ed. Ariel, Barcelona, 1996.
- PARADA VAZQUEZ, J.R. «El Consejo de Estado» *Documentación Administrativa* n°226, 1991, p. 119.
- PEREZ DE LA CANAL, M.A. «Apuntaciones en torno a la cuestión del origen del Consejo de Estado en el antiguo régimen» *Anuario de Historia del Derecho Español* LXXXVII, 2017.
- PÉREZ-TENESSA HERNÁNDEZ, A. *Historia, cosas e historias del Consejo de Estado*. Madrid, BOE, 2005.
- RODRIGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. «Estudio Preliminar» en *Ley Orgánica del Consejo de Estado. Cuadernos de Documentación del Instituto Nacional de Prospectiva- Centro de Estudios Constitucionales* n° 7. Madrid, 1980.
- SANCHEZ NAVARRO, A.J. *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional*. Editorial REUS, Madrid, 2007
- SUÁREZ, Federico (Dir.) *Documentos del Reinado de Fernando VII. Vol. VII. El Consejo de Estado (1792-1834)*. EUNSA-Instituto de Estudios Administrativos. Pamplona 1971.
- TOMAS Y VALIENTE, F. *Los validos en la monarquía española del siglo XVII: estudio institucional*. Editorial:Madrid: Siglo XXI de España, 1982
- TOMAS Y VALIENTE, F. «El Consejo de Estado en la Constitución de 1812» *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n° 21, 1995.
- TRIGUERO ORTIZ, O. «El Consejo de Estado en el constitucionalismo histórico español» *Anuario Parlamento y Constitución* n°16, 2014, p. 71. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5299994.pdf>
- VALERO TORRIJOS, J. *Los órganos colegiados: análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, JOAQUÍN. *El conde de Toreno (1786-1843: biografía de un liberal*. Madrid: Marcial Pons Historia, 2005
- VERA SANTOS, J.M. *Las Constituciones de España*. Navarra, Thomson-Civitas, 2008

Capítulo III

EL CONSEJO DE ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

1. LA ETAPA PRE-CONSTITUYENTE

El vasco Antonio María de Oriol y Urquijo, quien fuera Ministro de Justicia entre 1965 y 1973, Procurador en Cortes, miembro de la Comisión Permanente del Consejo Nacional del Movimiento, y miembro del Consejo del Reino, presidió el Consejo de Estado entre julio de 1973 y junio de 1979, cuando sería sustituido por Antonio Jiménez Blanco⁹⁶, diputado de la Unión de Centro Democrático por Granada durante la I Legislatura. La cuestión sobre la que inmediatamente podemos interrogarnos es la relativa al papel del propio Consejo en la transición a la democracia.

Al tomar posesión de su cargo de Presidente, de Oriol reafirmó su juramento de fidelidad al agonizante régimen franquista: «A este juramento de servir a España se añade que he de hacerlo con absoluta lealtad al Jefe del Estado y con estricta fidelidad a los Principios básicos del Movimiento Nacional y demás Leyes Fundamentales del Reino.» Y esta proclama, no solo es una fórmula ritual de sumisión al ordenamiento legal vigente sino una encendida defensa de los valores franquistas: «hoy, 17 de julio, es el día en el que el Ejército con lealtad y fidelidad a su misión histórica, dio el paso decisivo para que amaneciera luminoso y esperanzado aquel 18 de julio que es símbolo permanente del gran esfuerzo nacional para liberar a nuestra Patria y ponerla de nuevo en los caminos de grandeza a los que su historia la llama. Esa lealtad que juré exige una permanente e irrevocable actitud de fidelidad no sólo a la persona del Caudillo,

96. RD 2027/1980, de 3 de octubre.

sino también a su obra, tanto en el orden institucional como legal. Pero de manera especial esta lealtad ha de aplicarse a lo previsto para que la continuidad de este gran esfuerzo nacional quede asegurado. Esta se personifica en quién, a título de Rey, habrá de continuar lo que hoy hace 37 años se inició para liberar a España.»

No hay duda, pues, que el Consejo de Estado y su presidente exhiben escasas veleidades aperturistas en 1973. El Consejo de Estado no parece erigirse en elemento de modernidad y democracia en la primera etapa de la transición.

Francisco Franco fallece el 20 de noviembre de 1975, y dos días después las Cortes proclaman Rey al hasta entonces Príncipe de España, Juan Carlos de Borbón y Borbón-Dos Sicilias, quien reinaría con el título de Juan Carlos I hasta su abdicación en 2014. La sucesión en la jefatura del Estado se practicaba conforme a las leyes franquistas. A pesar de que Juan Carlos juró acatar los Principios del Movimiento Nacional, su actividad política coadyuvó a alcanzar en España una democracia parlamentaria.

En ese momento, presidía el gobierno Carlos Arias Navarro, de perfil continuista. Sin embargo, el 1 de julio de 1976 el Rey consiguió finalmente forzar su dimisión y colocar en la presidencia del Gobierno a un joven y poco conocido político de 43 años con quien compartía proyectos políticos y sintonía personal: Adolfo Suárez González. Este fue nombrado jefe del ejecutivo el 3 de julio de 1976.

Bajo su Presidencia y en gran medida por la sagacidad y acierto de Torcuato Fernández-Miranda, a la sazón presidente de las Cortes, se aprueba el 18 de noviembre de 1976 la última de las leyes fundamentales del régimen franquista: la Ley para la Reforma Política, que abría la puerta a los partidos políticos y a la celebración de elecciones libres.⁹⁷ La Ley fue sometida a referéndum el 15 de diciembre 1976 con la pregunta «¿Aprueba el Proyecto de Ley para la Reforma Política?» y obtuvo el respaldo favorable de un 94,17 % de los votantes.

En ese momento (1977), integran el Consejo de Estado, como consejeros permantes: Luis Jordana de Pozas (1940-1983)⁹⁸; José Ignacio Escobar, Marqués de Valdeiglesias (1945-1977); Enrique Suñer Buch (1960-1978); José María Rovira Burgada (1965-1983); el general Miguel Vizcaíno Márquez (1972-2014), José Fernández-Villaverde, marqués de Santa Cruz (1973-1988); Antonio Sánchez del Corral (1975- 2012) y el embajador, último ministro de Asuntos Exteriores de la dictadura, Pedro Cortina Mauri (1976-1984).

Se trata de un Consejo tardo franquista fuertemente eclipsado por otras estructuras existentes como el Consejo del Reino⁹⁹ y el Consejo del Movimiento. Este perfil políticamente bajo, sin embargo, permitió su subsistencia. También su

97. Es conocida la fórmula de la transición española: «De la ley a la ley a través de la ley», o lo que es lo mismo, las Cortes franquistas votaron en favor de su propia disolución.

98. Presidiría hasta en diez ocasiones el Consejo pero nunca como titular sino de forma interina o accidental.

99. La Disposición Transitoria Segunda de la Ley de reforma política contemplaba la elección por parte de las nuevas Cámaras de cinco miembros electivos del Consejo de Reino que debían sustituir a los cesados. La Presidencia del Consejo correspondía al presidente de las Cortes con lo que en esta

proverbial adaptabilidad a cualquier tiempo, en lo que René Cassin denominó —a propósito del Consejo de Estado francés— «el espectáculo de su evolución». En 1980, con la nueva presidencia de Antonio Jiménez Blanco, y sin una sustitución de sus consejeros, el Consejo de Estado se proclama firme defensor del Estado de Derecho. En su discurso de su toma de posesión se destaca: «El tiempo se cierne sobre esta Institución, donde una solera de siglos mantiene viva la pervivencia de una idea que hoy expresamos como “El Estado de Derecho”. Este es el máximo Organismo Consultivo de España en cuestiones de derecho. Los avatares de la historia han producido la evolución lógica en el Consejo, pero la tradición, es decir, el legado del pasado, nos entrega intacta la función ineludible, en todo Estado, de ser asesorado en materia de Derecho. Lo que el tiempo creó, el tiempo lo transforma, pero también el tiempo lo transmite para que se remoce, con los nuevos tiempos.»

Además de ello, integraron el Cuerpo de Letrados del Consejo insignes catedráticos como Jaime Guasp, Eduardo García de Enterría, Villar Palasí o Alonso Olea, entre otros. Ello contribuyó fuertemente al prestigio y calidad de los dictámenes del Consejo. En 1975, se sometieron a consulta 601 expedientes. Muy lejos de la cifra máxima histórica de 6.498 alcanzada en 1997.

En las condiciones previstas en la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Reforma Política, el 15 de junio de 1977 se celebran las primeras elecciones en España. Aunque no se declaran como constituyentes, de facto lo serán. La UCD encabezada por Suárez alcanza los 166 escaños, el PSOE de Felipe González es segundo con 118, el PCE de Santiago Carrillo tercero con 19 y Alianza Popular de Manuel Fraga cuarta con 16. De menor —pero decisiva— importancia, los nacionalistas catalanes obtuvieron 11 escaños, 8 el PNV y 6 el PSP de Tierno Galván.

2. LA ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Las elecciones generales del día 15 de junio de 1977, dieron lugar a la constitución de las Cortes democráticas de la I legislatura. El Congreso de los Diputados ejerció la iniciativa constitucional que estaba prevista en el artículo tercero de la Ley para la Reforma Política y, en la sesión de 26 de julio de 1977, el Pleno aprobó una moción redactada por todos los Grupos Parlamentarios y la Mesa por la que se creaba una Comisión Constitucional con el encargo de redactar un proyecto de Constitución.

Dicha comisión se constituyó el día 1 de agosto de 1977. Es decir, la primera y fundamental tarea de las Cortes era la elaboración de un texto constitucional. Apenas pasa un mes y medio entre las elecciones y el inicio de los trabajos parlamentarios. De todos es conocida la designación de los parlamentarios que

época presidieron el Consejo del Reino, Torcuato Fernández-Miranda Hevia (1975-1977) y Antonio Hernández Gil. (1977-1978). Este último presidiría también el Consejo de Estado entre 1982-1985.

debían redactar la ponencia: Jordi Solé Tura (Grupo Parlamentario Comunista), Miquel Roca Junyent (Grupo Parlamentario Minoría Catalana), José Pedro Pérez-Llorca y Rodrigo (Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático), Gregorio Peces Barba Martínez (Grupo Parlamentario Socialista), Miguel Herrero Rodríguez de Miñón (Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático), Manuel Fraga Iribarne (Grupo Parlamentario de Alianza Popular) y Gabriel Cisneros Laborda (Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático). La ponencia constitucional celebró un total de 29 sesiones reservadas en los meses comprendidos entre agosto y diciembre de 1977.

El Boletín Oficial de las Cortes, num. 44, de 5 de enero de 1978, publica el texto del anteproyecto de Constitución y los votos particulares al anteproyecto formulados por los ponentes. En ese texto, la regulación del Consejo de Estado se realizaba en el art. 106 en los siguientes términos: «El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. La ley regulará su composición y competencia».

Ese mismo día se abre un plazo de veinte días naturales para la presentación de enmiendas. Concluido éste, las enmiendas al Anteproyecto, que superaron las 3000 en 779 escritos, se publicaron, como entonces era habitual, de manera separada y no en el Boletín Oficial de las Cortes.

El examen de las enmiendas dio lugar al Informe de la Ponencia en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas que se publicó en el Boletín Oficial, núm. 82, de 17 de abril de 1978.

Entre las enmiendas presentadas, al artículo 106, las número 74 de Alianza Popular (Federico Silva Muñoz) y 779 de la UCD, son parcialmente coincidentes. En ellas se propone sustituir el término «órgano consultivo del Gobierno» por «órgano consultivo en asuntos de gobierno y administración». Y la justificación a la modificación es precisamente que las competencias tradicionales que aparecen en los textos constitucionales españoles así como en las leyes reguladoras del Consejo eran esas. Más allá de la cuestión terminológica, la enmienda tenía trascendencia porque de lo que se trata es de incluir en el texto constitucional que es función del Consejo no solo el asesoramiento legal del gobierno sino también «el control de oportunidad de la actividad administrativa».

Por su parte, la enmienda nº 7 de Alianza Popular (Juan Luis de la Vallina Velarde) proponía el término «del Gobierno de la Administración» en el sentido de excluir cualquier control de oportunidad política. Dada que la función consultiva es meramente administrativa, debía distinguirse entre Gobierno y Administración, para limitar el papel del Consejo a ésta última.

Junto con estas dos enmiendas, el art. 106 suscitó también la nº 543 del Grupo mixto (defendida por Raúl Morodo), proponiendo la supresión del precepto al considerar que «en nuestro régimen administrativo no se estima necesaria la constitucionalización del Consejo de Estado», así como otras dos (números 291, Grupo Socialista de Cataluña y 431 Grupo Socialista del Congreso), referidos a un cambio de sistemática del precepto.

La ponencia rechazó las enmiendas y mantuvo el redactado inicial del precepto (ahora renumerado como artículo 99) por mayoría, con el voto contrario de la UCD.

En la sesión celebrada el martes 6 de junio de 1978¹⁰⁰, puede seguirse el debate desarrollado por los proponentes y detractores de las citadas enmiendas. Los protagonistas son Miguel Herrero Rodríguez de Miñón por la UCD y Gregorio Peces-Barba por el PSOE.

Justifica la enmienda —recordemos, cambiar la dicción «órgano consultivo del Gobierno» por «órgano consultivo en asuntos de gobierno y administración»— el diputado Herrero (quien como hemos explicitado también participó en la redacción del anteproyecto y reunía a la vez la condición de padre constitucional y Letrado del Consejo de Estado) en los siguientes términos:

«El tenor de nuestra enmienda consiste en retornar a la formulación que tradicionalmente, desde el siglo XIX y hasta la Ley Orgánica del Estado de 1967 ha tenido el Consejo de Estado. El mantenimiento de nuestra enmienda obedece a la creencia de que el texto del artículo 99 en el informe último de la Ponencia responde a un criterio técnico, a nuestro juicio erróneo, cuya introducción se motiva en la adición de una perspectiva política también errónea, porque lo que el artículo 99 del informe de la Ponencia propone es simplemente la definición que del Consejo de Estado contenían las Constituciones napoleónicas que se encontraban en su origen. El Consejo de Estado es una institución que cualquiera que sean sus precedentes remotos, en su versión moderna se origina con el régimen de Bonaparte y resulta que a través de una larga evolución en España se decanta en determinado sentido y lo que proponemos ahora es la vuelta a la definición que del mismo contenía el Estatuto de Bayona de 1808, y más concretamente aún, una de las más autoritarias Constituciones que conoce la historia moderna occidental: la francesa de Napoleón III. Porque, efectivamente, en sus orígenes napoleónicos el Consejo de Estado fue un Consejo, un organismo asesor exclusivamente del Gobierno, porque en el Gobierno monocrático del Cónsul, primero, y del Emperador, después, se concentraba todo el poder del Estado.

Esta es la concepción a la que responde el Consejo de Estado, ideada por el Estatuto de Bayona y por el Estatuto Real en los albores de nuestro constitucionalismo; sin embargo, cuando se introduce en Europa, y concretamente en España, el constitucionalismo liberal primero y democrático después, al dispersarse el poder del Estado, el Consejo de Estado se convierte en una institución áulica, que lo es ya del Estado todo, a través de la cual se dispersa el poder, y no sólo de un Gobierno monocrático, en el que este poder se concentra.

A esta concepción del Estado es a la que responde el Consejo que con este nombre prevé la Constitución de Cádiz de 1812. Y ésta es la versión que recogen nuestras leyes orgánicas del Consejo de Estado desde mediados del siglo pasado, a través de los diversos avatares constitucionales de la España decimonónica y de la Restauración. Solamente cuando en 1967 una situación no especialmente vinculable a los antecedentes democráticos que vengo citando, la Ley Orgánica del Estado de 1967, regula a nivel constitucional la institución, es cuando se cambia la denominación tradicional de órgano supremo en materias de gobierno y adminis-

100. Diario de Sesiones Congreso de los Diputados nº 81, sesión nº 16 de 6 de junio de 1978.

tración para introducir la todavía vigente y a la que, de una u otra manera, parece responder el proyecto de la Ponencia. ¿Por qué la Ley Orgánica del Estado quita al Consejo de este nombre el carácter de órgano consultivo supremo en materias de gobierno y administración? Porque la Ley Orgánica del Estado prevé un organismo consultivo supremo, el Consejo del Reino, y por ello es lógica y a ello responde, y ninguno de mis compañeros de ponencia probablemente me desmentirá, la de este texto del artículo 99 que ahora discutimos, porque en el momento de su proposición se encuentra todavía sobre la mesa el proyecto de Consejo de la Corona que no hace mucho tiempo hemos debatido aquí.

El Consejo de Estado no es un organismo consultivo supremo, porque existe en el proyecto a que me refiero un organismo consultivo supremo, que es el Consejo de la Corona. Al desaparecer este organismo consultivo supremo, el Consejo del Reino antes, Consejo de la Corona después, sería lógico que el Consejo de Estado recobrase el papel que tradicionalmente ha tenido en nuestro constitucionalismo liberal y democrático. En la definición que del mismo propone Unión de Centro Democrático se contienen los elementos de este rango y esta función que al Consejo de Estado deben corresponder como organismo supremo en materias de administración, en materias de gobierno, en materias de derecho, que se ejercen no sólo a nivel del órgano gubernativo, sino a nivel de todo el Estado.

Baste recordar que hoy día todavía, por reminiscencias de la antigua Ley de Régimen Local, y con carácter tan importante como en materia de urbanismo, el dictamen del Consejo de Estado es necesario para la revisión de oficio de actos de las Corporaciones Locales. Si nosotros lo reducimos a órgano consultivo exclusivamente del Gobierno, estamos privando a elementos públicos tan importantes como las Corporaciones Locales —y basta referirse a la Ley Especial de Madrid— del asesoramiento del Consejo de Estado, que deja de ser un organismo consultivo del Estado todo y de sus elementos para reducirse, como antaño fuera, en sus albores, a un órgano exclusivamente consultivo del Gobierno.

Baste pensar también que en el proyecto actual que discutimos, el artículo 145 introduce un único elemento no discrecional en el control de los territorios autónomos que se atribuye al Gobierno, previo dictamen vinculante del Consejo de Estado, es decir, se atribuye de hecho al Consejo de Estado, y en este sentido se supone que el Consejo de Estado no es un organismo meramente aúlico del Gobierno central, sino un organismo que, por ser de Estado y no de Gobierno, es también la garantía de la autonomía que en el ejercicio de potestades delegadas y no propias corresponde a las comunidades autónomas.

Todo ello exigiría, lógicamente, que el Consejo de Estado se definiera como Unión de Centro Democrático propone y no exclusivamente como órgano consultivo del Gobierno, porque el Consejo de Estado se articula con el Gobierno no como un elemento de «staff», sino como un elemento de control, y es claro que los elementos de control, sobre todo de control interorgánico a ese nivel, se configuran como órganos de Estado —basta pensar en el Tribunal de Cuentas— o en lo que será el defensor del pueblo, sobre todo cuando ejerce su control principal, pero no exclusivamente sobre el Gobierno, puesto que también se extiende, como he dicho antes, sobre las Corporaciones Locales, especialmente las más importantes —y

repito la cita de la Ley Especial de Madrid— y al menos, tal como está hoy día en el proyecto en el Título VIII, aparece también como garantía de la autonomía de las comunidades autónomas.

Por todas estas razones, señor Presidente, Unión de Centro Democrático considera que es regresivo hacia los orígenes bonapartistas y autoritarios del Consejo de Estado la fórmula del artículo 99; es regresivo hacia la fórmula de la Ley Orgánica del Estado de 1967 y es regresivo respecto de los mimos acuerdos de esta Comisión que ha destacado que haya otro órgano consultivo supremo, como sería el Consejo de la Corona. Por el contrario, sería no sólo progresivo, sino coherente con la técnica jurídica y con sus funciones reconocer en el Consejo de Estado un órgano consultivo supremo en materias tan omnicomprendivas como el Gobierno y la Administración.»

El discurso del diputado Herrero contiene tanto un argumento de diseño institucional (objetivo) como otro de concepción territorial de la organización administrativa (subjetivo). De un lado se distingue entre función política y función administrativa. Si se remota a los orígenes absolutistas del Consejo (lo que en España está más presente al recepcionar tarde y mal la división de poderes francesa), resulta que mencionar al Consejo de Estado solo como órgano consultivo de gobierno excluiría las funciones políticas (que Herrero sitúa en el Consejo Real). Los Consejos pre-franceses unían en una misma institución ambas funciones, todas ellas al servicio del poder del Rey. Lo que se pretende con ello es diseñar un Consejo de Estado pre-moderno, es decir, que asuma funciones también políticas: así se desprende sin ambages de la justificación de la enmienda de la UCD que reclama para el Consejo de Estado no solo el asesoramiento legal del gobierno (función administrativa) sino también «el control de oportunidad de la actividad administrativa» (función política). Aunque el referente histórico que se utiliza puede ser cierto, resultaría en una involución de las funciones netamente consultivas.

En segundo lugar, se utiliza un argumento territorial. El Consejo de Estado lo es no solo de la Administración central sino también de la local y autonómica. Con la Constitución de 1978 se introduce una división territorial vertical del poder que habrá de unirse a la horizontal. Se cruzan con ello tanto el modelo francés como el norteamericano. Con la enmienda, de nuevo se propugna la naturaleza omni-territorial del nuevo Consejo que lo será no solo del Gobierno sino de cualquier administración pública. El control interorgánico entraría en franca contradicción con la autonomía política que la Constitución reconoce a otros entes territoriales distintos del Estado.

En el discurso de Herrero, claramente pues, se demuestra una visión tanto autoritaria como jacobina. En nada la regresión que se anuncia se desprende del texto de la ponencia, bien al contrario, creemos que el carácter regresivo se introduciría con la enmienda. La respuesta del diputado Peces-Barba —también padre de la ponencia constitucional— es explícita. Por Gobierno hay que entender tanto poder ejecutivo como administración pública, donde el Gobierno sería la cúspide de esa organización activa, pero no en cambio, del Gobierno en el

sentido de dirección política. En la clásica tripartición entre función deliberativa, función activa y función consultiva, el Consejo tendría competencia sobre las dos últimas y no en la primera, propiamente política. En palabras del propio Peces-Barba «no se produce ninguna regresión y, desde luego, lejos de la intención del Grupo Socialista al estar en la línea de la Ley Orgánica del Estado.

Esta mezcla de argumentos objetivos y subjetivos —ya sea de forma maliciosamente deliberada o por simple torpeza discursiva— dificulta en gran medida el debate entre ambas posturas.¹⁰¹ Y es que una cosa es propugnar que la función consultiva del Estado debe abarcar a cualquier poder territorial y otra, muy distinta, es que la función consultiva debe extenderse también a las cuestiones no estrictamente técnico-legales sino a consideraciones políticas.

Efectuada la votación, se aprobaron las enmiendas por 18 votos a favor, 14 en contra y dos abstenciones. En ese momento, pues, la redacción del precepto constitucional permite augurar la recuperación por el Consejo de Estado de las funciones políticas del Consejo del Reino.

Después del debate en Comisión, el Pleno discutió la ponencia durante doce sesiones en el mes de julio de 1978, para finalmente aprobar un texto el día 21 de julio. En los debates correspondientes a la sesión plenaria del 13 de julio, se aprueba la enmienda de los grupos socialista, socialista de Cataluña y comunista y se vuelve al texto originario (votos emitidos 266; a favor 135; en contra, 3; abstenciones, 128).

Finalizado el trámite en el Congreso, se inicia la discusión del proyecto de Constitución en el Senado. Se presentaron un total de 1254 escritos de enmienda que serían discutidos en Comisión y Pleno. En Comisión, se discute una enmienda conjunta de los senadores Xirinacs Damians y Martín-Retortillo Baquer, cuya defensa oral realiza el segundo propugnando la supresión de la constitucionalización del Consejo de Estado en los siguientes términos que resultan altamente ilustrativos¹⁰²:

«En el primer texto constitucional, o preconstitucional del país, la Carta de Bayona, se alude con detalle al Consejo de Estado. En efecto, los artículos 52 y siguientes del título VIII de aquel texto regulaban con detenimiento el Consejo de Estado. Hay que decir que estaba entonces fresca la experiencia napoleónica y que el texto reproducía, por tanto, una corriente normal en aquel momento. Pero esto no salió adelante y no prevaleció en los demás textos constitucionales con la amplitud allí alcanzada, porque, por fortuna, los tiempos han cambiado y estamos muy lejos de aquellas circunstancias. Estamos muy lejos también de los viejos Consejos con los que algunos han pretendido enraizar el antiguo Consejo de Estado.

101. Ello concuerda en gran medida con la apreciación de la doctrina. Vid. DE LA QUADRA ut infra nota al pie 106.

102. Diario de Sesiones Senado nº 50 de 6 de septiembre de 1978. Sesión número 12, p. 3953 y ss.

El deliberar es cosa de varios, mientras el administrar es cosa de uno solo; el único gran descubrimiento de la Revolución Francesa en materia administrativa, según Tocqueville, es una regla que se ha impuesto. Hoy no vemos en los Consejos órganos de Gobierno, no vemos más que órganos de asesoramiento y no hay recelo por ahí.

Sin embargo, y con todo, el constitucionalizar de una manera expresa el Consejo de Estado, señalándole este rango y esta precedencia, parece que es algo que excede del cometido de la Constitución.

Quede muy claro nuevamente que no hay ningún recelo personal en relación con el alto Cuerpo consultivo; no sólo no hay ningún recelo personal, sino que como jurista he tenido la posibilidad de apreciar el mérito, la solidez de sus actuaciones y de su jurisprudencia, e incluso no hace mucho ponía de relieve, frente al criterio de la casi general ancianidad de los Magistrados del Tribunal Supremo, la regla importante de que confluyen en el Consejo de Estado las tres generaciones de juristas de manera que se toman en cuenta los criterios de los más experimentados con la experiencia de los más jóvenes.

Pero con todo, creo que cada cosa debe colocarse en su sitio. Hay cosas que es imprescindible que estén en la Constitución y otras pueden quedar en las leyes ordinarias, porque ¿vamos a caer en el viejo defecto del culto a los precedentes? Hoy sigue en vigor la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 25 de noviembre de 1944, ley que fue elaborada en unos momentos muy concretos y muy precisos de la historia española, y allí el artículo 1.º definía al Consejo de Estado diciendo: “El Consejo de Estado es el supremo Cuerpo consultivo en asuntos de Gobierno y de Administración; precede a todos los demás Cuerpos del Estado después del Gobierno”.

Es indudable la influencia notable de muy destacados miembros del Consejo de Estado en la política española de aquellos años. Quizá a ellos se deba también el que se revalidara nuevamente esta definición a la que me acabo de referir, contenida en el artículo 1º de la Ley orgánica, pero que sigue en vigor.

Pero en esa pugna por las precedencias, por afirmar quién está delante —la característica de la vieja Administración española, tan propia de una Administración que debe ser superada—, llegó la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 10 de enero de 1967.

En la Ley de Sucesión, al regularse el Consejo del Reino, se afirmaría de éste que tendría preferencia sobre los Cuerpos consultivos de la nación (artículo 4.º, 1). Y la propia Ley Orgánica, digo, en el título VII referido a la Administración del Estado, incluía un artículo 40, párrafo 4, con la siguiente dicción: “El Consejo de Estado es el supremo Cuerpo consultivo de la Administración y su competencia y funcionamiento se ajustarán a lo que disponga la ley”.

Quiero con insistencia llamar la atención de las señoras y señores Senadores para que observen la casi perfecta identidad entre el texto del artículo 100 de la Constitución que se propone a nuestra consideración y aquel texto del párrafo 4 del artículo 40 de la Ley Orgánica del Estado. Me parece que sería guardar demasiada fidelidad a la última de las Leyes Fundamentales franquistas.

Podría haberse producido una mención; podría haber bastado la referencia que ya hemos visto que se ha producido en un par de preceptos anteriormente. Pero no basta con esto. Se constitucionaliza el precepto y se le caracteriza de supremo órgano consultivo del Gobierno, con lo cual da una rigidez hacia el futuro que va a ser fuente de tensiones, pero al mismo tiempo puede impedir cualquier evolución que sería sana y positiva.

Si se suprimiera el precepto constitucional, tal como auspicio en mi enmienda, seguiría en vigor, sin ninguna duda, lo que dispone el artículo 1º de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. Ahí está dicho. Ese es su lugar, y no hay por qué malbaratar la energía constitucional.»

La enmienda fue rechazada por 14 votos en contra, tres a favor y siete abstenciones.

Pero junto con la enmienda de supresión, la Agrupación Independiente¹⁰³ (Senador Ollero Gómez) y la UCD (Senador Sarasa Miquélez), introdujeron sendas enmiendas (nº 617 y 905 respectivamente), donde se reproduce —ahora en la Cámara Alta— el argumento en favor de efectuar una distinción entre Gobierno y Administración. La enmienda del Senador Sarasa decayó al no estar éste presente en el momento de su uso de la palabra, pero sí en cambio, el Senador Ollero Gómez defiende la necesidad de incluir en el redactado del precepto otras administraciones públicas distintas de la general del Estado (Comunidades y entes locales). Estos son los argumentos¹⁰⁴:

«La definición del texto es incongruente, regresiva e inconveniente.

a) Es una definición incongruente con las funciones del Consejo de Estado. El Consejo asesora no sólo al Gobierno, sino a las Corporaciones Locales para la revisión de oficio de sus actos. Así, en materia de urbanismo, la vigente Ley Especial de Madrid. Por otra parte, la propia Constitución atribuye al Consejo de Estado una función de intervención en el control sobre las Comunidades Autónomas (artículo 147 b). En consecuencia, desde un punto de vista técnico, la función consultiva del Consejo de Estado excede el asesoramiento del solo Gobierno.

b) Es una definición regresiva hacia fórmulas autoritarias. En efecto, en los orígenes modernos de esta institución, se concibe el Consejo de Estado como un instrumento «staff», al servicio del Gobierno (Constitución francesa, año VIII) y se le define en términos semejantes a los que emplea la fórmula criticada. Proclama constitucional de Luis Napoleón Bonaparte de enero de 1852, ya Emperador, dicho sea por sí puede servir de aval a la fórmula del Congreso. Tal es también el sentido

103. El grupo parlamentario Agrupación Independiente en el Senado fue la denominación que adoptó durante la legislatura constituyente el conjunto de trece senadores de designación real. Sus miembros eran Justino de Azcárate (portavoz del grupo), Gloria Begué Cantón, Jaime Carvajal y Urquijo, Camilo José Cela, Enrique Fuentes Quintana, Domingo García-Sabell, Antonio González y González, Julián Marías, Carlos Ollero Gómez, José Ortega Spottorno, Martín de Riquer i Morera (que abandonó el grupo en agosto de 1978 para pasar al grupo Entesa dels Catalans), José Luis Sampedro y Víctor de la Serna.

104. DS Senado nº 50 de 6 de septiembre de 1978. Sesión número 12, p. 3954 y ss.

que tiene el Consejo de Estado en el Estatuto de Bayona de 1808 y el Consejo Real bajo el Estatuto de 1834, esto es, en las formas más autoritarias de nuestro constitucionalismo histórico.

En el mismo sentido cabe señalar que la Ley Orgánica del Estado de 1967 (artículo 40, IV) también abandona la definición tradicional del Consejo configurándolo como «supremo Cuerpo consultivo de la Administración», fórmula muy próxima a la que aquí criticamos. Ello responde tanto a la estirpe autoritaria de la Ley Orgánica del Estado como a la existencia de otro Cuerpo consultivo superior, el Consejo del Reino, inexistente según la nueva Constitución.

c) Es una definición inconveniente que, de ser adoptada en el texto definitivo de la Constitución, implicaría la inmediata derogación de cuantas competencias del Consejo exceden al mismo Gobierno. Supondría que en las materias urbanísticas más atrás señaladas se privaba del control que la intervención del Consejo supone a las Corporaciones Locales, y que sería inaplicable, incluso con carácter transitorio, la Ley de Conflictos de 1948. En consecuencia, en tanto no se organizase el Tribunal Constitucional y se elaborase la nueva Ley de Conflictos, éstos no podrían ser resueltos por nadie, al tener efectos inmediatos la derogación de cualquier competencia del Consejo de Estado que excediera al plano consultivo del propio Gobierno.

Existe un segundo aspecto de la cuestión, el de las ventajas de la definición tradicional del Consejo de Estado como «supremo órgano consultivo en materias de gobierno y administración». Esa definición:

a) Es coherente con las competencias del Consejo que exceden al solo Gobierno para incidir en el plano del Estado todo, según se expuso más atrás. Curiosamente, así lo entendió el propio Partido Socialista Obrero Español al defender la redacción aquí combatida, puesto que atribuye al término «Gobierno» que aparece en el artículo 100 del texto constitucional un sentido muy amplio. «... comprende al Poder ejecutivo y a la Administración». Pero si se admite que la función consultiva del Consejo de Estado excede al Gobierno en sentido de órgano gubernamental para que comprenda cuanto se refiere a «gobierno y administración», ¿por qué no decirlo claramente? Lo contrario plantearía problemas de interpretación, porque «Gobierno» tiene en la Constitución un sentido muy preciso.

b) La definición tradicional, quebrada por la Ley Orgánica del Estado y cuya rehabilitación ahora se postula, responde a una tradición liberalizadora y democratizadora. En efecto, frente a la concepción del Consejo como instrumento «staff», propia del autoritarismo, se decanta durante nuestro siglo XIX una concepción más progresiva que hace de la función consultiva un sistema de control.

Así, la Ley de 6 de julio de 1845 se limita a configurar el Consejo Real como «Cuerpo supremo consultivo»; la Ley de 17 de agosto de 1860, aun manteniendo la condición de órgano consultivo del Gobierno, establece ya como ámbito de competencia «los asuntos de gobierno y administración». Este criterio se amplía en la Ley de 5 de abril de 1904, y la evolución democratizadora culmina en la Constitución de 1931 (artículo 93), según el cual no se trata ya de un órgano consultivo del Gobierno, sino de un «cuerpo consultivo supremo de la República», esto es, del Estado, «en asuntos de gobierno y administración». La misma evolución se repite

comparando la Ley de 10 de febrero de 1940 con la de 25 de noviembre de 1944. La fórmula que se propone se encuentra, por tanto, al final de una larga evolución favorable al control interno del poder. Sustituirla en la forma recogida en el proyecto es regresar al comienzo de esta evolución liberalizadora.

c) Esta concepción del Consejo de Estado como órgano de control —y estoy próximo a terminar— es la común en el Derecho comparado. Allí donde existen Consejos de Estado de tipo francés (Francia, claro está, Bélgica, Holanda, Italia) se trata de un órgano que no se limita a asesorar al Gobierno, sino que, como ocurre ahora en España y prevé la futura Constitución, aun sin competencias contencioso-administrativas, se articula como forma de control del propio Gobierno y de otros niveles administrativos. Así, la actual Constitución italiana lo define como «un organismo de asesoramiento jurídico-administrativo y de tutela de la justicia en la Administración» (artículo 100, justamente el mismo número que en la nuestra). La deseable homologación de nuestro Consejo de Estado en los casos citados también aconseja, pues, restablecer su tradicional definición, versión española de la forma de control difundida hoy por Europa.»

Después de intentar fallidamente una fórmula transaccional que incluyera en el precepto la mención «del Gobierno y otros poderes públicos», las enmiendas se votaron y fueron rechazadas. El texto del Dictamen de la Comisión del Senado¹⁰⁵ dejaría intacto el precepto que pasaría así a su discusión en las sesiones plenarias que se desarrollaron entre el 25 de septiembre y el 5 de octubre.

Así llegó el dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado de 28 de octubre de 1978 que, con el añadido del rango orgánico de la Ley, pasaría a aprobarse (118 votos a favor, uno en contra y una abstención) finalmente con la vigente dicción literal el art. 107 CE:

«El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia»

Del conjunto del proceso de elaboración del texto constitucional pueden desprenderse algunas conclusiones:

Primera. El texto constitucional permaneció invariado desde la redacción del anteproyecto hasta el redactado finalmente aprobado. La ponencia constitucional aprobó por unanimidad la inclusión del Consejo de Estado en un inicial art. 106 que pasará al texto final renumerado en art. 107, con la única diferencia del rango de la llamada a la ley para su regulación (de ley a ley orgánica). Ello permite concluir que los constituyentes prestaron poca atención al Consejo de Estado, seguramente acuciados por otras cuestiones de mayor calado constitucional.

Segunda. Si bien es cierto que el Consejo de Estado aparece desde el momento inicial recogido en el texto del anteproyecto, también es cierto es que en algunas fases se discute su supresión. Ello se sostiene principalmente por el diputado Raúl Morodo (Grupo Mixto) en el Congreso y por los senadores Mar-

105. BOCG nº 157 de 6 de octubre de 1978.

tín-Retortillo y Xiniracs en el Senado. Sin embargo, los debates no permiten concluir que ésta fuera la cuestión central ni que la inclusión del Consejo de Estado como institución constitucional despertara una frontal oposición. Si algo, los debates sugieren una cierta falta de conexión entre las posturas debatidas.¹⁰⁶ Mientras que unos discuten la terminología (Consejo asesor del Gobierno o Consejo asesor de la Administración), otros propugnan la supresión.

Tercera. Aunque solamente como tendencia, se puede apuntar que las fuerzas políticas más progresistas propugnaron la supresión del Consejo de Estado mientras que las conservadoras avalaron su constitucionalización e incluso la extensión de sus competencias (de órgano meramente administrativo-consultivo a verdadera institución de control de la oportunidad política).

Cuarta. La poca claridad del precepto respecto a las competencias del Consejo de Estado con respecto de la tramitación de los asuntos administrativos provoca que ello se difiera con posterioridad a la redacción de la Ley Orgánica 3/1980. Es decir, las enmiendas que en realidad fueron derrotadas —ya que ni siquiera se defendieron las enmiendas de la UCD en la Comisión del Congreso y del Senado— y que propugnaban la inclusión en el precepto constitucional de los asuntos gubernamentales además de los administrativos, se impusieron después vía la legislación orgánica.¹⁰⁷ Con ello, puede relativizarse la importancia del debate constituyente mismo.

Como conclusión, «el proceso constituyente no cuestionó frontalmente la concepción tradicional del Consejo de Estado. Antes al contrario, «la Constitución ... no crea un nuevo Consejo de Estado, sino que protege su continuidad, su rango y sus funciones con la especial garantía jurídica que supone la consagración constitucional y la reserva de ley orgánica. De esta manera, y según la interpretación que se hizo durante los debates, el constituyente acogió la atribución al mismo de la función consultiva que históricamente caracterizaba al Consejo. Por más que —seguramente en contraposición al antecedente de la Ley Orgánica del Estado— se reforzase su vinculación al Gobierno, en detrimento (al menos aparente) de su orientación estrictamente administrativa. Y, en coherencia con esa caracterización, y sin prejuzgar contenidos cuyo desarrollo se remite a

106. Para DE LA QUADRA-SALCEDO, ofrece «la impresión de una cierta inconexión entre las partes intervinientes para transmitir sus respectivas posiciones. El debate no llega a ser tal porque no se traban los argumentos de unos y otros; parece que hay referencias mutuas, en ocasiones incluso contestaciones y réplicas, pero no da la impresión de que el debate quede trabado con la oposición de posturas contrarias o contradictorias» DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. «El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de Derecho» en AAVV. *Gobierno y Administración en la Constitución*. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1988, p. 229.

107. Para García-Trevijano, se pone de manifiesto «una disociación entre la dicción literal del artículo 107 de la Constitución y la función real del Consejo de Estado». GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. «Posición institucional del Consejo de Estado. (Comentario al Fundamento Jurídico núm. 37 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo)» *Revista de Administración Pública* n.º 122, 1990, p. 323

la Ley Orgánica, se rechaza el carácter vinculante de su única intervención constitucionalmente preceptiva».¹⁰⁸

GARRIDO FALLA efectúa una valoración crítica de la calidad técnica del precepto ya que al hablar del Gobierno se desconoce que no solo este órgano constitucional (Presidente, más vicepresidentes, más Ministros) puede recabar la consulta. Hay gran cantidad de asuntos que se solicitan directamente a nivel ministerial. Además, la noción de Gobierno es también técnicamente imprecisa en cuanto se confieren competencias sobre sujetos que no integran el gobierno de la Administración general del Estado (Corporaciones locales y Comunidades Autónomas). «Desde el punto de vista material, la definición resulta igualmente criticable. Las materias que se someten a consulta del Consejo de Estado son fundamentalmente administrativas (y frecuentemente, jurídico-administrativas), por lo que hay que dar la razón al profesor Ollero Gómez cuando afirmó en el Senado que la definición que se proponía era «incongruente, regresiva e inconveniente» (...).».¹⁰⁹

Más allá de la cuestión de técnica normativa, lo cierto es que el debate del proyecto constituyente esconde la tensión entre dos modelos distintos de función consultiva: uno más limitado y auxiliar (defendido por las posiciones políticas progresistas) y otro más invasivo y controlador (defendido por las fuerzas conservadoras).

3. NATURALEZA DE LA INSTITUCIÓN

De los trabajos parlamentarios resultantes de la elaboración de la vigente Constitución española de 1978, resulta claro que el Consejo de Estado queda despojado de una función política, siendo, en cambio un órgano administrativo auxiliar. Ello explicaría la contingencia de su regulación constitucional.

Paradójicamente, pese a constitucionalizarse la función consultiva, ello no comporta una «elevación» del Consejo más allá de su función auxiliar y vicaria¹¹⁰ en la vigente arquitectura constitucional española. La posición del máximo órgano de consulta ha perdido la relevancia política que tenía décadas atrás. Como pone de relieve BELDA, «el Consejo se ha circunscrito desde principios del siglo XX a tareas consultivas, y con ello ha decaído su perfil de influencia práctica en las decisiones políticas, con lo que el Constituyente no ha terminado de plantearse una vinculación de perfiles jurídicos entre esta institución y otras constitucionales, a efectos de recabar del mismo una presencia destacada. (...) Incluso puede parecer un órgano prescindible comparado con la esencialidad que mues-

108. SANCHEZ NAVARRO, A.J. *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional*. Ed. Reus, Madrid, 2007, p. 115.

109. GARRIDO FALLA, A. «Artículo 107» en *Comentarios a la Constitución*. Madrid, Civitas, 2001, 3ª ed, p. 1656.

110. Utiliza el adjetivo RUIZ MIGUEL. C. *Consejo de Estado y Consejos consultivos autonómicos*. Dykinson, Madrid, 1995.

tran otros, como el propio Gobierno o el Tribunal Constitucional. Pero el caso es que tiene una posición lógica y unos cometidos necesarios e identificables.»¹¹¹

VERA SANTOS —recogiendo la tradicional distinción alemana entre *Hauptorganen* y *Nebenorganen*— introduce la interesante división entre «órganos constitucionales» y «órganos de relevancia constitucional». Para este autor, los primeros «son establecidos y configurados directamente por la Constitución, con lo que quiere decirse que ésta no se limita a su simple mención ni a la mera enumeración de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o instituciones «constitucionalmente relevantes», sino que determina su composición, los órganos y métodos de designación de sus miembros, su status institucional, su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, reciben *ipso iure* de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órganos» Además, el órgano en cuestión debe resultar, institucional y funcionalmente, fundamental, esencial, para el entendimiento de una concreta y determinada estructura constitucional de un Estado. El siguiente hito a alcanzar por cualquier órgano constitucional consiste en su participación en la dirección política del Estado, «en la formación de la voluntad estatal» en la «dirección del poder supremo del Estado», en el «*indirizzo político generale*», etc. (...).»¹¹²

En cambio, los órganos de relevancia constitucional, por contraposición a los anteriores, «a) no disfrutan de una configuración inmediata en la Constitución, ya que su «configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario». b) no se predica de ellos (y tampoco, pues, del Consejo de Estado) que su presencia sea fundamental para la estructura constitucional; c) los órganos de relevancia constitucional no participan en la dirección política del Estado; d) no ostentan relación de paridad en su rango respecto a otros órganos con los que se relacionan, ni mantienen relaciones de coordinación entre ellos. Razones variadas, argumentos doctrinales múltiples que definen a un órgano como «constitucional» o como «de relevancia constitucional». Y es evidente que el órgano recogido en el artículo 107 de la Constitución, ni se encuentra configurado radicalmente en el texto constitucional, ni su actividad es fundamental en la dirección política de la gobernanza; tampoco, por ejemplo, su presencia o ausencia determinan la estructura democrático-institucional... A ello debo añadir que la actividad del Consejo de Estado es de un carácter más técnico que político.»¹¹³

El propio Tribunal constitucional, intérprete máximo de la Constitución ha tenido la oportunidad de abordar la naturaleza del Consejo de Estado en su STC 56/1990, de 29 de marzo.¹¹⁴ El Tribunal examina la posición constitucional del

111. BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. «Constitución de 1812 y función consultiva: evolución del Consejo de Estado en España» *Revista Española de la función consultiva* n° 13, 2010, p. 169

112. VERA SANTOS, J.M. «Cuarenta años del Consejo de Estado, o de cómo seguir siendo órgano consultivo y no morir en el intento» *UNED. Revista de Derecho Político*. n° 101, 2018, p. 318-319.

113. VERA SANTOS, J.M. «Cuarenta años del Consejo de Estado, o de cómo seguir siendo órgano consultivo y no morir en el intento» *UNED. Revista de Derecho Político*. n° 101, 2018, p. 320.

114. Aunque se utiliza normalmente como fuente de doctrina constitucional, lo cierto es que el pronunciamiento relativo al Consejo de Estado ocupa solamente un fundamento jurídico (el 37º) de

Consejo de Estado a propósito de la composición de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del TS.¹¹⁵

La STC se refiere al Consejo de Estado en los siguientes términos: «el Consejo de Estado no forma parte de la Administración activa. Es, por el contrario, conforme al art. 107 C.E. y al art. 1.1. de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril (L.O.C.E.), un órgano consultivo que actúa, en todo caso, con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia (art. 1.2 L.O.C.E.). El Consejo de Estado, pese a la dicción literal del art. 107 de la C.E., que se refiere a él como supremo órgano consultivo del Gobierno, tiene en realidad el carácter de **órgano del Estado con relevancia constitucional** al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece. Así resulta de su composición [arts. 7 y 9 h) L.O.C.E.] y de sus funciones consultivas que se extienden también a las Comunidades Autónomas, según prevén explícitamente en el diseño competencial a que se remite la Norma fundamental, realizado por los arts. 20 a 23 de la L.O.C.E. Por otra parte, tanto la jurisdicción que corresponde a los Tribunales de Justicia como la competencia propia de la Administración son irrenunciables (arts. 9 LOPJ y 4 L.P.A.), no existiendo sobre ellas facultad alguna de disposición o de transacción. La decisión del conflicto por sentencia (arts. 17 y 19 L.C.J.) ha de declarar a quién corresponde la jurisdicción controvertida de acuerdo con el diseño constitucional y legal de las correspondientes funciones judiciales y administrativas.» (FJ 37)

La sentencia desestima el recurso al argumentar que no puede considerarse que los consejeros permanentes que integran la Sala lo sean como representantes de la Administración central. Para salvar la constitucionalidad del precepto, el TC utiliza dos tipos de argumentos: a) orgánico: el Consejo de Estado no forma parte de la Administración activa y; b) territorial: el Consejo de Estado no lo es del gobierno central sino del Estado en su conjunto, entendido como los varios niveles de división vertical del poder. De todos modos, parece evidente que la naturaleza constitucional del Consejo de Estado no es la cuestión principal que se dilucida en el proceso constitucional. El FJ 37 constituye prácticamente un *obiter dicta* en nuestra materia que intenta eliminar los recelos que las Comunidades impugnantes tenían de ver sometidos sus actos al control de una institución tan vinculada a la Administración General del Estado.

Por su parte, RODRIGUEZ-ZAPATA recoge la construcción de la dogmática italiana que distingue entre órganos constitucionales y órganos derivados. «(...) Se considera que un órgano es constitucional cuando concurren en él ciertas características. En primer lugar, el órgano debe ser un elemento necesario de ordena-

una larga y compleja sentencia que resuelve varios recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Parlamento de Cataluña el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Junta de Galicia y el Gobierno Vasco respectivamente contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial. Vid. el comentario de la sentencia en GARCÍA-Trevijano GARNICA, E. «Posición institucional del Consejo de Estado. (Comentario al Fundamento Jurídico núm. 37 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo)» *Revista de Administración Pública* nº 122, 1990.

115. Según el art. 38 LOPJ, componen la Sala, el presidente TS más dos magistrados de la Sala III más tres consejeros permanentes de Estado.

miento jurídico supremo, en el sentido de que su falta produzca la paralización inmediata de la actividad del Estado o, al menos, su transformación en una actividad constitucionalmente patológica, pervertida o anormal con relación a la estructura constitucional. Piénsese en la supresión del cuerpo electoral en nuestro sistema constitucional, y se tendrá un ejemplo evidente de la necesidad de un órgano. En segundo lugar, el órgano constitucional ha de ser indefectible, en el sentido de que no pueda producirse una sustitución del mismo (que no sea temporal y excepcional) por parte de otro órgano constitucional sin un cambio sustancial de la forma de gobierno o de la forma política del Estado. Piénsese en las Cortes Generales. En tercer lugar, se ha señalado que el órgano constitucional debe tener una estructura delimitada clara y enteramente en el propio texto Constitucional, es decir que el mismo se debe encuadrar nítidamente en la separación coordinada de los poderes del Estado y el el sistema de equilibrio entre tales poderes establecidos por la Constitución. Así, el Tribunal Constitucional en nuestra Constitución, claramente delimitado en el título IX, pese a que el Artículo 165 remita a una Ley orgánica para su completo desarrollo. Por último, se afirma que el órgano constitucional se debe encontrar en una situación de paridad respecto de los demás órganos constitucionales.¹¹⁶

De nuestro análisis se desprende que el Consejo de Estado encajaría en un órgano constitucional derivado. No es necesario; su función es sustituible y el texto constitucional no efectúa ninguna regulación clara y delimitada. Por todo ello se debería concluir que pese a su constitucionalización (débil), el Consejo de Estado no es más que un órgano auxiliar que suministra criterio técnico a la Administración activa que es quien retiene, en última instancia la potestad decisoria. Parece a todas luces excesivo defender que la Constitución española de 1978 constitucionaliza la función consultiva.

Desde otra perspectiva, para el profesor PARADA, el Consejo tiene una naturaleza de órgano de control: «(la) separación orgánica —en el sentido de que no lo preside el Presidente del Gobierno, pues tiene uno propio, ni forman parte de él los Ministros, como ocurre en Francia y en la versión española tradicional—, más el carácter preceptivo o, en algunos casos, vinculante de sus dictámenes, permiten cuestionar sobre su naturaleza, es decir, plantear la cuestión de si el Consejo de Estado es un órgano consultivo o si se trata más bien de un órgano de control.

La calificación como órgano de control parece la más adecuada, en términos generales, con esos datos de la independencia funcional y de la intervención preceptiva, que parecen establecidos en función de asegurar o preservar determinadas aplicaciones del Ordenamiento jurídico de una intervención e interpretación exclusiva del Gobierno o de la Administración, por muy bien que pudiera estar asesorada por otros órganos. En otras palabras, la intervención del Consejo de Estado no parece» impuesta tanto por la necesidad misma del asesoramiento técnico que sus dictámenes puedan comportar, sino con una finalidad

116. RODRIGUEZ-ZAPATA, J. «Estudio preliminar» en *Ley Orgánica del Consejo de Estado*. Instituto Nacional de Prospectiva y Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980, p. 40

cuasifiscalizadora, orientada a que el Gobierno y la Administración sigan en esas materias el parecer del Consejo de Estado, so pena y sanción de que sus actuaciones, o bien no sean válidas, si se omite la petición de informe, o sufran una cierta desautorización material —no formal, porque la decisión contraria a las consultas es válida— si el Gobierno o la respectiva Administración deciden en contra de la opinión de aquél. Además, cuando el informe del Consejo de Estado no sólo es preceptivo, sino también vinculante, es obvio que se convierte en copartícipe de la competencia, ya que no cabe más decisión válida que la que es conforme con su opinión.»¹¹⁷

Esta concepción, pese a su atractivo, ofrece a nuestro entender un rango institucional exorbitante a la función consultiva. Si se acude al sentido del propio término «control», el Diccionario de la Real Academia, admite dos acepciones: la primera es la relativa a la intervención, comprobación y fiscalización. La segunda, a la capacidad de dominio, mando y preponderancia. Solo en la primera de las acepciones podría hablarse de la función consultiva como función de control.

Llegados a este punto, el lector puede preguntarse, por la idea misma de la constitucionalización de la función consultiva. Si resulta que las funciones que se atribuyen al órgano son de asesoramiento y vigilancia de la legalidad y no pueden interferir con otros tipos de legitimidades constitucionales (la democrática del Parlamento o la judicial de la jurisdicción contencioso-administrativa), ¿Qué misión tiene el Consejo de Estado en la Constitución española de 1978?

4. RELACIÓN DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA CON OTROS PODERES CONSTITUCIONALES O LA INSERCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La función consultiva, es decir, la actividad consistente en suministrar un criterio técnico-jurídico para fundamentar el mejor ejercicio de la acción de gobierno, tiene, sin duda, un componente de refuerzo del Estado de Derecho diseñado en nuestra Constitución. Sin embargo, esta función de asesoramiento —o hasta si se quiere de control previo— debe encajar con el conjunto de la arquitectura institucional existente. En otras palabras, el asesoramiento parece que no puede menoscabar la dirección política de la acción pública que corresponde al Gobierno. Tampoco suponer una traba a la aprobación de leyes, máxima expresión de la soberanía popular, ni sustituir el control judicial —ex post— mediante el ejercicio de acciones de las que corresponde conocer a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por ello, la relevancia de la función no puede elevar el criterio de la legitimidad técnico-jurídica por encima de otras legitimidades constitucionales —in-

117. PARADA VAZQUEZ, J.R. «El Consejo de Estado» *Documentación Administrativa* n° 226, 1991, p. 121.

cluso más fuertes. Resulta por lo menos arriesgado el razonamiento relativo al refuerzo de la legitimidad de los poderes constitucionales pues, en última instancia puede erosionar su misma fundamentación.¹¹⁸

El artículo segundo de la LO 3/1980 efectúa una descripción general del cometido del Consejo de Estado: velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Ello se concentrará en un amplio haz competencial que pasamos a examinar.

4.1. Poder legislativo. Principio democrático-electivo

Establecen los arts. 21 y 22 LOCE que corresponde al Consejo ejercer la función consultiva en materias que tienen relación propiamente con el poder legislativo. En concreto: corresponde al Pleno evacuar dictamen en la consulta en los siguientes asuntos:

- 1. Anteproyectos de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado.*
- 2. Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo.*
- 3. Proyectos de Decretos legislativos.*
- 7. Anteproyectos de Ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado.*

Y la Comisión permanente deberá ser consultada en los siguientes:

118. Así lo hace GRANADO HIJELMO, Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja entre 1996 y 2001 cuando considera que: «los altos Organismos Consultivos representan una instancia imprescindible de legitimación de ejercicio para el poder. En efecto, conviene insistir en que los poderes públicos en una democracia resultan investidos de la necesaria legitimación de origen, que los enlaza con la voluntad soberana del pueblo, manifestada en elecciones libres y plurales de las que emanan, directamente, los parlamentos representativos e, indirectamente, a través del mecanismo de la confianza parlamentaria, los respectivos Gobiernos. Pero, tanto las decisiones del Ejecutivo como las del Legislativo, legítimos en su origen, deben reforzarse, en su ejercicio diario, en cada acto administrativo o normativo, con la fuerza de la razón (*imperio rationis*), especialmente de la racionalidad dimanante del propio imperio de la Constitución y del resto del Ordenamiento Jurídico, pues, de lo contrario, no podrán esgrimir en su apoyo otro fundamento que la razón de la fuerza (*ratio imperii*). Con sus autorizados dictámenes contribuyen, por de pronto, nada menos que a la cotidiana legitimación de ejercicio del poder público, asegurando con su auctoritas la constitucionalidad, estatutارية, legalidad y racionalidad de sus medidas de potestas, lo que significa garantizar en los ordenamientos autonómicos la primacía de la Constitución, de los Estatutos de Autonomía, de la Ley, del Derecho y, en suma, de la razón, única fuente de legitimidad» GRANADO HIJELMO, I. «La función de los Consejos Consultivos» Revista Jurídica de Navarra nº 28, 1999. Disponible en http://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?codigoAcceso=PdfRevistaJuridica&fichero=RJ_28_I_2.pdf

(1) Tratados o convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado.

(4) Anteproyectos de Ley Orgánica de transferencias o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas

Destaca en primer lugar que no todas las leyes se someten al dictamen preceptivo del Consejo de Estado sino solamente algunas de ellas en tanto tengan relación con la ejecución de obligaciones internacionales.¹¹⁹ Sí, en cambio, existe un dictamen genérico que versa sobre el respeto de todas las normas al orden constitucional de distribución de competencias o una genérica función de velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. En este sentido, el papel del Consejo de Estado es doble: de una parte dictamina de manera anterior a la aprobación de la norma; de otra, emite también opinión con carácter previo a la interposición de recurso de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, la emisión del dictamen nunca podrá efectuar consideraciones de oportunidad o conveniencia.

Para Ollero, «particularmente relevantes serán los posibles pronunciamientos del Consejo de Estado sobre la constitucionalidad de las diversas previsiones de un anteproyecto. Si el Consejo llega a plantear dudas al respecto, y el Gobierno no las modifica en el definitivo proyecto, podría debilitar notablemente sus expectativas de éxito en el futuro trámite parlamentario. Será pues frecuente que el Gobierno utilice, en defensa de su *potestas*, como argumentos de particular peso los que pueda brindarle la *auctoritas* del Consejo de Estado.

Los dictámenes tienen carácter público y acabarán formando parte de los «Antecedentes» que, según la normativa legal, han de acompañar al proyecto al ser enviado por el Gobierno a la Cámara. No tendrá en consecuencia nada de extraño que sus posibles perfiles críticos acaben traducidos por los Grupos parlamentarios de la oposición en enmiendas. El resultado final será que, bien por parte de los grupos parlamentarios que apoyan al Gobierno, para avalar las previsiones del proyecto, o bien por parte de la oposición, para someterlo a crítica, las alusiones al Consejo de Estado acaben siendo numerosas, cuando llega el momento de someter el proyecto a debate en las Cámaras. Lo mismo puede ocurrir con ocasión de otras consultas planteadas al Consejo que cobren

119. Cfr. Dictamen 2415/2004 de 30 de septiembre de 2004 emitido con ocasión de la consulta sobre el Proyecto de Ley por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. El Dictamen afirma que: «hay que partir de la premisa de que —en la materia de que se trata— sólo es preceptivo por Ley consultar al Consejo de Estado en Pleno los anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del Derecho comunitario europeo, en virtud de los preceptos antes citados de la L.O.C.E y de la Ley 8/1994, de 19 de mayo. A contrario se deduce que cuando una iniciativa del Gobierno ha sido aprobada como proyecto de ley y remitida al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado —esto es, ha adquirido «estado parlamentario»— no existe ya obligación legal de solicitar dictamen.»

relevancia política parlamentaria, aunque sea al margen de proyectos legislativos».¹²⁰

Por ello, el Dictamen debe ser extremadamente deferente con las opciones del anteproyecto y no efectuar valoraciones de oportunidad que no le corresponden. Entonces, la cuestión queda reducida a una mera apreciación de técnica legislativa.

Igualmente, para la función consultiva de la legislación delegada (textos refundidos), «El Consejo de Estado, en Pleno, verifica en los anteproyectos de textos articulados si desarrollan —en los límites de la delegación— las bases de la ley delegante, pues a las leyes de bases corresponde delimitar con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio y al Gobierno —apoderado por el legislador— articular, partiendo del objeto y alcance de la delegación, y verificar el ajuste del anteproyecto consultado a los principios y criterios establecidos en las bases. Cuando se trate de anteproyectos de textos refundidos, el Consejo de Estado extiende su función a verificar si en el ejercicio de la delegación el anteproyecto objeto de la consulta respeta el ámbito normativo al que se refiere el contenido de la delegación y si ésta comprende la regularización, aclaración y armonización de los textos legales que han de ser refundidos; la función consultiva es más intensa y compleja, debiendo el Consejo de Estado emitir su juicio de fondo sobre la interpretación de las reglas refundidas y los contenidos refundidos. Respecto de esta refundición realiza el Consejo de Estado una valoración que se extiende también a los aspectos de técnica y sistemática del texto consultado.»¹²¹

RUBIO LLORENTE, quien fuera Presidente del Consejo de Estado (2004-2012) publicó un interesante estudio sobre el papel del Consejo en el control de la calidad técnica de las normas. El Consejo recoge en cierta medida la doctrina constitucional sobre los límites materiales a las leyes de presupuestos, claramente expresados y recopilados en la STC 152/2014, de 25 de septiembre. En esa sentencia y partiendo de las SSTC 9/2013, de 28 de enero, FFJJ 3 y 4; 86/2013, de 11 de abril, FFJJ 4 y 5; 206/2013, de 5 de diciembre, FJ 2 b); y 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 5, se reitera que el contenido de estas leyes puede ser de dos tipos: «Por un lado y de forma principal, el contenido propio o «núcleo esencial» del presupuesto, integrado por la previsión de ingresos y la habilitación de gastos para un ejercicio económico, así como por las normas que directamente desarrollan y aclaran los estados cifrados, esto es, las partidas presupuestarias propiamente dichas. Este contenido es esencial, porque conforma la identidad misma del presupuesto, por lo que no es disponible para el legislador. Adicionalmente, las leyes de presupuestos pueden albergar otras disposiciones. Lo que hemos denominado “contenido eventual”, o no necesario, está integrado por

120. OLLERO, Andrés. «El Consejo de Estado desde la perspectiva parlamentaria» *Revista de las Cortes Generales* n° 66, 2005 p. 3

121. AROZAMENA SIERRA, J. «La caracterización constitucional del Consejo de Estado» *Documentación Administrativa* n° 244-245, 1996, p. 151

todas aquellas normas incluidas en la Ley de presupuestos que, sin constituir directamente una previsión de ingresos o habilitación de gastos, guardan “una relación directa con los ingresos o gastos del Estado, responden a los criterios de política económica del Gobierno o, en fin, se dirigen a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto». (STC 152/2014. FJ 4º).¹²²

Estos dos ejemplos —legislación delegada y límites materiales de las leyes de presupuestos— ilustran el potencial desbordante de la intervención consultiva en el proceso legislativo.

La intervención del Consejo de Estado en el dictamen sobre anteproyectos legislativos debería pues, en línea de principio, limitarse a cuestiones técnicas como la precisión de la terminología o la corrección gramatical de los enunciados normativos.¹²³ Por ende, la omisión del trámite de consulta incluso cuando ésta sea preceptiva, no determina la invalidez de la ley.¹²⁴

La función del Consejo en este sentido sería equiparable a la que se realiza por otros órganos (por ejemplo Consejo General del Poder Judicial ex artículo 599.1.12ª LOPJ) o a informes sectoriales (impacto de género o informe de impacto económico).

4.2. Poder ejecutivo. La dirección política del gobierno ¿Control de oportunidad y conveniencia?

La intervención del Consejo de Estado en asuntos administrativos se reserva (excepto en el caso del apartado 10 del art. 21 (*Transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento o arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos*) a la Comisión Permanente. Ello permite configurar de manera distinta los cometidos del Pleno y de la Comisión permanente, asignándose a ésta las cuestiones administrativas (no legislativas ni internacionales). El Pleno —menos tecnificado— participaría

122. Igualmente luminosas son las reflexiones del profesor RUBIO LLORENTE en relación a la práctica de incluir en una ley ordinaria preceptos a los que la Ley les atribuye el carácter ley orgánica o la redacción de normas autonómicas que simplemente reproducen leyes estatales. Cfr. RUBIO LLORENTE. F. «El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas» *Revista Española de la Función Consultiva* nº 6, 2006, pp. 34 y ss.

123. Hay que notar igualmente como los dictámenes emitidos sobre leyes o normas con rango de ley son relativamente pocos comparados con la mayor carga de trabajo de los actos administrativos: 1,3 % en 2016 (11 frente a 836); 3,5 % en 2015 (34 frente a 963).

124. «El mismo Consejo de Estado ha reconocido que la falta de su dictamen en los reducidos supuestos en que los anteproyectos de Ley lo requieren preceptivamente no afecta de ninguna forma a la validez de la Ley que finalmente aprueben las Cortes: «La omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de una norma emanada de la potestad legislativa no tiene efecto invalidante», ya que «la suprema calidad representativa de las Cortes Generales tiene la virtualidad de convalidar cualquier defecto de tramitación que no revista caracteres de inconstitucionalidad (Dictamen 44399, de 8 de julio de 1982). REBOLLO PUIG, M. «El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado» *Documentación Administrativa* nº 244-245, 1996, p. 207

de su función consultiva en relación a las normas legales, mientras que la Comisión lo haría en las reglamentarias y en las resoluciones administrativas.

En un primer término, puede distinguirse la actividad administrativa según sea esta normativa o estrictamente aplicativa, evocando así la clásica distinción entre actos administrativos y disposiciones administrativas de carácter general.

Si se acude a la dicción literal del art 22 LOCE, resulta que pueden clasificarse dos tipos de dictámenes:

a) Sobre normas:

- *Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones. (apartado 3)*
- *Impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo a la interposición del recurso. (apartado 6)*

b) Sobre actos administrativos:

- *Recursos administrativos de súplica o alzada que deban conocer en virtud de disposición expresa de una Ley el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno o la Presidencia del Gobierno. (apartado 8)*
- *Recursos administrativos de revisión. (apartado 9)*
- *Revisión de oficio de disposiciones administrativas y de actos administrativos, en los supuestos previstos por las leyes. (apartado 10)*
- *Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la legislación de contratos del Estado. (apartado 11)*
- *Nulidad, interpretación, modificación y extinción de concesiones administrativas, cualquiera que sea su objeto, cuando se formule oposición por parte del concesionario y, en todo caso, cuando así lo dispongan las normas aplicables. (apartado 12)*
- *Reclamaciones que, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, se formulen a la Administración General del Estado en los supuestos establecidos por las leyes. (apartado 13)*
- *Concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito. (apartado 14)*
- *Concesión y rehabilitación de honores y privilegios cuando así se establezca por disposición legal. (apartado 15)¹²⁵*
- *Concesión de monopolios y servicios públicos monopolizados (apartado 17)*

En cuanto a los primeros (disposiciones normativas) se trata de ámbitos administrativos de actuación gubernamental no «objetivados» o procedimentalizados y de estricta dirección política. Así lo explica SANCHEZ NAVARRO: «la función

125. «Esta competencia que se mantiene en la actualidad todavía más injustificadamente, es difícil de explicar dado el carácter progresivamente jurídico de las funciones de la Comisión Permanente; es quizá el producto de un irreflexivo arrastre histórico» GARCÍA ALVAREZ, G. La función Constitucional del Consejo de Estado. CEDECS, Barcelona, 1996, p. 102

legitimadora que desarrollan los Altos Órganos Consultivos, «tiene especial trascendencia cuando lo consultado... son proyectos de disposiciones generales, ya que éstas, al estar llamadas a incardinarse en el ordenamiento jurídico, serán susceptibles de reiteradas aplicaciones y, por tanto, de generar efectos sobre toda la ciudadanía». En definitiva, el dictamen sobre anteproyectos normativos tiene un alcance —y una relevancia— distinta, y seguramente superior, en términos generales, al que tiene por objeto proyectos de actos concretos.»¹²⁶

En cuanto a los segundos, según el diseño constitucional, en los términos utilizados por el artículo 97 de la Constitución, corresponde al Gobierno la dirección de la Administración civil y militar, la función ejecutiva y la potestad reglamentaria. El Gobierno ejerce ambas potestades —la función ejecutiva y la potestad reglamentaria— de acuerdo con la Constitución y con las leyes» (art. 97, in fine CE), asegurando «el sometimiento pleno a la ley y al Derecho» de la Administración (art. 103.1 CE) y sometido, en última instancia, al control a posteriori de la potestad reglamentaria, la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106 CE).

Por ello, cuando el Consejo de Estado interviene en la órbita que podríamos denominar «estrictamente ejecutiva», el Gobierno ya está sujeto a unos límites objetivos, plasmados en la ley, y cuya efectividad corresponde asegurar a los órganos jurisdiccionales. «No ocurre lo mismo, sin embargo, cuando el Gobierno actúa fuera de esa órbita, por así decir, objetivada. Porque cuando ejerce su función de dirección política, tanto interior como exterior (y, en cierta medida, en la dirección de la defensa del Estado), tales controles externos y a posteriori no operan, o sólo lo hacen en una medida mucho menor y con muchos matices. En este ámbito, que se actúa muy particularmente mediante la iniciativa legislativa, la responsabilidad del Gobierno se concreta en términos políticos, tanto «difusos» (ante la opinión pública) como «institucionalizados» (ante el Parlamento, dentro del cual asumen un protagonismo específico las minorías). En otras palabras, en los sistemas democráticos parlamentarios, en los que el Gobierno emana de la mayoría social, articulada como mayoría parlamentaria, ése es el ámbito que se reserva para que el Gobierno (respaldado, en esta tarea, por la mayoría parlamentaria que lo sostiene) «dirija la política», «haga política», aplique su programa, defina sus prioridades.»¹²⁷

En otras palabras, las funciones administrativas están delimitadas por el control jurisdiccional y por el margen de dirección política¹²⁸, de modo que el ase-

126. SANCHEZ NAVARRO, A.J. *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional*. Ed. Reus, Madrid, 2007, p. 199.

127. SANCHEZ NAVARRO, A.J. *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional*. Ed. Reus, Madrid, 2007, p. 200.

128. «Al Gobierno le corresponde dirigir la orientación general de la acción pública; situado en una posición de respeto a esa libertad de dirección, de configuración, puede sin embargo analizar sus efectos, sus consecuencias, proponiendo modificaciones al proyecto o incluso reformas profundas, pero siempre a partir del proyecto que refleja la libertad de configuración del Gobierno; siempre argumentando cada mejora y modificación y sin poder sustituir libremente la iniciativa gubernamental. El alcance, por consiguiente, del dictamen asume siempre una posición colaboradora; colaboradora

soramiento prestado por el dictamen del Consejo de Estado se limita a examinar el cumplimiento de la legalidad objetiva. En todos los casos —menos en la revisión de disposiciones y actos nulos, ex art. 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas— el dictamen no es vinculante.

Incluso el asesoramiento en materia de disposiciones reglamentarias queda limitado a ciertos casos —reglamentos ejecutivos.¹²⁹ Según el estudio de REBOLLO PUIG, quedarían extramuros de la competencia consultiva: los reglamentos «remitidos» o «delegados» que son resultado de una habilitación legal en blanco; los reglamentos aprobados tras una deslegalización; reglamentos en materias no reservadas a la Ley; reglamentos de organización.

El control debe en principio limitarse a un examen del cumplimiento de la legalidad pese a la perturbadora disposición del art. 2 LOCE sobre la oportunidad y la conveniencia. Ésta debe entenderse como «la incorporación de mejoras de técnica jurídica, la detección de defectos o insuficiencias o contradicciones... cuyo mantenimiento no afectaría a la legalidad de la norma ni a su validez, pero la harían oscura, dudosa, incongruente o difícil, inidónea para sus objetivos, de compleja aplicación, etc. Ello no sólo es jurídico por los criterios y conocimientos desde los que se hace esta valoración del proyecto, que son los que aporta y sólo puede aportar la Ciencia del Derecho. También lo es por su objetivo, porque valores tan esenciales para el ordenamiento como la certeza del Derecho y la seguridad jurídica, o incluso la eficacia, están en juego tras esas cuestiones de técnica normativa. El Consejo de Estado puede y debe contemplar los proyectos de disposiciones que se le someten desde esta perspectiva y realizar así una labor capital de contribución a la calidad de las normas que es, además, insustituible por los Tribunales.»¹³⁰

para confirmar la iniciativa o para criticarla; pero colaboradora en una posición objetiva de vinculación a la iniciativa gubernativa» DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. «El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de Derecho» en AAVV. *Gobierno y Administración en la Constitución*. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1988, pp. 222.

129. «Tal expresión legal, igual que la equivalente de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 1944, se ha considerado siempre alusiva al concepto de reglamento ejecutivo. Las dificultades comienzan al tratar de precisar este concepto que, pese a su tradición, no ofrece perfiles claros. Digamos aquí tan sólo que el concepto de reglamento ejecutivo se inscribe en el marco de las relaciones intraordinamentales entre ley y reglamento, sin que sea exacto referirlo a los reglamentos de ordenamientos autónomos que se conecten con leyes de distinto ordenamiento. En concreto, el supuesto contemplado en el artículo 22.3 LOCE hay que circunscribirlo, en principio y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23 de la misma Ley para las Comunidades Autónomas, a los reglamentos estatales o, todavía más restrictivamente, a los aprobados por la Administración del Estado, quedando fuera no sólo los reglamentos regionales y locales, sino también los que muy limitadamente pueden dictar algunos órganos constitucionales no encuadrados en la Administración» REBOLLO PUIG, M. «El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado» *Documentación Administrativa* n° 244-245, 1996, P. 170

130. REBOLLO PUIG, M. «El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado» *Documentación Administrativa* n° 244-245, 1996, P. 196

Ello se conecta lógicamente con las funciones propias de las Secretarías Generales Técnicas que existen en cada unidad ministerial. El art. 65.1. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que tendrán las competencias sobre servicios comunes que les atribuya el Real Decreto de estructura del Departamento y, en todo caso, «las relativas a producción normativa, asistencia jurídica y publicaciones.» La Secretaría General Técnica aparece como uno de los órganos característicos de la Administración contemporánea española a la que se asignan funciones de asistencia técnica y administrativa al titular y a los órganos superiores del Departamento. Desempeña un importante papel en la estructura orgánica de los Ministerios, tanto en el aspecto asesor y de apoyo a los órganos superiores del Departamento y de coordinación, como en el de valedora del ordenamiento jurídico. En este sentido, su función se solapa la propia del Consejo de Estado. A diferencia, de éste, sin embargo, los Secretarios generales técnicos, son altos cargos profesionales con responsabilidad directiva, por lo que los nombramientos habrán de efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, pertenecientes al Subgrupo A1, a que se refiere el artículo 76 del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Resulta finalmente relevante examinar las consecuencias invalidantes de la omisión del dictamen preceptivo. Parecía claro en una inicial jurisprudencia que la omisión del dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de reglamentos ejecutivos no comportaba la invalidez de la norma.¹³¹ Sin embargo, en la actualidad¹³², es preciso distinguir entre reglamentos ejecutivos (donde el Dictamen es preceptivo) de otros reglamentos organizativos. La jurisprudencia relativa a estos reglamentos concluye que la ausencia del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de un reglamento ejecutivo debe reputarse un vicio sustancial que determina la nulidad de pleno derecho de la disposición general que lo padezca.

En definitiva, puede concluirse que la intervención del Consejo de Estado excede el puro asesoramiento legal solamente en dos situaciones: las consecuencias que la jurisprudencia ha conferido a la omisión del Dictamen preceptivo no vinculante en la fase de aprobación de los Reglamentos ejecutivos y; el Dictamen preceptivo y vinculante para la revisión de disposiciones y actos administrativos nulos. En los demás casos, por lo demás cuantitativamente muy relevantes (contratos, responsabilidad patrimonial, concesiones y servicios públicos), la intervención es meramente de asesoramiento de la legalidad.

Respecto de los contratos, se ha apuntado que: «se trata de la competencia del Consejo de Estado que entre los años cuarenta y los setenta dio lugar al índice más alto de litigiosidad y ha de relacionarse con todo el sistema de controles in-

131. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. «Efectos de la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado. *Revista de Administración Pública* nº 118, 1989. Con comentario de la STS de 2 de julio de 1987. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/16996.pdf>

132. STS de 25 de junio de 2009. Recurso de Casación 992/2007. ECLI:ES:TS:2009:4718.

ternos que rodean la contratación administrativa. El control jurisdiccional es claramente insuficiente en materia de contratación administrativa, sobre todo si se tiene en cuenta el tradicional interés del legislador español en garantizar que la contratación se realiza conforme a criterios objetivos, aunque en realidad el dictamen del Consejo de Estado ocupe un lugar muy secundario respecto a las funciones que tiene encomendadas la Intervención, el Tribunal de Cuentas y, sobre todo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Este último es un órgano que tiene encomendado el perfeccionamiento de los sistemas de contratación, desplazando en cierto modo al Consejo de Estado, que no puede competir en este punto con un órgano especializado y que iría quedando relegado a un órgano de garantía de los particulares, en este caso los contratistas privados». ¹³³

Si ello era cierto en los años noventa, hay que tener en cuenta en la actualidad la implantación de los recursos administrativos especiales en materia de contratación. En realidad, se trata de una exigencia proveniente del Derecho europeo. ¹³⁴ La falta de transposición de la directiva dio lugar a la condena al Reino de España por el Tribunal de Justicia en Sentencia de 3 de abril de 2008 (asunto C-444/06). A raíz de ello, el legislador español toma verdadera conciencia de la necesidad de dotar al ámbito contractual público de un sistema de recursos especiales que finalmente se introduce en la Ley 30/2007, de contratos del sector público, mediante su modificación a través de la Ley 34/2010, de 5 de agosto. ¹³⁵ Este instrumento, aplicado por los tribunales de contratación administrativa ha dejado, también en este caso, en gran medida, superada la función consultiva que en materia de contratos venía ejerciendo el Consejo de Estado.

4.3. Poder judicial. El principio de unidad de jurisdicción

Despojado el Consejo de Estado de toda potestad jurisdiccional, lo cual sería incompatible con la propia Constitución (art. 117), permanece, sin embargo, la intervención del Consejo de Estado en el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Se trata de una Sala especial del TS regulada en el art. 38 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y que es objeto de desarrollo con la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales. Según su preámbulo,

133. GARCÍA ALVAREZ, G. *La función Constitucional del Consejo de Estado*. CEDECS, Barcelona, 1996, p. 98

134. Directiva del Consejo, de 21 diciembre 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (89/665/CEE) y de la Directiva del Consejo, de 25 febrero 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (92/13/CEE).

135. GIMENO FELIÚ, J.M. *Sistema de control de la contratación pública en España (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. la doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Aranzadi 2016.

«La ordenación actual de los conflictos jurisdiccionales está contenida en la Ley de 17 de julio de 1948 que, inspirada en el principio de concentración propio de un régimen autoritario, atribuyó al Jefe del Estado la competencia para resolver por Decreto tales conflictos. Tal principio es incompatible con nuestro ordenamiento constitucional, y con la posición que en el mismo ocupa el Rey. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ha solucionado esa primera incompatibilidad con la Constitución, al otorgar a órganos mixtos, formados por representantes del Poder Judicial y del Consejo de Estado, en unos casos, y de aquél y de la jurisdicción militar, en otros, siempre bajo la presidencia de la más alta autoridad judicial de la nación, la competencia para la resolución de los conflictos de jurisdicción.

No obstante, la ordenación procedimental de la resolución de los conflictos ha de ser modificada para cubrir las insuficiencias que aún son imputables a la Ley de 1948. En efecto, la nueva organización de los poderes del Estado hace precisa una nueva y correlativa enumeración de los órganos legitimados para suscitar los conflictos. Desde el punto de vista del Poder Judicial tal legitimación se extiende a todos sus órganos, a diferencia de lo que dispone la Ley de 1948. Desde el punto de vista de las Administraciones Públicas, la Ley, congruente con la nueva organización territorial del Estado, extiende la legitimación a las Comunidades Autónomas y a las diversas Administraciones Locales, asumiendo así, en lo que a estas últimas respecta, la doctrina del Tribunal Constitucional».

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción es un órgano colegiado constituido por el presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por cinco vocales, de los que dos serán magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y los otros tres serán consejeros permanentes de Estado, actuando como secretario el de gobierno del Tribunal Supremo. El Presidente siempre ostenta voto de calidad.

Puede darse el caso que un órgano judicial, por estimar de su jurisdicción un asunto de que está conociendo un órgano administrativo, requiera la inhibición de éste, dictando al efecto resolución fundada, previo traslado a las partes y al Ministerio Fiscal. El órgano requerido, una vez que reciba el oficio de inhibición, dará vista a las partes, resolviendo sobre si acepta o no el requerimiento, resolución no susceptible de recurso (artículo 9 Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo). Lo mismo puede suceder a la inversa (órgano administrativo de los habilitados especialmente para ello por esta ley entienda, de oficio o a instancia de parte, que debe plantear a un Juzgado o Tribunal un conflicto de jurisdicción, previa audiencia de las partes, le requerirá de inhibición por resolución fundada). En esta situación, el Juez o Tribunal puede declinar su competencia (resolución que es apelable por las partes personadas y el Ministerio Fiscal excepto los autos que dicte el Tribunal Supremo que no serán, en ningún caso, susceptibles de recurso) y precederá a remitir las actuaciones al órgano.

Si, por el contrario, el requerido decide mantener su jurisdicción, oficiará inmediatamente al órgano administrativo o Tribunal requirente, anunciándole que queda así formalmente planteado el conflicto de jurisdicción, y que envía

en el mismo día las actuaciones al Presidente del Tribunal de conflictos, requiriéndole a que él haga lo propio en el mismo día de recepción (artículo 12 Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo).

La sentencia que dicte la Sala especial se notificará inmediatamente a las partes y se publicará en el Boletín Oficial del Estado, devolviéndose las actuaciones a quien corresponda (artículo 19 Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo). Contra las sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción no cabrá otro recurso que el de amparo constitucional, cuando proceda (artículo 20 Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo).

Sea como fuere, parece claro que la integración de tres consejeros permanentes en el Tribunal de conflictos jurisdiccionales, lo es por su condición de juristas y no supone el reconocimiento de la existencia de competencias propias para dirimir esos conflictos por parte del Consejo de Estado. La LOPJ de 1985 cerró el paso a la competencia de órganos administrativos para informar sobre los conflictos de jurisdicción pues resulta inaceptable en nuestro vigente sistema constitucional que sea el poder ejecutivo mismo el que acabe dirimiendo tales conflictos.

5. RECAPITULACIÓN

En el análisis de la función constitucional del Consejo de Estado se produce un cierto contrasentido consistente en la constitucionalización del órgano antes que la definición de su función. Es decir, la garantía de la existencia del mismo es previa a la definición de su legitimidad y competencias, que se difiere a la posterior Ley Orgánica. Además de ello, se pueden destacar de la nueva regulación constitucional del Consejo de Estado los siguientes elementos: (i) La garantía institucional mediante su inserción en el texto constitucional y la amplia remisión a la ley para su regulación y funcionamiento; (ii) la sistemática ubicación del Consejo dentro del Título IV referente al Gobierno.

En cuanto al primer aspecto, se ha dicho que la reserva: «se circunscribe según la Constitución sólo —pero sin restricción en cuanto a su amplitud— a la composición y competencia del Consejo de Estado. Ya el propio Consejo interpretó que el término composición no había de tomarse en un sentido exclusivamente comprensivo de la enumeración de los elementos integrantes o componentes del órgano colegiado, sino que debía entenderse incluida en tal mención la estructuración del órgano en su sentido más amplio y los principios de funcionamiento. Ello explica y justifica la regulación esencial del status de los Letrados del Consejo de Estado en la LOCE en su calidad de componentes de las Secciones. Y tal interpretación de la extensión de la garantía formal que representa el principio de competencia normativa en este punto fue avalada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987, de 11 de junio, que declaró la inconstitucionalidad de la disposición adicional novena, uno.4 (en lo que se refería al Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado), de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública.

«En lo que hace a la regulación de las competencias, la LOCE determina las del Pleno, la Comisión Permanente y el Presidente del Consejo de Estado y, en cambio, deja al ROCE lo atinente al funcionamiento de las Secciones del Consejo de Estado. De otro lado, en la enumeración de los asuntos que habrán de ser consultados preceptivamente se prevén, en relación tanto a los que corresponden al Pleno como a la Comisión Permanente, sendas cláusulas residuales (arts. 21.10 y 22.19 LOCE) que suponen una delegación a la ley ordinaria para la fijación de otras competencias. Ha de tenerse en cuenta a este respecto que el ámbito material de las leyes orgánicas o extensión de la regulación que éstas deben abordar no aparece definido cuantitativamente en la Constitución, sin perjuicio de lo cual es precisa en todo caso la regulación del núcleo central de cada materia —minimum que cumple, sin duda, la LOCE—, no teniendo el legislador orgánico que —aunque pueda— agotar exhaustivamente las materias reservadas. En este caso, se ha instrumentado un margen de flexibilidad que permite la adaptación competencial del Consejo de Estado por el legislador sectorial ordinario, aunque no por ello se ignora al propio Órgano afectado, que debe ser consultado a tales efectos».¹³⁶

Esta situación lleva a que, en la Resolución de la Presidencia del Consejo de 3 de marzo de 1982, puedan recopilarse más de 200 disposiciones legales que preceptúan la audiencia al Consejo de Estado.¹³⁷

En cuanto al segundo aspecto, lo más relevante puede ser la tensión entre imparcialidad y dependencia gubernamental. Para BELDA, «(...) se manifiesta en el Consejo español una nota incuestionable de dependencia gubernamental. El Consejo está en la órbita del Poder Ejecutivo sin complejo alguno. Conexión matizable de cara a la ecuanimidad de su criterio, gracias a la distinta manera de designación de sus componentes, que genera un dato básico a tener en cuenta para la determinación de su naturaleza jurídica: depende del Gobierno pero no de un gobierno circunstancial constituido. Veamos: la triple división en la posibilidad de acceso (consejeros natos, permanentes o electivos)¹³⁸, aparece como primer elemento de separación práctica y por ello, de evitación de una simbiosis automática en el sentido de las decisiones entre el Consejo de Ministros y la más alta institución de consulta, debido a que varios de los consejeros natos, así como consejeros permanentes y electos que preexistieran al ejecutivo de turno, no tienen porqué sentirse vinculados al Gobierno en los aspectos ideológicos. Por ello, el nombramiento por decreto no convierte sin más al Consejo en otro órgano de la administración central del Estado, gracias al variado perfil de extracción, así como por los desajustes temporales que de esa circunstancia

136. ROLDÁN MARTÍN, A.M. «La función consultiva de relevancia constitucional» en ALVARZ CONDE, E. *Administraciones públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española*. INAP, Madrid, 1998, p. 479.

137. El último dato actualizado del que tenemos conocimiento es la Resolución de 21 de junio de 2005 (BOE nº 153 de 28 de junio), que ocupa veinte páginas del boletín oficial. Legislación sectorial tan variopinta como la de ferrocarriles, del Notariado, Ley Hipotecaria, Seguridad social o Ley de telefónicos efectúan llamadas a la intervención del Consejo de Estado.

138. Paréntesis añadido.

se derivan (conviven con los consejeros electos de manera reciente por el Consejo de Ministros de cada momento, con los previamente designados, así como con anteriores permanentes y natos). La segunda nota de imparcialidad o si se quiere, de independencia, ya surge de lo antedicho; y se descubre tras los perfiles de varios de sus componentes (antiguos presidentes de gobierno, o consejeros nombrados de manera permanente, que disfrutaban un mandato de cuatro u ocho años —los dos consejeros ex presidentes de comunidad autónoma a los que se refiere el art. 9.2 LOCE—). Y finalmente, la cercanía ideológica o personal de alguno de los calificados como natos, es sólo una mera posibilidad (el caso de los directores/as de las reales academias, o del presidente del Consejo General de la Abogacía.) Pero quedarnos tan sólo en estas consideraciones para argumentar la imparcialidad el alto órgano de consulta jurídica, sería desconocer la realidad. Parece evidente a efectos del perfil institucional autónomo que lo más decisivo es la propia organización del Consejo de Estado, que otorga un papel protagonista en el desarrollo de las funciones legalmente asumidas, a los consejeros permanentes, el secretario general y los letrados.¹³⁹

Hay que notar como la indefinición constitucional y legal sobre los nombramientos de consejeros supone abrir la puerta a la potestad efectiva de influencia de los gobiernos de turno sobre buena parte de la composición del órgano al que va a consultar. La mayor parte de cargos que permiten optar a un puesto en el Consejo son de carácter representativo territorial o gubernamental. Ello puede verse compensado con la necesaria capacidad jurídica de los miembros. La cuestión, así planteada evita la arbitrariedad en los nombramientos pero no garantiza la independencia de criterio. A ello hay que sumar que el equilibrio entre políticos y técnicos queda exclusivamente al albur del buen criterio. De nuevo, «El problema no es la conexión ideológica de consejeros y circunstanciales gobernantes, sino el peligro de la preeminencia de criterios de oportunidad en las designaciones, una vez que los requisitos de los posibles miembros se abren de semejante forma y a través de muchas categorías a las que se llega gracias a actividades que exceden lo jurídico y se centran en lo institucional. Con ello sobrepasan lo científico para acompañarse sobradamente de lo político. a las notas de competencia jurídica, se ha de añadir la imprescindible sensibilidad hacia sus afines de los gobernantes ocasionales, para que una persona sea llamada al cargo.»¹⁴⁰

Y si se vuelve la vista al pasado, resulta claro que una de las cuestiones que determinan el nombramiento es el agradecimiento gubernamental a los servicios prestados. Así lo considera Pizarro en 1810 en el Informe para la reforma del Consejo de Estado cuya cita hemos visto en la introducción y aquí reiteramos: «los individuos (del Consejo de Estado) han pasado por todos los trámites de sus carreras respectivas con distinción y aprecio, que muchos ofrecen a la idea con

139. BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. «Constitución de 1812 y función consultiva: evolución del Consejo de Estado en España» *Revista Española de la función consultiva* n° 13, 2010, p. 171-172.

140. BELDA PÉREZ-PEDRERO, op. cit. p. 173. Este riesgo se agrava con la reforma de la LO llevada a cabo en 2004. Analizaremos este aspecto más adelante.

las más respetables canas, la memoria de una vida laboriosa, llena de virtudes cívicas, de méritos, servicios y sufrimientos, y que todos tienen un derecho de mirar el destino que obtienen, no solo como una obligación útil y el último servicio que les pide el Estado en su Consejo, sino como un último premio con que la patria recompensa su larga carrera de buenos servicios, o aún méritos de extraordinario valor; y de consiguiente, no parece que un gobierno paternal y justo deba a título de reforma, abandonar la suerte de los que así lo han servido o bien ponerlos en peor condición que los que aún están en grados inferiores, acreditando sus talentos y actividad puntualmente, aspirando a mayores premios y distinciones».¹⁴¹

Sin embargo, lo más importante es la naturaleza de la función que desarrolla este órgano auxiliar de relevancia institucional. No se trata de un control «duro» sino de una garantía adicional del cumplimiento de la legalidad. Los dictámenes no son por lo general vinculantes con lo que no puede hablarse de capacidad de mando o preponderancia.

Este elemento enlaza con la justificación relativa a la *auctoritas* que debe investir de legitimidad a la función consultiva. La función consultiva se caracteriza por la confluencia de tres elementos: «de una parte el subjetivo u orgánico, que se concentra en un órgano que no actúa en virtud de su poder o *potestas*, sino de *auctoritas*, la cual le otorga su independencia y su capacidad de influencia frente a los demás poderes. De otra, el institucional —en estrecha vinculación con el anterior— asegura la autonomía orgánica y funcional de los órganos llamados a ejercerla. Y finalmente, el objetivo o funcional, que comporta que su asesoramiento se basa en la aplicación de parámetros jurídicos, es un asesoramiento en Derecho. (...) Ya derive de la tradición, ya del prestigio, ya de la calidad y combinación de sus miembros, ya de su formación, de su posición institucional o de las características de su actividad, lo cierto es que esta *auctoritas* que «administra» el Consejo de Estado, le permite aparecer como un órgano situado ayer junto al Rey, y hoy junto al Gobierno, pero sobre todo capaz de influir en su actividad, de transfundir cierta autoridad moral o legitimidad adicional a las decisiones de éste en las que interviene. Y de hacerlo, simplemente por la fuerza de convicción de sus argumentos, por el reconocimiento de su calidad, y no por la atribución jurídica de ninguna potestad».¹⁴²

Para DE LA QUADRA-SALCEDO (Presidente del Consejo de Estado entre 1985-1991), la cuestión es la siguiente: «debe descartarse la idea de una recepción constitucional del Consejo de Estado por pura inercia histórica; pues en un sistema como el nuestro con las funciones de control sobre el Gobierno que se ejercen desde el Cuerpo Electoral, el Parlamento, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, sería innecesario e incluso redundante un nuevo control ejercido sobre el Gobierno. Si ese control adicional se ha considerado necesario es por-

141. Citado en BARRIOS PINTADO, Feliciano. *El Consejo de Estado de la Monarquía española: 1521-1812*. Madrid. Consejo de Estado, 1984, p. 147. Paréntesis añadido.

142. SANCHEZ NAVARRO, A.J. *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional*. Editorial REUS, Madrid, 2007, p. 182

que se piensa que tiene una función específica que cumplir, nueva y distinta, respecto de las demás formas de control del Gobierno comunes en una democracia moderna. Además, esa función específica del Consejo se considera de interés e importancia fundamental o constitucional y por eso mismo se ha llevado a la propia norma suprema; no se trata, por tanto, de una pura alternativa organizatoria muy conveniente o acertada y susceptible de haberse recogido en una ley ordinaria, no; se trata de que con su inclusión en el texto supremo se consagra la relevancia constitucional de la función de control en que la función consultiva consiste en definitiva. (...) El sometimiento del Ejecutivo a previa consulta es una más fuerte manifestación del Estado de Derecho; una moderna expresión de la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Moderna expresión, a través de un órgano que en su larga historia con funciones distintas y ambivalentes ha respondido también, en ocasiones, a una idea de limitación del poder. La sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico no es sólo una sujeción externa a los Tribunales, es también una sujeción interiorizada y previa; una sujeción que ha de realizar la propia Administración y que encuentra a su servicio y a su nivel constitucional la consagración de la propia necesidad de la consulta».¹⁴³

La explicación, pese a su atractivo, presenta algunas debilidades. Si realmente el diseño constitucional se explicara por esa voluntad de sometimiento de la nueva administración pública a los límites del Estado de Derecho, la composición del Consejo de Estado en 1980 hubiera debido ser completamente distinta, puramente técnico-jurídica y sin la presencia de consejeros natos o de permanentes afines al régimen franquista. El Consejo de Estado mantiene los Consejeros tardo franquistas en su comisión permanente (uno de ellos significativamente hasta su fallecimiento en el año 2014)¹⁴⁴ y la presidencia no se «tecnifica» hasta prácticamente 1983, cuando accede Antonio Hernández-Gil. Algunos de los actuales miembros del Consejo de Estado ocuparon relevantes cargos en la Administración pre-democrática.

La misión constitucional del Consejo de Estado puede delimitarse como una función auxiliar de garantía del cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración activa. La formulación del artículo 103 CE —sometimiento a la Ley y al Derecho— tendría en el Consejo de Estado un órgano de supervisión o intervención. Sin embargo, al ser la intervención previa, no puede hablarse de una función de control «duro». Tal vez, como indica de nuevo el profesor DE LA QUADRA-SALCEDO, «a diferencia de todos los demás controles señalados el sometimiento a previa consulta, no es algo que se hace a posteriori sobre una decisión ya tomada y revistiendo la forma de impugnación o ataque contra tal decisión por parte de los afectados; el sometimiento a previa consulta no es un

143. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. «El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de Derecho» en AAVV. *Gobierno y Administración en la Constitución*. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1988, pp. 216 y 219.

144. Sr. D. Miguel Vizcaino Márquez, General Consejero Togado. Consejero permanente de Estado hasta su fallecimiento en 2014 a la edad de 101 años.

ataque, no es una resistencia, es más bien una colaboración porque se inscribe antes de una decisión ya tomada; y justamente porque es anterior, la autoridad que recibe el dictamen es más libre psicológicamente para aceptarlo o rechazarlo; más libre porque todavía no ha adoptado una decisión ni tiene por tanto tendencia a defenderse o justificarse; nadie pone en duda o critica su decisión porque ésta no existe todavía».¹⁴⁵

Esta concepción —un tanto idílica— situaría a la función consultiva y su supremo órgano en el plano de la garantía colaboradora. Los dictámenes ofrecen a la Administración activa un plus de legitimidad por el examen a que se ha sido sometida la decisión o el texto normativo. Pero este tipo de legitimidad por autoridad o por ejercicio, requiere un exquisito respeto a los principios de independencia, objetividad y excelencia profesional de los integrantes del órgano. La función consultiva, tal y como la hemos presentado, solo puede tener justificación desde la neutralidad técnica y la atención a los intereses generales. Como indica SANTI ROMANO con referencia al Consiglio di Stato italiano, «la eminencia del grado en el que se sitúan sus miembros, y su independencia, dan plena confianza sobre la imparcialidad y objetividad con que ejercita sus funciones; el prestigio y la autoridad que circunda el Consejo de Estado fortalece la presunción de que los actos administrativos que se dictan de conformidad con su dictamen, serán, además conformes a derecho, conformes intrínsecamente a la justicia».¹⁴⁶

Esta es una interpretación altamente sugerente. La naturaleza constitucional del Consejo de Estado aparece de este modo indisolublemente ligada al cumplimiento de sus objetivos. La posición constitucional de poder blando se legitima —y deslegitima— por los resultados de su actividad. Así, podemos pensar en un Consejo politizado, partidista o alejado de su calidad técnica que por ello perdería su naturaleza cuasi constitucional. Una especie de garantía institucional contingente, si se permite la expresión, a la cuenta de resultados. Ello, pese a lo novedoso que pueda parecer, no resulta tan alejado de la teoría de la garantía institucional en la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución. Las instituciones deben preservarse dentro de un constitucionalismo vivo.

Como ya indicara el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias —en ese caso en referencia a las Diputaciones Provinciales, «El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizati-

145. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. «El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de Derecho» en AAVV. *Gobierno y Administración en la Constitución*. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1988, p.221

146. SANTI ROMANO, «Le funzioni ed i caratteri del Consiglio di Stato» en AAVV *Studi in occasione del centenario*. Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1932; citado por RODRIGUEZ-ZAPATA, J. «Estudio preliminar» en *Ley Orgánica del Consejo de Estado*. Instituto Nacional de Prospectiva y Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980, p. 40

vas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.» (STC 32/1981, de 28 de julio FJ 3º).

En otras palabras, la institución se juzga según su reconocibilidad contingente. Así sucede con el Consejo de Estado. Y no es difícil aventurar que si la función consultiva consiste en suministrar un asesoramiento técnico-jurídico al Gobierno para que su funcionamiento se desarrolle de acuerdo con el principio de legalidad, ello debería encomendarse exclusivamente a juristas, no a políticos o a ex altos cargos. Retomaremos este argumento más adelante.¹⁴⁷

BIBLIOGRAFÍA CAPÍTULO III

- AROZAMENA SIERRA, J. «La caracterización constitucional del Consejo de Estado» *Documentación Administrativa* nº 244-245, 1996
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. «Constitución de 1812 y función consultiva: evolución del Consejo de Estado en España» *Revista Española de la función consultiva* nº 13, 2010
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. «El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de Derecho» en AAVV. *Gobierno y Administración en la Constitución*. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1988.
- GÁLVEZ MONTES, F.J. (ed) *Ley Orgánica del Consejo de Estado: trabajos parlamentarios*. Madrid, Cortes Generales, 1980.
- GARCÍA ALVAREZ, G. *La función Constitucional del Consejo de Estado*. CEDECS, Barcelona, 1996.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J. «Las funciones consultivas en el Estado democrático» *Documentación Administrativa* nº 226, 1991, p. 28.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. «Posición institucional del Consejo de Estado. (Comentario al Fundamento Jurídico núm. 37 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo)» *Revista de Administración Pública* nº 122, 1990.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. «La función consultiva de las administraciones públicas, con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades autónomas» *Revista de Administración Pública* nº 133, 1994
- GARRIDO FALLA, A. «Artículo 107» en *Comentarios a la constitución*. Madrid, Civitas, 2001, 3ª ed.

147. Cfr. ut infra Capítulo VI.

- GARRIDO MAYOL, V. «El control extrajudicial de la actividad normativa del Gobierno» disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6534001.pdf>
- MARTIN OVIEDO, J.M. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional (1808-2012)*. Madrid, BOE-Consejo de Estado, 2013
- MONTORO CHINER, M.J. «Técnica normativa y órganos consultivos. Prospectiva europea» *Revista Española de la Función Consultiva* nº 2, 2004.
- OLLERO, Andrés. «El Consejo de Estado desde la perspectiva parlamentaria» *Revista de las Cortes Generales* nº 66, 2005
- PARADA VAZQUEZ, J.R. «El Consejo de Estado» *Documentación Administrativa* nº 226, 1991
- REBOLLO PUIG, M. «El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado» *Documentación Administrativa* nº 244-245, 1996
- RODRIGUEZ-ZAPATA, J. «Estudio preliminar» en *Ley Orgánica del Consejo de Estado*. Instituto Nacional de Prospectiva y Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980, p. 40
- ROLDÁN MARTÍN, A.M. «La función consultiva de relevancia constitucional» en ALVAREZ CONDE, E. (Coord) *Administraciones públicas y Constitución*. INAP, Madrid, 1998.
- RUBIO LLORENTE, F. «El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas» *Revista española de la función consultiva* nº 6, 2006.
- RUIZ MIGUEL, C. *Consejo de Estado y Consejos consultivos autonómicos*. Dykinson, Madrid, 1995.
- SAINZ MORENO, F. *Constitución española. Trabajos parlamentarios*. Madrid, 1980
- SANCHEZ NAVARRO, A.J. *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional*. Editorial REUS, Madrid, 2007
- VERA SANTOS, J.M. «Cuarenta años del Consejo de Estado, o de cómo seguir siendo órgano consultivo y no morir en el intento» *UNED. Revista de Derecho Político*. nº 101, 2018

Capítulo IV

MODELOS COMPARADOS

Al igual que hemos dicho antes¹⁴⁸ a propósito del esbozo histórico del Consejo de Estado y la función consultiva, (éste no es un estudio histórico ni tan siquiera de historia del Derecho), debemos ahora afirmar que tampoco se trata de un estudio de derecho comparado. Sin embargo, ello no obsta para dedicar las páginas que siguen a describir la experiencia de otros ordenamientos cercanos al nuestro, su evolución e influencia, aunque no se conceda un papel preponderante al derecho comparado en la metodología investigadora.

Como explicó el maestro García de Enterría en el prólogo al libro de Lavilla Rubira que analiza la participación pública en la elaboración de reglamentos en el sistema jurídico norteamericano: «El recurso al derecho comparado comenzó siendo entre nosotros una manera de suplir la ausencia de una doctrina propia en ramas completas de ordenamiento. Pasó a ser luego un modo ingenuo de buscar fulgor exótico por parte de los opositores, sobre todo de los opositores al profesorado y de ornamentar sus famosas memorias. Pero hoy ha pasado a ser algo totalmente diverso, un ensanchamiento de nuestro horizonte y una aceptación del reto de la universalización de los valores jurídicos y de la integración y la relación creciente de nuestra sociedad y de nuestro Estado con otros ordenamientos internacionales, supranacionales o simplemente extranjeros».¹⁴⁹

Por ello, al adentrarse en la elaboración de un estudio científico sobre cualquier tema, creemos que es útil recabar información acerca de las soluciones adoptadas a problemas similares por parte de otros ordenamientos. De este modo se amplía el campo de análisis con elementos normativos nuevos y con experiencias ya elaboradas en otros ordenamientos así como su resultado. Y

148. Vide ut supra, Capítulo II.

149. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Prólogo. En LAVILLA RUBIRA, J.J. *La participación pública procedimiento elaboración de reglamentos en los Estados Unidos de América*. Civitas, Madrid, 1990

puede arrojar también algo de luz en la explicación de las causas de cada peculiar solución.

Para la utilización del derecho comparado como herramienta de investigación debemos tener claro qué es lo que se compara y cuál es el nivel de comparación. Evidentemente, resulta que los trasplantes legales pueden producir rechazo por parte del ordenamiento receptor. Comprender la experiencias comparadas significa tener un adecuado conocimiento del conjunto del sistema jurídico que se estudia, porque las mismas soluciones no son iguales en todos los sistemas. Por ello, mediante el Derecho comparado no se trata tanto de copiar las instituciones de otros ordenamientos sino de analizar cómo un contexto legal ha reaccionado ante un determinado problema jurídico.

Para la cuestión del asesoramiento legal del ejercicio del poder —igual que en tantas otras cosas— se pueden distinguir dos grandes «familias» en los ordenamientos jurídicos: la continental y la anglosajona. Para la segunda, destaca la inexistencia de un organismo separado dedicado a la consulta sobre temas jurídicos. Además de ello, no se ha planteado tampoco la cuestión del ejercicio de la jurisdicción delegada puesto que no hay una jurisdicción específica para el derecho administrativo y la actuación de los poderes públicos se somete, a grandes rasgos, a los tribunales ordinarios.

«(...) existe una gran variedad de órganos consultivos (en sentido amplio), que podríamos dividir sustancialmente en dos grandes bloques. Los denominados órganos *staff* y los órganos consultivos propiamente dichos. No se ocultan las dificultades de encuadrar en muchas ocasiones a determinados órganos en uno de los citados bloques, pues aun dentro de ellos podría decirse que existe una graduación. Junto a ello, también hay que hacer referencia a la actual proliferación de órganos inexactamente denominados consultivos y cuya finalidad no es sino institucionalizar la audiencia a los sectores interesados (mediante la representación de éstos en el seno de un órgano colegiado) en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.

Partiendo de la citada división en dos grandes bloques, convendría inicialmente, aunque sea de manera breve, referirnos a las notas que caracterizan a los denominados órganos *staff*. La expresión *staff and line* constituye una formulación norteamericana cuyo origen se encuentra en la estructura y organización del propio ejército, ante la necesidad de establecer determinados órganos de asesoramiento alrededor de la jefatura. Dicha expresión «órgano *staff*» se encuentra firmemente acuñada en nuestra doctrina, y aun con la variedad de órganos que suelen integrarse bajo dicha denominación, pueden establecerse desde un punto de vista general determinadas notas características.

En efecto, la nota más determinante consiste en la cercanía del órgano *staff* al activo, hasta tal punto que en ocasiones se ha señalado que «cuasi deciden». Existe una conexión, de mayor o menor intensidad, entre órgano activo y órgano asesor, integrándose éste en la propia estructura departamental. El órgano activo precisa de un asesoramiento rápido y cercano a él, que le permita adoptar las decisiones tras el asesoramiento inmediato de un órgano cualificado a tal fin.

En este tipo de órganos de asesoramiento se evitan en la medida de lo posible las solemnidades propias de los órganos consultivos estrictos, precisamente para permitir la adopción rápida de decisiones. Ello no significa, no obstante, que este tipo de órganos deban ser necesariamente unipersonales, sino que existen numerosos ejemplos de órganos colegiados que podrían encuadrarse sin dificultad dentro del grupo de los órganos staff, por su cercanía y dependencia del órgano activo.»¹⁵⁰

En este sentido, es destacable como los ordenamientos de tradición anglosajona, por lo general, no han institucionalizado, de manera separada de la Administración activa, una Administración consultiva. Los órganos de asesoramiento aparecen como normalmente vinculados a la dirección política de la acción administrativa. GARCÍA FERNÁNDEZ ha descrito la experiencia de los EEUU, «El órgano de más similitud lo encontramos en Estados Unidos, en el *Executive Office*. Desde que en 1784 el Congreso norteamericano aprobó un primer crédito para el staff presidencial y en 1825 el Presidente Monroe solicitó que se le autorizara una estructura de apoyo más amplia, el aparato político de asistencia al Presidente no ha dejado de crecer. Pero fue Roosevelt quien formó el *Committee on Administrative Management* o Comisión Brownlow para analizar qué estructuras de apoyo podía necesitar la Presidencia en un momento en que, como dice John HART, la crisis social subsiguiente a la depresión de 1929 había dejado obsoleta a la Presidencia. Del Informe Brownlow, publicado en 1937, se pasó, no sin dificultades políticas y críticas académicas, a la creación del nuevo *staff* presidencial en 1939 y esta reorganización se fundamentó en una idea muy importante del Informe Brownlow que conviene recordar: «*The President needs help.*» Así nació el *Executive Office*. Con la Reorganization Act de 1939, Roosevelt pudo dictar el *Reorganization Plan n.1*, que crea formalmente el *Executive Office*, y la *Executive Order* 8248, que estableció los distintos órganos en que se divide el nuevo staff. A partir de entonces el Executive Office no ha dejado de crecer tanto orgánicamente como en influencia, de acuerdo con los intereses y puntos de vista de cada Presidente.

Lo importante de este órgano es que se trata de una estructura de apoyo político que marcha en paralelo a las Secretarías y a las Agencias independientes y que contribuye no sólo a controlar a unas y otras, sino sobre todo a asistir al Presidente en las grandes decisiones estratégicas y en los actos cotidianos de trascendencia política. Y si Eisenhower se preocupó de regular el status de los miembros de este Gabinete, Kennedy abrió paso a formas de actuación informales que son una de sus características actuales, como lo es también su actuación al margen de la burocracia regular, forma de trabajo que introdujo Nixon, que desconfiaba de ésta.

El resultado de esta evolución y de este crecimiento es que el *Executive Office* es quizá el ejemplo más claro de lo que aquí se denominaba Gabinete

150. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. «La función consultiva de las Administraciones públicas, con especial referencia al Consejo de Estdos y las Comunidades Autónomas» *Revista de Administración Pública* n° 133, 1994, p. 130-131.

ministerial, con las únicas diferencias de que se trata de una estructura engarzada exclusivamente en la Jefatura del Estado, en lugar de estar dispersa en los distintos órganos ministeriales, y de que se superpone a otros órganos que, con iguales fines de asistencia y asesoramiento políticos, se vinculan también al Presidente y que quizá tengan mayor proximidad a la estructura *staff and line* como es el *Office of Management and Budget*.»¹⁵¹

Y algo parecido puede decirse respecto del Reino Unido y las *Policy Units*. En definitiva para lo que a nosotros interesa destacar, el derecho anglosajón se aparta notablemente del patrón del derecho continental donde se ha preferido institucionalizar un órgano separado y general de consulta legal. Ello no significa que no existan en nuestro ordenamiento los órganos de asesoramiento «interno» o de *staff* sino que, junto a ellos, se ha desgajado la función consultiva en un órgano especializado.¹⁵²

Si el derecho continental y el anglosajón se separan notablemente en este aspecto, podemos destacar también como dentro del derecho continental se caracterizan de manera distinta los órganos consultivos según hayan seguido la tradición francesa o la alemana. Para la segunda, lo importante no es establecer un órgano separado de control de la Administración (ya sea control preventivo mediante la garantía de legalidad articulada a través de un dictamen preceptivo o control posterior mediante la revisión de los actos), sino la protección de los derechos individuales de los ciudadanos. En este sentido, se trataría de poner el énfasis en los derechos individuales cuya protección deberá tener como resultado el control judicial del poder. Como se ha explicado, «En la conformación del sistema alemán de justicia contencioso administrativa se puede señalar que el Consejo de Estado francés sirvió de inspiración; sin embargo, la desconfianza hacia una justicia administrativa involucrada dentro de la misma administración da lugar a que en la Constitución de Paulskirche de 1849 —la cual no llegó a entrar en vigor— se estableciera: «queda abolida la justicia administrativa; los tribunales resolverán sobre cualquier infracción». Lo que no se debe confundir con una abolición del control jurisdiccional de la administración, sino por el contrario, en su desarrollo todavía incipiente se establece la base constitucional para la revisión judicial de la acción administrativa, previniéndose una asimilación con el Consejo de Estado francés, que en aquellos días todavía no adquiriría

151. GARCÍA FERNÁNDEZ, J. «Las funciones consultivas en un Estado democrático» Documentación administrativa nº 226, 1991, pp. 23-24.

152. Una línea de investigación interesante para el futuro sería precisamente averiguar las relaciones existentes entre los órganos *staff* y la función consultiva en aquellos países donde conviven ambos como es el caso de España. Por ejemplo en España puede referirse a la Oficina Económica del Presidente. La Oficina Económica del Presidente del Gobierno fue un órgano de asistencia de la Presidencia del Gobierno encargado de los asuntos relacionados con la política económica. Creado en 2004, fue eliminado por el Presidente Pedro Sánchez en 2018. E igualmente, el Gabinete de la Presidencia del Gobierno como un órgano de asistencia política y técnica al servicio del presidente del Gobierno. Cfr. Real Decreto 419/2018, de 18 de junio, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno.

la función jurisdiccional —se recuerda que fue hasta 1872 cuando se atribuyen funciones jurisdiccionales al Consejo de Estado—.

La dialéctica jurisdicción ordinaria o jurisdicción especializada para el control de los actos de la administración, hasta antes de la ley fundamental de 1949, fue resuelta decantándose por una jurisdicción especializada competente para conocer solo de ciertas causas tasadas, y fue en la segunda mitad del siglo xx cuando se establece la apertura de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los asuntos jurídico-públicos que no sean de competencia constitucional. Por lo que respecta al fin que persigue la jurisdicción contencioso administrativa alemana, históricamente, se deduce que la tutela judicial del individuo se impone frente a la persecución de la legalidad objetiva de los actos a la que aspiraba la concepción prusiana, quedando establecida la tutela de los derechos subjetivos por la ley fundamental de 1949, y que da lugar a la evolución de una jurisdicción contencioso administrativa que privilegia la protección de los derechos públicos subjetivos, entendiéndose como todos los intereses individuales que el ordenamiento jurídico estima dignos de protección, aunque sin perder la competencia para conocer de las violaciones al ordenamiento jurídico.»¹⁵³

De este modo, la ley fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949 establece que cualquier persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial (artículo 19.4 GG). La recurribilidad ante el juez conforma una garantía constitucional de la tutela judicial.¹⁵⁴ El desarrollo del artículo 19 se ha llevado a cabo con la Ley de 21 de enero de 1960, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la exigencia del acto administrativo como requisito para acceder a los tribunales administrativos. La jurisdicción se estructura en tres grados: los tribunales de instancia; los tribunales administrativos superiores y Tribunal Administrativo Federal, órganos todos ellos pertenecientes al Poder Judicial. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, del 21 de enero de 1960, establece con carácter de cláusula general la competencia sobre los litigios de derecho público; es decir, esta jurisdicción es competente para conocer de todos los asuntos de «derecho público que no sean de naturaleza constitucional o que no estén atribuidos por una ley federal a otra jurisdicción» (artículo 40.1). Lo que la ley fundamental alemana entiende por litigios de derecho público comprende toda actividad de la administración ejercida bajo las normas de derecho público, ejerciendo la función de soberanía.

En definitiva, la cuestión se aborda de manera dispar en distintas arquitecturas institucionales. En los países de tradición anglosajona, no hay propiamente una organización separada entre Administración activa y administración consultiva. En los países de tradición continental francesa, no solo existe esa separación sino que

153. NETTEL BARRERA, A.C. «La jurisdicción contencioso administrativa en el contexto de los Estados democráticos» Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2013. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/4.pdf>

154. Según el literal del art. 19: «Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios.»

al órgano consultivo se le encargan funciones jurisdiccionales, en una especie de doble intervención —ex ante y ex post. Entre uno y otro, el modelo español presenta sus singularidades. No sigue el modelo francés estrictamente pero institucionaliza la función consultiva. Interesa en este punto un mayor detenimiento respecto del modelo originario francés, seguido en Italia y fracasado en España.

1. FRANCIA

1.1. Historia

En el antiguo régimen Francia contaba con el *Conseil du Roi*, como un conjunto de personajes notables próximos al soberano que le auxiliaban en los asuntos de gobierno y justicia junto con otras instituciones (Parlamento o Cámara de Cuentas en asuntos financieros). El *Conseil* se reunía con distintos nombres según las materias que trataba. No es hasta 1578, bajo el reinado de Enrique III cuando aparece la denominación del *Conseil d'Etat* como institución encargada del cometido de asesorar al monarca en asuntos de gobierno interior del reino así como de asuntos contenciosos. Con el máximo apogeo del absolutismo, Luis XIV (rey de Francia desde el 14 de mayo de 1643 hasta su muerte en 1715, con 76 años de edad y 72 de reinado) se reorganiza el Consejo de tal modo que podría considerarse como el antecedente del *Conseil d'État* actual. De acuerdo con ese régimen político, se trata de un Consejo privado, mayormente presente en asuntos financieros y de resolución de conflictos con el poder público.

En los Consejos absolutistas —y desde entonces hasta la actualidad— puede distinguirse entre «*maîtres des requêtes*» y «*conseillers d'État*». Los primeros se encargan de preparar los asuntos administrativos y judiciales sobre los que debía conocer el *Conseil*. Los segundos, en cambio, deliberan y toman las decisiones con el Rey. El Consejo estaba tradicionalmente asistido por abogados juristas que formaran su propio cuerpo a partir del S. XVII.

«Durante el Antiguo Régimen, el Consejo de Estado, a cuyos miembros se les exigía prudencia, sigilo frente a terceros y reconocida honestidad, era una institución asesora, órgano de consulta del gobierno en asuntos políticos y administrativos, que participaba en un principio de la «omnipotencia del gobernante», concentrando en él todos los poderes: como suprema corte de justicia albergaba el derecho a anular las sentencias de todos los tribunales ordinarios, y como tribunal administrativo dimanaban en última instancia todas las jurisdicciones especiales. Igualmente, como consejo de gobierno ejercía, con el consentimiento del Rey, el poder legislativo, discutía y proponía la mayor parte de las leyes y fijaba y repartía los impuestos.»¹⁵⁵

155. TRIGUERO ORTIZ, O. «Diferentes modelos de la función consultiva y jurisdiccional de la institución del Consejo de Estado: Francia, Bélgica, Portugal y Colombia». *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén* nº 15, 2015 p. 4. Disponible en <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/3152>

En el año 1790, la asamblea constituyente nacida de la Revolución pondría en práctica la teoría de la separación de poderes de Montesquieu. A diferencia del modelo anglosajón, la separación de poderes francesa no supuso directamente el establecimiento de un sistema de pesos y contrapesos en el ejercicio del poder sino una compartimentación del mismo. De hecho, los textos del teórico Montesquieu no hablan nunca de división sino de fragmentación. Sea como fuere, la consecuencia en la Francia revolucionaria fue que el poder ejecutivo (la Administración pública) no podía quedar sujeta a la autoridad judicial que los revolucionarios veían con gran recelo. Con ello se coincide con la idea pre-revolucionaria de que el poder público debe siempre ser juzgado por una jurisdicción especial.

El Directorio ejecutivo —institución del gobierno revolucionario— fue perdiendo a gran velocidad su legitimidad y prestigio y el militar corso Napoleón Bonaparte, dio el golpe de Estado del 18 de brumario que lo convirtió en primer cónsul (Premier Cónsul) de la República el 11 de noviembre de 1799. Después sería cónsul vitalicio desde el 2 de agosto de 1802 hasta su proclamación como emperador de los franceses (*Empereur des Français*) el 18 de mayo de 1804, y fue coronado como tal el 2 de diciembre. Proclamado rey de Italia el 18 de marzo de 1805 y coronado el 26 de mayo de ese mismo año, ostentó ambos títulos hasta el 11 de abril de 1814 y, desde el 20 de marzo hasta el 22 de junio de 1815, cuando después de la derrota de Waterloo, los británicos lo extrañaron a la Isla de Santa Elena.

El Consulado, en 1799, crea el *Conseil d'État*, con las características que veremos.

El artículo 52 de la Constitution francesa del año VIII (1799) instituye el *Conseil d'État*. A la nueva institución se le atribuyen competencias típicamente administrativas (participación en la redacción de la más relevantes disposiciones administrativas generales) a la vez que jurisdiccionales (resolver pleitos que impliquen a la nueva Administración). Para PARADA, «Napoleón trasladó principios de organización propios de la Administración Militar a la Civil, y que con la creación del Consejo de Estado pretendió la instauración de una especie de Estado Mayor, en el que los miembros de éste asesoran y auxilian de modo íntimo e inmediato al Jefe. Por eso el Consejo de Estado no tenía inicialmente un presidente titular. (Napoleón ejercía la Presidencia cuando fue Primer Cónsul y luego Emperador.) Como un Estado Mayor estrechamente vinculado al Jefe, no tenía ninguna facultad decisoria, que correspondía íntegramente a aquél, y fue tal la buscada intimidad y cercanía entre el jefe y sus asesores y auxiliares, como en los Estados Mayores, que no se le asignó un domicilio propio, constituyendo —según la expresión de un autor de la época— «a la vez el consejo, la casa y la familia del Primer Cónsul, con el que comparte el palacio de las Tullerías». De la intimidad de esta forma de asesoramiento da cuenta la circunstancia de que sus sesiones se celebraban en cualquier momento; del día o de la noche y que el Emperador intervenía directamente en ellas, simulando a veces posiciones contrarias a las de su convicción personal con la finalidad de estimular la discusión y el celo entre los consejeros.(...)»

La composición del Consejo comprendía un Secretario General y los Consejeros nombrados y separados libremente por el Emperador, inicialmente treinta y después cuarenta. Al Consejo asistían también los Ministros. El Consejo, como los Estados Mayores, se dividió en secciones (legislación, finanzas, guerra, marina e interior) con un presidente al frente de cada una de ellas. Posteriormente (en el año XI), aparecen los funcionarios: primero los Auditores con el fin de servir de enlace entre el Consejo y los Ministerios y de constituir una cantera de futuros consejeros; cuando por Decreto de 11 de junio de 1806 se pone en marcha la Comisión de lo Contencioso, surge la figura de los *Maitres de Requêtes* para ejercer las funciones de secretarios. Estas categorías de Consejeros, Auditores y *Maitres de Requêtes* subsisten en la actualidad.¹⁵⁶

Pero la pregunta que inmediatamente surge es ¿qué buscaba Napoleón con la nueva institución? ¿Necesitaba un militar con inmensos poderes un órgano asesor? ¿servía el *Conséil* a la nueva realidad post-revolucionaria? Como siempre, las respuestas no son unívocas.

El bonapartismo representa en realidad una síntesis entre el mundo antiguo y el nacido de la revolución francesa, de los que intentará aprovechar sus respectivas ventajas. El modo de gobierno revolucionario suponía un grave peligro de deriva democrática-asamblearia que corrigió el golpe militar. Pero no había vuelta atrás en cuanto a la sociedad nobiliaria estamental. Como aparece en la propia página institucional del *Conséil d'Etat*, «la elección de los primeros miembros del *Conseil d'État* fue relevador de esta actitud. Todas las familias políticas obtuvieron representación, incluso aquellas que se oponían al régimen. Merlin de Douai era jacobino, Roederer, un ardiente revolucionario, y Dumas, un antiguo defensor de la realeza.»¹⁵⁷

El profesor PAREJO recoge la doctrina francesa que destaca este doble carácter de Consejo: «Para J. MASSOT y J. MARIMBERT el Consejo de Estado supone una síntesis entre dos herencias: Antiguo Régimen y Revolución. De la primera se toman el vocabulario (la denominación de las categorías superiores de los miembros, como ya se ha dicho), los métodos de trabajo (el doble examen para la instrucción y una instancia de decisión), el «lugar» (ubicado inicialmente en las Tullerías, junto a los Cónsules, el Consejo es presidido por el Primer Cónsul primero y el Emperador después) y la encomienda al mismo órgano, próximo a la Jefatura del Estado, de la triple misión de asesorar al Gobierno en todas las materias, juzgar en sede contencioso-administrativa y fungir de cantera de administradores. De la segunda derivan la construcción interna racional en secciones, el esbozo ya de una jurisdicción articulada sobre dos instancias (los Consejos de Prefectura y el propio Consejo de Estado), la encomienda al nuevo órgano de la elaboración de los grandes nuevos textos legales, la separación estricta con relación a la función judicial ordinaria (sin perjuicio de la reserva al Consejo de

156. PARADA, R. «El Consejo de Estado» *Documentación Administrativa*. n° 226, 1991, p. 114.

157. <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Histoire-Patrimoine/Histoire-d-une-institution>

Estado del pronunciamiento sobre los conflictos de competencia) y la exigencia de motivación incluso de las decisiones en sede jurisdiccional.»¹⁵⁸

La principal innovación de la Revolución consistió en la aparición de un nuevo instrumento del poder: la Ley y el Derecho.¹⁵⁹ La legitimidad del poder no podía hallarse en el estamento nobiliario. Y el asamblearismo era altamente desestabilizador para el tránsito al nuevo modelo. Así, «el Consejo de Estado nace como instrumento al servicio del Jefe del Estado para su asistencia política, jurídica y militar, tanto en el diseño estratégico como en la reordenación administrativa, pero sin entrar en el campo de la gestión. Y por ello, este modelo evoca lejanamente a la función del comisario, tal como lo describe Hintze, es decir, la figura que afronta nuevos cometidos administrativos que la Administración tradicional no se siente inclinada o no puede realizar. Un comisario sinodial extraordinario con tendencia, como también dice Hintze, a convertirse fácilmente en órgano administrativo ordinario, y es lo que empezó a ocurrir con el Consejo de Estado tras las reformas operadas a lo largo de 1806.

En 1806, y a través de varios decretos, se formó, como hemos dicho, la Comisión de la Alta Policía Administrativa y la Comisión de lo Contencioso, lo que vino a desplazar, en parte, los cometidos del Consejo desde lo político a lo jurisdiccional, y ello fue posible por la renuncia del soberano a intervenir en la decisión dando preferencia a lo jurídico sobre el criterio de la oportunidad política, aun cuando lógicamente se siguiera basando en la jurisdicción retenida. El motivo de este giro, más descrito que explicado en los autores franceses, trae quizá causa del paralelo proceso de rutinización del carisma, que decía Weber. Es decir, los más de seis años transcurridos desde el año VIII han permitido consolidar un aparato administrativo sólido, han permitido culminar casi la gran revolución del ordenamiento civil y procesal (a falta de la reforma procesal penal de 1808) y la institución parlamentaria, a partir de la Constitución del año XII, está domesticada. El Emperador ya no necesita tanto un consejero colegiado como un aparato de asesoramiento jurídico-administrativo con rigor y sobre todo con responsabilidad. Así nace el nuevo Consejo de Estado, a cargo de una nueva **aristocracia de toga** orgullosa más de su profesionalidad que de su fidelidad al Emperador, de lo que daría muestras en algunos casos que no se resolvieron a gusto de Napoleón.»¹⁶⁰

La inspiración castrense de la nueva institución debía servir al Emperador para revestir de una legitimidad técnico-jurídica al desnudo ejercicio del poder.¹⁶¹

158. PAREJO ALFONSO, L. «La función consultiva en Europa: Los Consejos de Estados francés e italiano» *Documentación Administrativa* n° 226, 1991, p. 36 quien a su vez cita a MASSOT, J. y MARIMBERT, J. *Le Conseil d'Etat*. La Documentation Française, París, 1988.

159. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Revolución Francesa y administración contemporánea*. Editorial Civitas, Madrid. 1994 4ª ed.

160. GARCÍA FERNÁNDEZ, J. «Las funciones consultivas en el Estado democrático» *Documentación Administrativa* n° 226, 1991, p. 16-17

161. «El Consejo de Estado era necesario para estas funciones debido al desconocimiento casi absoluto que éste tenía sobre cuestiones tales como la Administración civil o la fiscalidad, y a su total ignorancia del Derecho privado. En consecuencia, el Consejo de Estado tenía como misión desarrollar

Esta caracterización (Consejo de Estado como Consejo del Emperador), sin embargo, no es perfectamente trasladable a la función jurisdiccional que también tenía encomendada.

«(...) el sistema de funcionamiento del Conseil se separa cuando el Consejo de Estado ejerce funciones jurisdiccionales («la justicia por sus respetos»). Estas las ejercerá a través de la Comisión de lo Contencioso, una formación especial dentro del Consejo, que actúa con arreglo a un procedimiento formalizado, y que vino a ser en la Administración Civil, como se dijo, un remedio de la Jurisdicción Militar, significando a la vez un fuero para la Administración y para los funcionarios, frente a los Tribunales civiles y penales. (...)

En cuanto al funcionamiento del Consejo, y desde sus orígenes, hay que distinguir la función consultiva de la jurisdiccional: en la primera, como se ha dicho, no hay formalidades, sino discusión abierta de las cuestiones, sin que pueda darse publicidad ni al contenido de éstas, ni a los informes en el caso de que se materialicen por escrito. En la función jurisdiccional contenciosa se inscriben expedientes y la decisión final, el *arrêt*, es, obviamente, pública.»¹⁶²

Siguiendo la exposición del profesor CARRILLO DONAIRE, resulta que: «En origen, en el contexto histórico del Consulado y del Primer Imperio (1799-1814), el Consejo de Estado vivió una verdadera época de esplendor como órgano consultivo. Bajo la Presidencia del Primer Cónsul, más tarde Emperador Napoleón I, su función de «consejero del gobierno» en la redacción de los proyectos de ley fue decisiva para afrontar con éxito la impresionante obra codificadora emprendida por Francia a principios del siglo XIX. El Código civil, el Código de comercio y el Código penal napoleónicos, las leyes procesales de instrucción civil y criminal o las grandes leyes administrativas en materia de obras públicas y minas, sin olvidar los primeros reglamentos administrativos de organización de los servicios públicos, deben sin duda su perfección técnica y —a la postre— su longevidad a la calidad que les imprimió la intervención consultiva del Consejo de Estado.

Esta cualificada y brillante contribución a la codificación del Derecho se vio truncada en el período de la Restauración Monárquica (1814-1848). El Consejo de Estado, que no es mencionado siquiera en las Cartas Reales de Luis XVIII

el pensamiento, las intuiciones de Bonaparte y, al propio tiempo, contribuir a la formación política del Primer Cónsul, que asistía regularmente a sus sesiones, al menos en una primera época. En otros términos, el Consejo de Estado napoleónico estaba concebido para armonizar una visión política general, aportada fundamentalmente por Bonaparte, con los conocimientos técnicos de sus miembros en materias tales como el Derecho, la Administración, las finanzas o la organización militar (...) La misión del Consejo de Estado no se limitaba a garantizar la preeminencia de Bonaparte en el Ejecutivo. También debía contribuir a reforzar al Poder ejecutivo frente a las asambleas creadas por la Constitución del año VIII (el Senado, el Tribunal y el Cuerpo legislativo): los consejeros de Estado eran los encargados de redactar los proyectos de ley e incluso de defenderlos ante el Cuerpo legislativo. Por último, las funciones y los privilegios que confería la condición de consejero de Estado fue un instrumento utilizado por Bonaparte para atraerse a personajes que, de otra manera, habrían militado en la oposición.» GARCÍA ÁLVAREZ, G. «El fracaso en España del modelo francés de Consejo de Estado (1845-1904)» Documentación Administrativa n° 244-245, 1996, pp. 92-93.

162. PARADA, R. «El Consejo de Estado» Documentación Administrativa. n° 226, 1991, p. 115.

(1814) y de Luis Felipe 1 (1830), adormece en su función consultiva bajo la Monarquía constitucional, siendo rara vez consultado en la elaboración de las leyes adoptadas durante esta época.¹⁶³

La Revolución de 1830 introdujo importantes reformas, tales como la de la publicidad de las audiencias (Ordenanza de 2 de febrero de 1831) y la introducción de un ministerio público ejercido por los *Maitres de Requetes* (Ordenanza de 12 de marzo de 1831), los cuales recibirán —en el Reglamento de Régimen Interior de 26 de mayo de 1849— la denominación de Comisarios del Gobierno y pasarán a ser una pieza esencial en el funcionamiento del Consejo. En esta misma época tiene lugar también un hecho capital: el desarrollo a partir de 1832 del recurso por exceso de poder.¹⁶⁴

No es hasta 1848 y la instauración de la II República cuando se reafirma el *Conséil* dentro del conjunto de instituciones francesas. En 1849 una ley le confía la justicia delegada, es decir, se dictan sentencias directamente «en nombre del pueblo francés». El mismo año se crea el Tribunal de Conflictos, formación distinta del *Conseil d'État*, encargado de resolver los conflictos de atribuciones entre la nueva jurisdicción administrativa y el poder judicial propiamente hablando, lo que funciona como un contrapeso al nuevo poder. Es en esta misma época cuando se establece el acceso a los cuerpos jurídicos del Consejo mediante un verdadero concurso. Con Napoleón III, Emperador a partir de 1852 y hasta 1870, se restablece la justicia retenida.

Como ha descrito GARCÍA ÁLVAREZ, «La Segunda República supuso la introducción de numerosas reformas en el régimen jurídico del *Conseil d'État*. Por ejemplo, la jurisdicción delegada. Pero no sólo ésa. El Consejo se transforma en el órgano consultivo de la Asamblea Nacional, que es la que selecciona a sus miembros, y que le dota de una absoluta independencia respecto de la Administración, aunque fuese al precio de una politización que casi lo convirtió en una segunda cámara. En el aspecto organizativo, se formó una «sección de lo contencioso», formada por nueve miembros, con la finalidad exclusiva de ejercer funciones jurisdiccionales. Los consejeros de esta sección siguieron formando parte de la Asamblea General, pero la rotación obligatoria entre secciones desaparece en 1849, y los miembros de la secciones de legislación y de administración —lógicamente más próximos a la Administración activa— no participan ya en los trabajos de la Sección de lo contencioso, como no sea para completar el quorum requerido en caso de que fuese necesario. Por otra parte, el procedimiento contencioso se benefició de una reforma radical, durante la que se introdujeron el debate oral, la publicidad de las sesiones y la intervención del Ministerio público

163. CARRILLO DONAIRE, J.A. «Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés (1799-1999)» *Revista de Administración Pública* n° 153, 2000, p. 522

164. PAREJO ALFONSO, L. «La función consultiva en Europa: Los Consejos de Estados francés e italiano» *Documentación Administrativa* n° 226, 1991, p. 37

(Ordenanzas, respectivamente, de 2 de febrero, 12 de marzo y 9 de septiembre de 1851).»¹⁶⁵

«Toda la corriente de ideas liberales hasta mediados del siglo XIX fue, en general, hostil al Consejo de Estado en Francia, como en el resto de Europa. Se veía en él una supervivencia del absolutismo, opuesto a las nuevas tendencias. Se le discutió su intervención en lo contencioso por cuestión de principios; el duque de Broglie, uno de los campeones del liberalismo, lanzó la tesis de la distinción entre derecho e interés, para proponer que toda lesión de un derecho fuese de la competencia de los tribunales judiciales. Se recelaba, incluso, de sus informes en materia administrativa, por suponerlos siempre inclinados del lado de la Administración. El hecho de que frente a estas corrientes hostiles el Consejo de Estado se impusiera y consolidara, acabando por alcanzar el gran prestigio del que goza en la actualidad, revela, en primer término, el acierto jurídico de su actuación, pero también el carácter imprescindible de sus actividades en un país como Francia donde tienen tal fuerza las normas de derecho que no sería concebible una organización del Estado que no diese lugar a una aplicación rigurosa de ellas.»¹⁶⁶

La III República (ley de 24 de mayo de 1872) establece la estructura que pervive hasta la actualidad. La justicia administrativa napoleónica era **justicia «retenida»**, es decir, que los dictámenes del Consejo no tenían valor sin la aprobación del Jefe del Ejecutivo (al igual que ocurría con la Jurisdicción castrense en que las sentencias de los Consejos de Guerra no eran válidas sin la aprobación de la Autoridad militar correspondiente). A partir de esa fecha, el poder de decisión se atribuye directamente al Consejo, con lo que se instaura la llamada **justicia «delegada»**. En otras palabras, el autoritarismo napoleónico fue devorado por la propia fuerza de las normas jurídicas.

De nuevo, según CARRILLO DONAIRE, «Así, a pesar de haber sido concebido esencialmente como órgano consultivo, el Consejo de Estado recibió tempranamente la encomienda del Primer Cónsul de elaborar una propuesta de resolución en todos los litigios en los que la Administración fuese parte y tuviese que resolver el Jefe del Estado. En el curso de las primeras décadas del siglo XIX esta especialización «contenciosa» va a incrementarse notablemente como consecuencia de dos importantísimas decisiones. En primer lugar, por la creación, en 1806, de una «Comisión de lo contencioso» en el seno del propio Consejo de Estado, ante la que los administrados presentaban sus alegaciones siguiendo un procedimiento de tipo jurisdiccional en el que se admitía asistencia letrada. Este procedimiento se «juridificaría» aún más bajo la Restauración debido al debilitamiento de la función consultiva del Consejo de Estado en dicho período, que como contrapartida le permitió intensificar su dimensión «contenciosa», sobre todo a partir de la reforma de 1831 que instauró el procedimiento oral, la publicidad de las sesiones y la fi-

165. GARCÍA ÁLVAREZ, G. «El fracaso en España del modelo francés de Consejo de Estado (1845-1904)» Documentación Administrativa nº 244-245, 1996, p. 96

166. MARQUES DE LAS MARISMAS. «La Institución del Consejo de Estado en la actualidad» *Revista de Administración Pública* nº 1, 1950, p. 14.

gura del *Commissaire du Gouvernement*, que, pese a representar inicialmente al Gobierno, pronto se configuró como un ministerio público que sólo debía «pronunciarse en el interés de la sana aplicación de la Ley». En segundo lugar, y como causa más relevante aún, por la generalización de la práctica según la cual el Jefe del Estado se limitaba a confirmar pura y simplemente la propuesta de resolución que en cada caso le elevaba el Consejo de Estado. Esta situación consagraba definitivamente un sistema de «justicia delegada» y no ya de mera «justicia retenida». Sólo faltaba dar un paso más: dotar al Consejo de Estado del carácter de una verdadera jurisdicción especializada, independizando definitivamente el conocimiento contencioso de todo vínculo orgánico con el Ejecutivo.

Este fue el paso que dio la Ley de 24 de mayo de 1872, que constituyó en el Consejo de Estado una «Sección de lo contencioso» especializada a la que se adscribieron permanentemente nueve Consejeros para «ejercer la jurisdicción administrativa superior».¹⁶⁷

En definitiva, el Conseil d'État tuvo una muy relevante actividad en el Consulado y el Primer Imperio (1799-1814). A él se debe, como hemos señalado, el desarrollo de la codificación a través de la preparación de los Códigos napoleónicos. Pero no es hasta la restauración (1814) cuando consolida su más importante función: la jurisdicción sobre asuntos contencioso administrativos. No deja de sorprender que el inicial origen consultivo de la institución y su brillante ejercicio fuera el elemento que le confirió el prestigio necesario para dar después el salto definitivo a la que sería la función primordial: la jurisdiccional.

Como advierte SANCHEZ NAVARRO, «Al igual que en nuestro país, la existencia del Consejo de Estado francés ha sido azarosa desde su nacimiento, en sentido moderno, en el texto del año VIII. Al igual que aquí, varios textos constitucionales lo han ignorado, en varias ocasiones ha estado al borde de la desaparición e, incluso, ha llegado formalmente a ser disuelto. Pero, en medio de tantas quiebras institucionales, también en Francia el Consejo de Estado ha logrado defender y consolidar su lugar institucional en el contexto del régimen político».¹⁶⁸

Ello no empaña la valoración doctrinal sobre el papel del Consejo en Francia: «(...) puede decirse que el Consejo de Estado francés por reunir el más alto nivel de la función jurisdiccional administrativa, que ejerce con acrisolada independencia, por la extraordinaria calidad de los cuerpos de funcionarios que lo integran, por el peso de unas tradiciones centenarias de estudio y pasión por los

167. CARRILLO DONAIRE, J.A. «Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés (1799-1999)» *Revista de Administración Pública* n° 153, 2000. p. 524. El autor observa, con sagacidad, como el ejercicio de la función jurisdiccional (resolver conflictos) fue el que creó el Derecho administrativo (y no al revés). El Derecho administrativo francés, en este sentido, tiene básicamente origen casuista como ocurre en el modelo anglosajón.

168. SANCHEZ NAVARRO, A.J. *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional*. Madrid, 2007, p. 66. Como explica RODRIGUEZ-ZAPATA, «En el Derecho comparado el Consejo suele estar garantizado por la rigidez constitucional, con la importante excepción de la IVª República francesa, cuya Constitución no lo mencionó por estimar que nada podría añadir una Constitución al prestigio del Conseil d'État.» RODRIGUEZ-ZAPATA, J. «Estudio Preliminar» en *Ley Orgánica del Consejo de Estado*. Instituto Nacional de Prospectiva y Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980, p. 40.

asuntos públicos, ha sido el gran cerebro de la Administración francesa, sobre cuyos trabajos se ha levantado la estructura del Derecho administrativo. Por esto no resulta extraño que pieza tan singular haya deslumbrado a los legisladores de otros países que han incorporado esta institución a su sistema de Derecho público.»¹⁶⁹

Para TRIGUERO ORTIZ, «La contribución del Consejo de Estado francés a la creación y desarrollo del derecho administrativo es indiscutible. Partiendo de la premisa fundamental de la imposibilidad de aplicar el derecho común a la Administración, que actúa sustraída a los tribunales ordinarios, e investida de poder para ejercer la policía sobre el orden público y económico, y a la que posteriormente se le encomendó la misión de servicio público, el Consejo de Estado francés fue sentando las grandes premisas del derecho administrativo. Entre otras premisas, el recurso por exceso de poder, la garantía de las libertades públicas, la extensión de la responsabilidad de los poderes públicos y el examen de los principios generales del Derecho Público. Hoy en día, son considerados grandes dogmas del derecho administrativo, como la primacía del individuo frente al poder, traducida en la defensa de los derechos y libertades públicas, y el dogma del servicio público, donde la transformación del Estado policía al Estado providencia convierte a este en un gran prestador de servicios públicos. Dicho Estado, sometido al imperio de la ley que, no obstante, le reconoció importantes prerrogativas en orden a cláusulas exorbitantes o potestades de policía, sobre la base del interés general.

Con todo, el mérito del Consejo de Estado francés ha sido mantener la faceta consultiva y la jurisdiccional en un solo órgano, paradoja esquizoide de tener que asesorar y controlar al tiempo al poder ejecutivo que en palabras de Saint-marc, Vicepresidente del Consejo de Estado en 1999, no obstante, «la historia ha mostrado que esta dualidad corresponde a dos maneras complementarias de ejercer el control sobre la Administración, una preventiva y otra curativa. Las dos exigen la misma independencia, tan necesaria para el que aconseja como para el que juzga. Gracias a este doble papel, y no a pesar de él, el Consejo de Estado ha podido desarrollar el Derecho Público durante tantos años y someter al Poder Ejecutivo al control del juez».¹⁷⁰

1.2. El Conseil d'État moderno

La Francia libre bajo ocupación alemana se dotó de un consejo jurídico. Un Decreto de 15 de diciembre 1941 crea en Londres una Comisión de legislación

169. PARADA, R. «El Consejo de Estado» *Documentación Administrativa*. nº 226, 1991, p. 115.

170. TRIGUERO ORTIZ, O. «Diferentes modelos de la función consultiva y jurisdiccional de la institución del Consejo de Estado: Francia, Bélgica, Portugal y Colombia». *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén* nº 15, 2015 p. 9. Disponible en <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/3152> con cita de la obra de CARRILLO DONAIRE, J.A., «Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado Francés (1799-1999)», *Revista de Administración Pública*, nº 153, 2000.

que funcionó como una sección contenciosa inspirada en las funciones jurisdiccionales del Conseil d'Etat. En 1943 se crea en Argel un más amplio Comité jurídico que sucede a la anterior Comisión. Al final de la II Guerra Mundial, con la liberación de Europa del fascismo, el Comité es presidido por René Cassin,¹⁷¹ funciona de manera paralela al Conseil d'Etat. En agosto de 1945, el Comité jurídico desaparece formalmente para dar paso a una nueva sección consultiva integrada plenamente en el Conseil d'Etat, de la que forman parte la mayor parte de los miembros de la Comisión permanente. En la misma época se creó la *Ecole Nationale d'Administration* (ENA), de donde provienen la práctica totalidad de los Letrados del Consejo (*auditeurs*).¹⁷²

Además de lo anterior, destaca como el ascenso en los cuerpos funcionarios del Conseil queda en gran parte al margen de los nombramientos políticos. La regulación de los nombramientos prevé que 2/3 de los Consejeros sean previamente *maitre des requêtes*. A su vez, 3/4 de éstos deben provenir del cuerpo de Letrados, aplicandose a la promoción interna el riguroso criterio de antigüedad en el cuerpo.

En 1953, los tribunales administrativos sucederán a los *Conseils de Préfecture*. Constituyen los jueces de los asuntos contencioso-administrativos que conocen en primera instancia, mientras que el Conseil se reserva el conocimiento de los asuntos más importantes así como de la apelación contra las resoluciones de instancia adoptadas por los jueces. En la actualidad existen hasta 41 tribunales administrativos de instancia.

En la Constitución de la V República (1958), se fijan dentro de la regulación del procedimiento legislativo, aquellos casos donde el Conseil debe ser consultado obligatoriamente. Esta previsión constitucional no ha estado exenta de conflicto. Así, en 1962 el general De Gaulle decidió someter a referendum (de acuerdo con el artículo 11 de la Constitución) el procedimiento de elección del cargo de Presidente de la República por sufragio universal directo. El Conseil d'Etat emitió un dictamen desfavorable (1 de octubre 1962). A juicio del Consejo se trataba de una revisión constitucional que no se compadecía con el procedimiento previsto. Igualmente, el 19 de octubre de 1962 el Conseil d'Etat anuló el Decreto que creaba el tribunal de justicia militar que había condenado a muerte un dirigente del grupo terrorista argelino *Organisation Armée Secrète* (OAS). La decisión Canal —como así se apellidaba el condenado— declaró la

171. René Cassin fue nombrado vice-presidente en noviembre de 1944 y contribuyó en gran medida a la renovación y prestigio del Conseil d'Etat moderno. Por la Ordenanza de 31 de julio 1945 se consolidó la función consultiva del Consejo al establecer la consulta obligatoria para cualquier proyecto de ley.

172. La *École Nationale d'Administration* fue creada el día siguiente del fin de la segunda guerra mundial por Ordenanza del Gobierno provisional de la Republica francesa entonces presidida por el General De Gaulle. Con la misión de reforma de la administración encabezada por Michel Debré, entonces *maitre des requêtes* del Conseil d'Etat, la Ordenanza de 9 de octubre 1945 pretendió «refundar la maquinaria administrativa francesa», principalmente mediante la democratización del reclutamiento de los altos funcionarios del Estado, con la puesta en marcha de un concurso de acceso único a la función pública. Cfr. <https://www.ena.fr/L-ENA-se-presente/Qui-sommes-nous/Histoire>

ilegalidad del tribunal militar, considerando que la imposibilidad de revisar la condena por ninguna instancia era contrario a los más elementales principios generales del Derecho.

Estas decisiones contrarias al gobierno De Gaulle, impulsaron la reforma. Bajo la presidencia de Léon Noël, se creó una comisión —en la que se integraban también algunos miembros del propio *Conseil d'État*— con la finalidad de formular las propuestas de reforma. En 1963 el resultado fue un reforzamiento del papel consultivo del *Conseil d'État*, mediante la creación una Sección de Estudios e Informes. Se estableció además el principio de «*double affectation*» de los miembros del Consejo, de manera que debía pertenecer a la vez tanto a una sección consultiva como a la contenciosa. Con ello se quería evitar que los jueces pudieran incurrir en cierto desconocimiento del funcionamiento y la realidad de la Administración pública.¹⁷³

La competencia consultiva del *Conseil* en esos casos no solo es de legalidad sino también de oportunidad. Como se ha explicado: «Desde siempre el Consejo de Estado se ha considerado, por lo que hace a su intervención en materia normativa, coautor de los correspondientes textos, fundamentalmente los reglamentarios. De ahí que se haya sostenido también que su calidad de asesor general en materia administrativa del Gobierno le autoriza a pronunciarse no sólo sobre la legalidad, sino también sobre la oportunidad de los textos normativos (y también desde luego de las medidas o actos concretos) sometidos a su consideración, al punto, incluso, de poder tomar una posición negativa sobre la procedencia de los mismos exclusivamente por razones de esta última índole. La amplitud, pues, con la que el Consejo de Estado interpreta su función consultiva no ha dejado de dar lugar, también desde siempre, a críticas, fundamentalmente basadas en que la incursión en el campo de la oportunidad hace incurrir a dicho Consejo en el riesgo de la invasión del terreno de lo estrictamente político, reservado a los representantes, directos o indirectos, de la soberanía popular.»¹⁷⁴

173. Nótese, sin embargo, como este pío deseo es en realidad muy problemático en cuanto el mismo órgano que emite una opinión consultiva sobre la norma —que puede ser desoída— será el que después resolverá sobre la litigiosidad que pueda presentar la misma. Visto desde esta perspectiva la unión de las funciones consultivas y jurisdiccionales no supone más que un refuerzo de la vinculatoriedad de la primera. «Desde su aparición progresiva y autofundada a lo largo de todo el siglo XIX, la jurisdicción contencioso administrativa sufre de una confusión de géneros en el más alto nivel. En efecto, el Consejo de Estado, que la construyó pacientemente, es una institución única que acumula la calidad de Corte Suprema del orden jurisdiccional administrativo y, a la vez, la de consejo del gobierno. Esta confusión de géneros no puede sino generar dudas acerca de la independencia, no individual de sus miembros, sino institucional del Consejo de Estado en tanto jurisdicción. Y es tanto más notable cuanto ha recibido una consagración en el plano orgánico: todo miembro del Consejo de Estado está afectado a la vez a una formación de consejo (sección administrativa) y a una formación contenciosa (subsección de la Sección del contencioso), y es llamado regularmente para cumplir uno u otro rol según las necesidades del servicio.» GUGLIELMI, Gilles J. «La jurisdicción contencioso administrativa francesa: evolución y reformas» disponible en https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/LA_JURISDICTION.pdf

174. PAREJO ALFONSO, L. «La función consultiva en Europa: Los Consejos de Estados francés e italiano» *Documentación Administrativa* n° 226, 1991, p. 55

De todos modos, para nuestro interés, es digno de ser destacado como la Constitución francesa de 1958 no menciona explícitamente este modelo peculiar de justicia contencioso-administrativa. No deja de ser paradójico que el ordenamiento que hizo nacer el modelo en Europa, no lo contemple con el máximo rango normativo. Desde el edicto de Sant Germain de 1641 que prohíbe al poder judicial juzgar de los asuntos del Rey, se ha considerado que juzgar a la Administración es una actividad propiamente administrativa. La Revolución francesa y la separación de poderes vieron como un estorbo el control judicial de la actividad ejecutiva pues los jueces tenían escaso espíritu revolucionario. La Ley de 16 de agosto de 1790 (art. 13) establece que el poder judicial no puede juzgar a la Administración. Ello no se traduce en una total ausencia de control, ni en un mero autocontrol administrativo interno sino que se crea la jurisdicción administrativa con los Consejos de Prefectura y el Consejo de Estado como la conocemos hoy.

Esta laguna constitucional fue colmada en 1980 con la decisión del Conseil Constitutionnel relativa a la convalidación por el legislador de actos administrativos.¹⁷⁵ Se planteaba en ese caso si existía una facultad para convalidar normativamente actos sujetos a revisión jurisdiccional. Y el órgano de interpretación constitucional consideró que la jurisdicción del *Conseil d'État* es un principio fundamental reconocido por las leyes de la República.

A partir de la ley de 1987 y su desarrollo mediante sendos Decretos de 1988 y 1990, se instaura la creación de Tribunales administrativos de apelación (*Cours administratifs d'Appel*). Efectivamente, la ley de 31 de diciembre de 1987 completa el orden jurisdiccional con la segunda instancia, a la que se atribuyen las competencias de resolver la apelación. En la actualidad, existen ocho. La jurisdicción suprema en el orden administrativo, se ejerce por el *Conseil d'État* que con esta planta deviene juez de casación de los nuevos tribunales.¹⁷⁶ En el en-

175. Decisión 80-119 DC, de 22 de julio de 1980. «Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement; qu'ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence; Mais considérant que ces principes de valeur constitutionnelle ne s'opposent pas à ce que, dans l'exercice de sa compétence et au besoin, sauf en matière pénale, par la voie de dispositions rétroactives, le législateur modifie les règles que le juge a mission d'appliquer; qu'ainsi le fait que la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel intervient dans une matière ayant donné lieu à des recours actuellement pendants n'est pas de nature à faire regarder cette loi comme non conforme à la Constitution;

Texto disponible en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1980/80119DC.htm>

176. Esta imagen estática —reparto piramidal de la planta judicial— se discute por algunos autores: «En el seno de la jurisdicción contencioso administrativa también existe una estratificación histórica de las vías de recurso que termina convirtiendo al Consejo de Estado —que detenta la función jurisdiccional de casación— en un juez que acumula competencias de excepción en primer grado y en apelación. La simultaneidad es tal que, en una misma tarde de audiencia de la sección del contencioso o de las subsecciones, ante el mismo colegio de magistrados reunidos puede llegar a presentarse en el repertorio una serie de litigios que dependen alternativamente de uno u otro grado de jurisdicción.

juiciamiento de determinados asuntos (Decretos del Presidente de la República o reglamentos de los Ministros) el *Conseil d'État* funciona como única instancia.

El alcance de la revisión jurisdiccional ha pasado del mero recurso por *exces de pouvoir* al recurso de plena jurisdicción. No solo los jueces administrativos —recordemos altos funcionarios no integrados en el poder judicial— pueden decretar la nulidad del acto administrativo que ha sido revisado, sino que pueden dictar un acto conforme a Derecho, imponer sanciones o establecer indemnizaciones.

En la actualidad, el Consejo de Estado se configura como el órgano consultivo del Gobierno francés con competencia en la tramitación de los proyectos de ley, de las ordenanzas y de determinados decretos. Para ello, emite dictámenes a instancia del ejecutivo sobre cuestiones jurídicas y efectúa, a instancia de este o de oficio, estudios relativos a cualquier cuestión administrativa o política pública. La función consultiva se lleva a cabo mediante cinco secciones especializadas: la Sección de Interior, la Sección de Hacienda, la Sección de Obras públicas, la Sección Social así como la Sección de la Administración, creada en 2008.

Los representantes de los ministros, denominados *Commissaires du Gouvernement*, pueden instruir al Consejo de Estado sobre el alcance general de un texto, las condiciones de su elaboración y las razones que lo motivaron. El proyecto de dictamen es elaborado por el ponente y sometido al examen de la sección para su discusión y votación sobre las eventuales modificaciones.

La Asamblea general, reúne el conjunto de los consejeros de Estado bajo la presidencia del vicepresidente, que de manera obligatoria debe conocer de la mayoría de los proyectos de ley y de ordenanzas. Como principio general los dictámenes del Consejo de Estado no tienen carácter vinculante, aunque son seguidos en casi todas las ocasiones por el Gobierno por su contrastada *auctoritas*.

Igualmente, el Consejo de Estado es el órgano jurisdiccional administrativo supremo: es el máximo tribunal de la actuación del poder ejecutivo, de los entes territoriales, de las autoridades independientes y de los establecimientos públicos administrativos o de los organismos que disponen de prerrogativas públicas. La Sección del Contencioso (*Section du contentieux*) del Consejo de Estado está organizada por materias y se divide en 10 subsecciones.

Finalmente, podemos hacernos la pregunta relativa a la compatibilidad de este sistema de revisión de los actos administrativos con los estándares que el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH) impone a los países europeos firmantes. El Convenio no impone en sí mismo que el control de la Administración pública se lleve a cabo por la jurisdicción especial dentro de poder judicial. En otras palabras, lo que exige el estándar europeo es que el control se

Asimismo, en su función de juez supremo de casación, el Consejo de Estado tiene el poder de resolver directamente el caso en el fondo sin remitir a una jurisdicción de apelación: y no se priva de hacerlo, ejerciendo entonces sobre la jurisprudencia de las jurisdicciones ordinarias una influencia que excede notablemente el oficio de unificación del derecho por parte de la casación.» GUGLIELMI, Gilles J. «La jurisdicción contencioso administrativa francesa: evolución y reformas» disponible en https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/LA_JURISDICTION.pdf

lleve a cabo por órganos absolutamente «independientes, objetivos e imparciales», lo que ciertamente puede hacerse mediante altos funcionarios. Ya hace algunos años tuvimos la oportunidad de alertar sobre este particular y sobre el impacto del art. 6.1. del CEDH sobre los sistemas europeos de justicia administrativa que basan su diseño en el modelo francés.¹⁷⁷

La cuestión es, por tanto, no solo relativa a un sistema judicial *versus* un sistema administrativo sino sobre si verdaderamente un sistema administrativo garantiza el estándar de independencia que se exige a un efectivo control de la actividad de las Administraciones públicas. Son pocas las voces críticas dentro de los académicos franceses, en su mayoría deslumbrados por el peso de la tradición y las innegables aportaciones de la institución. Sin embargo, se ha destacado que «En tanto corte supremo de un orden jurisdiccional, el Consejo de Estado hace como si se atenera a un equilibrio jurídico que sería garante de su neutralidad. Ahora bien: si su neutralidad política no se cuestiona (por razones que dependen de las sucesivas olas de nominaciones por los distintos presidentes y del nombramiento mediante clasificación con diploma de la ENA), no sucede lo mismo con su **neutralidad sociológica**, que es puramente mítica, ya que los miembros del Consejo forman parte del «mismo mundo» que la alta administración. Por lo tanto al Consejo de Estado le cuesta disfrazar su pretensión de encarnar la continuidad del Estado más allá de gobiernos y legislaturas. Digamos que en cierto modo podría ser calificado de soberanista, en cuanto considera que debe dominar sin compartir y sin control democrático sobre su acción todo aquello que, de cerca o de lejos, concierne a la actividad jurídica de los poderes públicos, con el motivo de que detenta una legitimidad histórica y una verdad jurídica que nadie estaría habilitado a matizar.¹⁷⁸

1.3. La relación del Consejo de Estado con el *Conseil Constitutionnel*. La nueva QPC¹⁷⁹

Pese a la indiscutible labor de control de la Administración por parte del *Conseil d'Etat*, la teoría jurisprudencial de la «ley pantalla», suponía un cierto agujero en el sistema. Según esta teoría, cuando un acto administrativo ha sido dictado en aplicación de una ley, es imposible cuestionar su legalidad ante el juez administrativo alegando la excepción de inconstitucionalidad de la ley que

177. PADROS REIG, C. y ROCA SAGARRA, J. «La armonización europea en el control judicial de la administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» *Revista de Administración Pública* n° 136, 1995.

178. GUGLIELMI, Gilles J. «La jurisdicción contencioso administrativa francesa: evolución y reformas» disponible en https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/LA_JURISDICCION.pdf

179. El dossier temático dedicado a la question prioritaire de constitutionnalité presenta el campo de aplicación del instrumento procesal creado, así como la jurisprudencia desarrollada desde 2010 por el Conseil d'État en su papel de filtro de las cuestiones que le han sido elevadas por tribunales administrativos inferiores o aquellas que el propio Conseil ha considerado. Disponible en http://www.conseil-etat.fr/content/download/36061/311789/version/4/file/dossier_thematique_qpc.pdf

lo fundamenta. La ley supuestamente inconstitucional «se interpone» entre el acto administrativo y la Constitución de tal modo que la jurisdicción administrativa (o judicial) no es competente para apreciar la conformidad de una ley a la Constitución.¹⁸⁰

De ello resulta que la aplicación de la jerarquía de normas por parte de la jurisdicción administrativa es sólo parcial, y que en el ordenamiento jurídico subsisten actos administrativos que se basan en normas que contradicen el texto constitucional. La falta de competencia jurisdiccional sobre el juicio de constitucionalidad por parte de la jurisdicción supone una evidente autolimitación que en España se suple con la cuestión de inconstitucionalidad que pueden elevar jueces y magistrados (art. 163 CE y 35 LOTC).

La ley Orgánica nº 2009-1523 de 10 de diciembre de 2009 relativa a la aplicación del artículo 61.1 de la Constitución francesa establece el nuevo mecanismo de la «*question prioritaire de constitutionnalité*» (QPC en adelante). El Decreto nº 148 de 16 de febrero de 2010, contiene el desarrollo del mecanismo disponible para los tribunales administrativos de primera instancia, los tribunales administrativos de apelación y para el propio Conseil d'État.¹⁸¹ De este modo, todo justiciable puede, desde marzo de 2010, alegar ante una instancia de la jurisdicción administrativa o judicial, que una disposición legislativa vulnera los derechos y libertades que la Constitución garantiza.

Se trata, pues de una cuestión incidental y prejudicial en el marco de un litigio principal, para cuya resolución resulta indispensable despejar la duda de constitucionalidad de la disposición legislativa. El trámite de la QPC inicia cuando, en el curso de una controversia ante un tribunal judicial, la parte recurrente —no en cambio el propio tribunal de oficio— argumenta que una disposición legal es contraria a los derechos y libertades que la Constitución garantiza. Los legitimados para elevar la QPC al *Conseil Constitutionnel* son solamente el Consejo de Estado o la Corte de Casación. No hay pues un sistema generalizado o difuso de acceso al juicio constitucional. Son esos órganos judiciales superiores quienes examinan la «seriedad y novedad» de la cuestión constitucional y la procedencia de la remisión.¹⁸²

El artículo 23-1 de la Ley orgánica determina también —de modo análogo al ordenamiento español— que en el proceso de constitucionalidad intervenga el Ministerio Público. En aquellos procesos en los que no sea parte el Ministerio,

180. CE Sect., 10 de julio de 1954, Federación Nacional de Consejos de Padres de Alumnos, Rec. 449, D. 1955.330; CE Sect., 15 de octubre de 1965, Unión federal de Magistrados y Reliquet, Rec.515, AJDA 1965.590.

181. Disposiciones codificadas después en los artículos 771-3 y siguientes del Código de Justicia Administrativa.

182. El mecanismo es similar al contemplado en la Constitución austríaca de 1920, modificada en 1929, donde se establece que la inconstitucionalidad de una ley del Parlamento puede alegarse solo ante la *Gerichtshof Obster* (Supremo Tribunal Ordinario) o de la *Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal Administrativo Supremo), ya que solo los tribunales podrían suspender en ese caso el procedimiento pendiente ante ellos y son ellos exclusivamente quienes pueden presentar ante el *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional) el recurso, siempre que se dude de su constitucionalidad

la decisión le debe ser comunicada para que presente su calificación sobre la constitucionalidad de la norma. Esto no significa que el Ministerio se convierta en parte procesal dentro del trámite en cuestión, pues el litigio se resolverá de acuerdo a lo establecido para cada jurisdicción, pero intervendrá en el ejercicio del control de constitucionalidad.

De igual modo, el Presidente de la República, el Primer Ministro, los presidentes de la Asamblea Nacional o del Senado son «llamados» al proceso, para presentar sus «observaciones» como altas autoridades políticas. Este requisito contenido en la ley orgánica ha sido criticado y cuestionado en la medida en que puede significar una extensión y dilación innecesaria del proceso. Con todo, este extremo encuentra su justificación en el hecho que el control de la ley por medio de la QPC opone su poder sobre una norma votada, promulgada y aplicada, y que, aunque imperfecta, se ha beneficiado de la legitimidad que da el tiempo, siendo las observaciones una manera de reforzar la legitimidad que se ve comprometida con la decisión de constitucionalidad.¹⁸³

La doctrina del *Conséil Constitutionnel* ha sido generosa con respecto a los derechos y libertades susceptibles de protección que incluyen, los principios fundamentales reconocidos por el constituyente de 1946, el preámbulo de la Carta de 1958, los derechos de libertad de asociación, derecho de la defensa y debido proceso, la libertad individual, la libertad de enseñanza, la libertad de conciencia, y, también, la independencia de la jurisdicción administrativa. La pertenencia de Francia a varios instrumentos internacionales ha supuesto también la inclusión de derechos en ellos contenidos, especialmente, el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que pueden ser aplicados directamente, por medio del control de convencionalidad.

Como todas las cuestiones incidentales en un proceso, existe el riesgo de un uso indebido del mismo con la finalidad de dilatar la resolución del mismo. Por ello, en el artículo 23-2 se establece que la QPC debe resolverse con «prioridad». Esto significa que el juez debe resolver la cuestión preferentemente a los demás procesos en curso, y transmitirla al Consejo de Estado o a la Corte de Casación en un plazo de ocho días a partir de su pronunciamiento, remitiendo el recurso y las alegaciones de las partes.

Unavez elevada la QPC, se suspende el proceso en el cual se planteó, hasta la recepción de la resolución del Consejo de Estado o de la Corte de Casación (si éstos deciden la improcedencia) o del Consejo Constitucional, si la cuestión es finalmente sometida a su conocimiento. Esta suspensión no se aplica cuando se trate de una causa con reo o se discuta la puesta en libertad del mismo. La Ley orgánica establece un plazo de tres meses a partir de la recepción de la solicitud para que el Consejo de Estado o la Corte de Casación se pronuncien sobre la remisión de la QPC al Consejo Constitucional.

183. SARMIENTO, J. P. «La jurisdicción constitucional en Francia. De la aparente excepción europea al fin de la singularidad francesa». *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile vol. 43 n° 2, 2016, p. 474

Los apartados 4 y 5 del artículo 23 prevén que la QPC solo puede ser sometida al Consejo Constitucional, si «la **cuestión es nueva**». Este criterio se refiere a que el Consejo Constitucional todavía «no haya tenido ocasión de aplicar» la norma objeto de controversia. Por consiguiente, opina el Consejo Constitucional, una QPC no puede ser nueva por el único motivo de que la disposición legislativa impugnada no haya sido examinada previa y explícitamente por el Consejo. El requisito de «novedad» supone la inexistencia no solo de vacíos normativos, sino también jurisprudenciales. El Consejo Constitucional ha señalado que, aun cuando en el caso particular exista una decisión de constitucionalidad *a priori* que haya declarado la norma conforme a la Constitución, el Consejo puede volver a estudiar la constitucionalidad de la disposición, si en el caso particular existen motivos que no fueron objeto de su decisión y que por consiguiente, no fueron objeto del control.

El segundo requisito contemplado en la QPC —y al que han acudido la mayor parte de las veces el Consejo de Estado y la Corte de Casación¹⁸⁴— es el relativo a la «**seriedad**» de la cuestión. Ello supone una primera valoración del órgano remitente sobre la prosperabilidad del asunto. De todos modos, no puede quedar en manos de su única voluntad el examen de la cuestión. Si bien, como en la cuestión de constitucionalidad española, el planteamiento de la cuestión no es un derecho de la parte, el razonamiento judicial debe satisfacer el respeto de un procedimiento justo y equitativo ante el Consejo de Estado y la Corte de Casación. En otras palabras, las disposiciones de los artículos de la reforma se deben aplicar de forma que se conceda a las partes dentro del proceso un derecho que les permita invocar los derechos constitucionales.¹⁸⁵

En definitiva, con la finalidad de garantizar la preeminencia de la Constitución en el ordenamiento francés, el Consejo de Estado y la Corte de Casación no pueden sustituir el Consejo Constitucional para resolver la validez formal o material de la ley. Se impone, pues, una especie de «reserva de interpretación» sobre el contenido de la ley que afecta al proceso. El Consejo de Estado ya no será pues la suprema autoridad en materia administrativa cuando la discusión afecte a los derechos constitucionales fundamentales. El paralelismo con nuestro art. 123.1 CE es evidente.

Por ello, se ha destacado que: «el Consejo Constitucional se convierte en el gran ganador de la reforma que instaura la QPC. El Consejo ve reforzadas sus competencias debido a que solo él tiene legitimidad para sancionar la inconstitucionalidad de la ley; asume el rol de intérprete de la Constitución y

184. De marzo de 2010 a enero de 2014, solamente se han elevado al Conseil 24 asuntos en base al criterio de «novedad». Los demás asuntos se basaron en el criterio de seriedad, que se ha interpretado como asuntos que muy probablemente desemboquen en la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley. BARQUE, F. «La question nouvelle dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Une critère discret aus effets considerables sur le contentieux constitutionnel» *Revue Française de Droit Administratif*, 30 (2), 2014.

185. Ambos criterios fueron objeto de enjuiciamiento por el propio *Conseil Constitutionnel* en su Decisión de 3 de diciembre de 2009, que tenía por objeto precisamente la Ley que introduce la QPC. Disponibe en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009595DC.htm>

emite sentencias con efectos generales o *erga omnes*. Esta función se aproxima al *writ of certiorari* americano, que facultaría al Consejo para elegir el campo de sus intervenciones, por medio del amplio poder que le otorga la misma Constitución, al darle la potestad de determinar la novedad de la cuestión.»¹⁸⁶

Este mecanismo procesal puede observarse desde varias perspectivas. De una parte, se amplía el espectro del juicio administrativo en el sentido de permitir, a través del proceso al acto, la impugnación de normas. De otra parte, el *Conseil d'Etat* y la *Cour de Cassation* pueden participar en la elaboración de la jurisprudencia del Consejo Constitucional a través de un diálogo directo entre los jueces y el Consejo Constitucional.

Pero también, desde otra perspectiva, resulta que las altas jurisdicciones francesas deben deferir el juicio último a un órgano (*Conseil Constitutionnel*) que se sitúa materialmente como superior. La QPC presenta un doble juicio: el filtro sobre su la oportunidad de su elevación y la decisión final misma. Para garantizar su competencia, el Consejo Constitucional ha construido una especie de «presunción de aplicabilidad» al litigio, debiendo aplicar el juez ordinario la condición de interpretación o la «reserva» considerada para tal caso supuesto. Ello evita que —como ya había sucedido en algunos casos— los tribunales desoigan la resolución constitucional bajo el argumento de que la declaración de inconstitucionalidad no tiene incidencia sobre la legalidad de la decisión objeto de la QPC.

Ello, en cualquier caso, reduce la «soberanía» que se le reconoce al Consejo de Estado y a la Corte de Casación, una vez han procedido a la remisión de la cuestión de constitucionalidad. Las decisiones que puede tomar el Consejo Constitucional, son la última palabra en el asunto¹⁸⁷ y pueden obligar a modificar los criterios adoptados por los Tribunales en la resolución de los asuntos propios de su jurisdicción. En otras palabras, la QPC hace que, en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, el *Conseil d'Etat* vea erosionada su condición de órgano cúspide del sistema de revisión jurisdiccional de los actos administrativos.

1.4. El Consejo de Estado y el Derecho de la Unión Europea

Junto con lo anterior —superposición de la jurisdicción constitucional sobre la administrativa— el Consejo de Estado actual experimenta también un proceso de «degradación jerárquica» por el hecho de la integración en un ordenamiento jurídico como el europeo. En otras palabras, todas las jurisdicciones nacionales quedan sujetas a los principios de primacía del Derecho de la Unión, de inter-

186. SARMIENTO, J. P. «La jurisdicción constitucional en Francia. De la aparente excepción europea al fin de la singularidad francesa». *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile vol. 43 n° 2, 2016, p. 477.

187. El artículo 23.2 de la ley orgánica y el último párrafo del artículo 62 de la Constitución dispone que: «Contra las resoluciones del Consejo Constitucional no cabrá recurso alguno».

pretación conforme del ordenamiento nacional con el europeo y de obligación de remisión de la cuestión prejudicial al TJUE en las condiciones que prevé el art. 267 TFUE.

Con ello, el juez nacional de última instancia, ante una duda de derecho comunitario, debe suspender el curso del proceso y elevar una cuestión prejudicial. El TJUE ostenta el monopolio de la interpretación final del DUE y los órganos judiciales nacionales —incluido el prestigioso *Conseil d'État*— pueden dar lugar a un incumplimiento del Estado si realizan una aplicación desviada del derecho europeo o infringen la obligación de remisión de la cuestión prejudicial de interpretación. Ello ha tenido lugar de manera muy sonora en la reciente STJUE (Sala Quinta) de 4 de octubre de 2018. Asunto Comisión c. Francia. C. 416/17 que analizaremos.

De modo general, podemos observar como la cuestión prejudicial europea de interpretación tiene una doble naturaleza: (i) como instrumento europeo de unificación del Derecho y (ii) como instrumento de cooperación y auxilio al juez nacional. Esta segunda característica se pone en cuestión cuando la dicción del apartado 3 del art. 267 TFUE dispone que «Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en Derecho interno, dicho órgano *estará obligado* a someter la cuestión al Tribunal». Según esa interpretación maximalista, la voluntariedad de las instancias judiciales inferiores se tornaría ahora es estricta obligatoriedad.

Sin embargo, una tal interpretación conduciría a postergar cualquier función interpretadora del derecho europeo de los tribunales superiores en el ordenamiento nacional. Si la cuestión fuera automática —por obligatoria— los órganos judiciales nacionales no podrían resolver por ellos mismos ninguna cuestión de derecho europeo. Cuando la resolución del órgano judicial no fuera susceptible de ulterior recurso, la presentación de la cuestión sería obligada y el hecho de no hacerlo vulneraría siempre el derecho al juez natural predeterminado por la Ley.

Esta argumentación debe rechazarse como axioma general puesto que desvirtuaría la propia posición del juez nacional como aplicador del Derecho europeo. Como se recoge en las conclusiones del AG Léger presentadas el 8 de abril de 2003 en el Asunto C-224/01 Köbler, «el Tribunal de Justicia confiere al juez nacional un papel fundamental en la aplicación del Derecho comunitario y en la tutela de los derechos que éste reconoce a los particulares.» El juez nacional, según una expresión corrientemente utilizada, es «juez comunitario de Derecho común». Por ello, el Derecho europeo «exige del juez un necesario esfuerzo de adaptación a un ámbito jurídico que, debido a las dificultades que suscita la articulación entre el Derecho interno y el Derecho comunitario, es más amplio y complejo. No obstante, es necesario subrayar que el juez nacional no se encuentra en esta tarea abandonado a su suerte, dado que puede recibir el auxilio del Tribunal de Justicia gracias al mecanismo de cooperación entre órganos jurisdiccionales de la remisión prejudicial».

Podría ser que el juez nacional se equivocara e interpretara incorrectamente el derecho europeo. Pero solo debe recurrir a la cuestión prejudicial cuando no

sea capaz por sus propios medios de resolver la duda. Según la STJUE de 16 de diciembre de 2008, As. C-210/06 Cartesio, «el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el sistema instaurado por el artículo 234 CE, con miras a garantizar la unidad de la interpretación del Derecho comunitario en los Estados miembros, establece una cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales (...). En efecto, la remisión prejudicial se basa en un diálogo entre jueces cuya iniciativa depende en su totalidad de la apreciación que el órgano jurisdiccional nacional haga de la pertinencia y la necesidad de dicha remisión (sentencia de 12 de febrero de 2008, Kempster, C-2/06, Rec. p. I-411, apartado 42).»

La obligatoriedad contenida en el párrafo tercero del art. 267 TFUE no imposibilita que el juez nacional no presente la cuestión por considerar que no existe duda (acto claro), que ésta ya ha sido resuelta (acto aclarado) o bien que la cuestión no es determinante para la resolución del proceso. Por tanto, también dentro del ámbito del art. 267.3. TFUE existe una esfera de apreciación valorativa del juez nacional. Otra interpretación conduciría a una rechazable automatización en el planteamiento de la cuestión prejudicial. Cuando la parte lo suscite, debería elevarse la cuestión prejudicial, ignorando los elementos del propio juicio de admisibilidad y relevancia que están en manos del juez nacional.

Por todo ello, podemos afirmar que el juez predeterminado por la Ley en la interpretación del derecho europeo es en primer lugar el juez nacional. La cuestión prejudicial de interpretación es un mecanismo de cooperación no jerárquica, puesto a disposición de los jueces nacionales para su auxilio y ello no obsta para que los mismos apliquen criterios interpretativos sobre una norma de derecho europeo.

Así se interpreta por parte del propio TJUE en su reciente Sentencia de 15 de marzo de 2017 (As. C-3/16 Lucio Cesare Aquino). El Tribunal afirma que «los órganos jurisdiccionales a que se refiere el artículo 267 TFUE, párrafo tercero, disponen de la misma facultad de apreciación que cualesquiera otros órganos jurisdiccionales nacionales acerca de si es necesaria una decisión sobre una cuestión de Derecho de la Unión para poder emitir su fallo. Aquellos órganos jurisdiccionales no están obligados, por tanto, a remitir una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión suscitada ante ellos si la cuestión no es pertinente, es decir, en los supuestos en los que la respuesta a dicha cuestión, cualquiera que fuera, no podría tener incidencia alguna en la solución del litigio (sentencia de 18 de julio de 2013, *Consiglio Nazionale dei Geologi*, C-136/12, EU:C:2013:489, apartado 26).»

Pero todo ello tiene como contrapartida el hecho que una interpretación errónea o extravagante del Derecho europeo puede dar lugar a un procedimiento de incumplimiento del derecho comunitario por parte del Estado. (STJUE de 30 de septiembre de 2003, As. C-224/01 Köbler; STJUE de 28 de julio de 2016, As. C-168/15, Tomaso y ahora STJUE de 4 de octubre de 2018 As. C-416/17. Comisión c. Francia). Es decir, un juez puede cometer una violación suficientemente caracterizada del derecho europeo, al igual que la Administración nacional.

En el caso Comisión c. Francia —cuyo fondo no es de nuestro interés— existía una duda sobre la conformidad del sistema fiscal francés respecto al DUE. El

Consejo de Estado elevó una cuestión prejudicial de interpretación y ésta fue objeto de resolución mediante la STJUE de 15 de septiembre de 2011. C-310/09. As. Accor. El TJUE resolvió que el sistema fiscal francés era contrario a los artículos 49 y 63 del TFUE al permitir a las sociedades matrices de un Estado miembro imputar a la retención fiscal al pago de dividendos en filiales establecidas en Francia, pero no ofrecer esa misma posibilidad cuando se trata de dividendos provenientes de una filial establecida en otro Estado miembro.

«Un año después de la notificación de la anterior sentencia del TJUE, el Consejo de Estado francés, mediante sólo dos decisiones Accor y Rhodia, dictadas el 10 de diciembre de 2012, estableció la extensión del reembolso del impuesto percibido en violación al Derecho de la Unión, así como las condiciones probatorias que debían cumplirse para reclamar dicha restitución. En relación a la extensión del reembolso, se planteó ante el máximo tribunal administrativo francés la cuestión de determinar si el pago del impuesto por parte de las sub-filiales establecidas en otro Estado miembro tenía que ser tomado en cuenta para la devolución de las cantidades percibidas. Las sociedades Accor y Rhodia argumentaban que los principios del derecho de la Unión de equivalencia y efectividad imponen que el pago del impuesto por parte de las sub-filiales establecidas en otro Estado miembro tenía que ser tomado en cuenta y que en caso de duda debía plantearse nuevamente una cuestión prejudicial al TJUE.»¹⁸⁸

La decisión del Consejo de Estado francés optó por no tomar en cuenta el impuesto pagado por una sub-filial para el reembolso a la sociedad matriz del impuesto indebidamente percibido, sólo en el caso de que los dividendos redistribuidos provenientes de una filial establecida en otro Estado miembro no hayan sido sujetos a tributación. Al respecto, los grupos empresariales Accor y Rhodia, señalaron al Consejo de Estado francés la eventual contradicción que se generaría con la jurisprudencia del TJUE en la materia. En apoyo a su argumento ambas empresas invocaron la sentencia de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation (II)*, de acuerdo con la cual, en la aplicación del régimen fiscal británico para evitar la doble imposición, debían tomarse en cuenta la redistribución de los dividendos provenientes de una filial establecida en el extranjero aunque estos no hayan sido sujetos a tributación a cargo de la sociedad matriz.

«En contraposición, la alta jurisdicción administrativa francesa señaló que dicha sentencia concernía al régimen fiscal aplicable en el Reino Unido cuyas especificidades (...) hacen de él un régimen especial que no podría ser comparado al régimen francés del crédito fiscal y la retención (*«précompte mobilier»*), por lo que la regla derivada de la sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation (II)* no se aplicaba en el presente caso.

188. TORRES RODRIGUEZ, O.E. «Comentario a la sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, Comisión c. Francia. La interpretación del Derecho de la Unión Europea por los órganos jurisdiccionales nacionales y el incumplimiento de la obligación de reenvío prejudicial.» *Revista General de Derecho Europeo* nº 47, 2019 p. 179.

Finalmente, sin plantear cuestión prejudicial al TJUE, y haciendo caso omiso de la jurisprudencia imperante en la materia, el Consejo de Estado francés concluyó que si los dividendos redistribuidos provenientes de una filial establecida en otro Estado miembro no fueron sujetos a tributación a cargo de la sociedad matriz, el impuesto pagado por la sub-filial no debe tomarse en cuenta para determinar las cantidades percibidas que deben devolverse a dicha sociedad.¹⁸⁹

Con este escenario, la Comisión europea inició un proceso por incumplimiento del DUE que culminaría con la STJUE de 4 de octubre de 2018. La sentencia es rotunda cuando afirma la sujeción del *Conseil d'État* al derecho europeo y su vulneración del art. 267 TFUE, es decir de la obligación de elevar cuestión prejudicial. No lo hizo y además de ello aplicó incorrectamente el derecho existente. La alta jurisdicción administrativa francesa realizó un incumplimiento suficientemente caracterizado del derecho europeo y el Estado fue condenado por ello.

El caso que implica al *Conseil d'État* supone la primera vez en la que el TJUE constata explícitamente el incumplimiento a la obligación de reenvío prejudicial que pesa sobre los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia. Por otro lado, el TJUE también condenó al Estado francés por el incumplimiento de sus obligaciones resultado de las decisiones Accor y Rhodia adoptadas por su Consejo de Estado.¹⁹⁰ En definitiva, también en cuestiones relativas a la interpretación y correcta aplicación del derecho administrativo europeo, el *Conseil d'État* no es ya la última autoridad en la materia.

2. ITALIA

La influencia del modelo francés sobre el italiano es indudable por razones históricas. Antes de la reunificación, los distintos reinos de Italia fueron anexionados por el Emperador Napoleón Bonaparte. Conviene recordar que Napoleón fue proclamado Rey de Italia el 18 de marzo de 1805. Los Consejos de Estado de los reinos de Italia y Nápoles de esa época son una clara traslación del previsto en la Constitución francesa del año VIII.

La creación del *Consiglio di Stato* en Italia puede situarse en el «*Regio Editto pel quale sua Maestà crea nel Regii stati di Terra Ferma un Consiglio di Stato*», promulgado por el rey Carlo Alberto de Saboya el 18 de agosto de 1831. En ese momento, la institución se organizaba en tres secciones y tenía competencia consultiva sobre todos aquellos asuntos que le fueron sometidos a su examen. Se trata de un órgano técnico-administrativo, alejado de la capacidad política.

189. TORRES RODRIGUEZ, O.E. op. cit. p. 180.

190. El TJUE en su sentencia de 12 de noviembre de 2009, Comisión/España, declaró que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español era contraria al derecho de la Unión Europea. Así pues, la condena por el incumplimiento del DUE por una doctrina jurisprudencial nacional dictada en última instancia no es novedosa. Si lo es, en cambio, la condena a un órgano judicial nacional (*Conseil d'État*) por haber cometido una infracción al artículo 267, párrafo 3º del TFUE.

Como explica SÁNCHEZ NAVARRO, «cabe destacar, en primer lugar, su configuración como un órgano puramente consultivo. Así se desprende ya de su artículo 1 que caracteriza al Consejo como «particularmente encargado de la discusión de los asuntos que se remitan para su examen» y sobre todo, del 20 (El Consejo de Estado no se pronunciará jamás en forma de decisión, sino de informe (*deliberazione consultiva*) el cual expresará siempre si ha sido adoptado por unanimidad o por una mayoría absoluta o relativa de opiniones. Esa función se ejerce naturalmente al servicio del Rey.»¹⁹¹ El primer Consejo es, pues, una instancia política de moderación del poder de los Ministros, una especie de ejecutivo paralelo. No en vano el Rey propuso denominarlo «*alto ufficio di moderatore del potere ministeriale della monarchia costituzionale*»

El Estatuto del reino albertino de marzo de 1848, supone un cambio del modelo de monarquía absoluta al de monarquía constitucional. Ello, sin embargo no supone la desaparición del *Consiglio di Stato*, pese a que éste era claramente identificado como una institución perteneciente al antiguo régimen.

Sucedió en el trono el rey Vittorio Emanuele II (1820-1878) que fue el último rey del Reino de Cerdeña y el primer rey de Italia. Hijo primogénito de Carlos Alberto I, Rey de Cerdeña y de María Teresa de Austria, Princesa de Toscana. Bajo su reinado, y debido a las habilidades de su ministro, el conde de Cavour y las victorias militares del icónico Giuseppe Garibaldi, el Reino de Cerdeña creció hasta incluir toda Italia (1860-1870), por el proceso de unificación italiana. El Reino de Cerdeña se convirtió en el Reino de Italia en marzo de 1861.

En este decenio, se asiste a cambios muy relevantes en la configuración del Consejo sin que se produzca, una neta ruptura con sus precedentes. Se asigna un nuevo papel de «*giudice supremo del contenzioso*» al *Consiglio di Stato* al mismo tiempo que se le atribuyen nuevas competencias que hasta ese momento jercía el *Consiglio di Governo* (supresión del *Consigli di Intendenza* y sustitución del mismo por la figura del Gobernador). Para CASSESE, «desde el punto de vista organizativo, el Consejo se convierte en un órgano ligado al gobierno y no ya al Rey, en tanto que los ministros podían intervenir en sus sesiones en el ejercicio de las funciones consultivas y que el Rey dejó de ser titular de la presidencia. Si en la primera fase se observa un órgano político-constitucional, en ésta se trata de un tercero imparcial».¹⁹²

En 1865 se aprueban nuevas leyes administrativas de la Italia unida (**Legge 20 marzo 1865, n. 2248**) en un intento de acompañar el nuevo Estado con un nuevo sistema jurídico-administrativo. El declive del *Consiglio di Stato* es evidente al verse despojado de funciones jurisdiccionales. El artículo 1 de la Ley establece textualmente «la abolición de los Tribunales especiales actualmente investidos de jurisdicción contencioso administrativa tanto en materia civil como en

191. SANCHEZ NAVARRO, A.J. *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional*. Ed. Reus, Madrid, 2007, p. 87

192. CASSESE, Sabino. «Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato» Disponible en <https://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/06/Cassese-Continuit-e-fratture-nella-storia-Consiglio-di-Stato1.pdf> p. 6

materia penal». Se mantiene solamente como jurisdicción especial aquella de la *Corte dei Conti* en asuntos financieros y contables.

Esta justicia administrativa de corte prusiano, es decir, con plena atribución al poder judicial del control de la actividad administrativa, se reveló en seguida como problemática en la naciente Italia. Así, el control era ineficaz cuando la Administración alegaba que la vulneración de los derechos subjetivos de los ciudadanos era una consecuencia directa del ejercicio de los «*doveri istituzionali*», es decir, un acto del poder público en defensa del interés general.

Por la propia configuración del sistema político en la Italia de la época, era fácil reconducir el interés público general y objetivo a los intereses políticos partidistas de la ideología de turno. De este modo, el interés general derivó en una utilización instrumental de la maquinaria administrativa. Ello se unió a la poca convicción de los tribunales ordinarios que, casi atemorizados por la nueva administración, se declaraban incompetentes.¹⁹³

Aparece de este modo el debate sobre la distinción entre poder político y actuación administrativa. Si bien los actos estrictamente políticos no debían ser objeto de control por parte del poder judicial, lo que podía suponer en una indebida restricción de la capacidad de «*indirizzo*» de cada ideología gobernante, en cambio, los actos administrativos debían quedar sujetos a la Ley. La Administración pública, a diferencia del Consejo de Ministros, debería actuar conforme a la Ley, mientras que el Gobierno gozaría de un mayor ámbito de arbitrio.¹⁹⁴

En este panorama, se propuso un sistema de justicia administrativa que residenciara en el Consejo de Estado precisamente los asuntos administrativos así como la creación de nuevos órganos dotados de independencia para el mismo cometido.

De este modo, el nacimiento de la *Giurisdizione Amministrativa* en Italia tiene lugar con la **Legge 31 marzo 1889, n. 5992**, y la creación de la Sección IV del *Consiglio di Stato*. Hay que notar como se produce en el sistema italiano

193. . Como describe Guicciardi, «i Tribunali ordinari, quasi intimiditi...dal fatto di trovarsi davanti non più soltanto l'amministrazione agente come soggetto di diritto privato, ma l'amministrazione in veste di pubblica autorità, proclama la propria incompetenza». Guicciardi, E. *Studi di giustizia amministrativa*. Torino, 1967.

194. La cuestión recuerda el debate español en torno a los llamados «actos políticos de gobierno». La ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 redujo el concepto de «acto de Gobierno» a «cuestiones que se suscitasen en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que las afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes» Este concepto legal fue ulteriormente delimitado por la jurisprudencia del TS que determinó con carácter general que los actos políticos son únicamente los actos del Consejo de Ministros, y no de otras administraciones o autoridades inferiores y que, materialmente, los actos políticos se refieren a las grandes decisiones que afectan al conjunto del Estado, pero no a simples asuntos administrativos. La viente Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 pretende enterrar el concepto mismo de acto político, aunque no lo elimina del todo al admitir que sobre determinados actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las CCAA, la discrecionalidad gubernamental, el control jurisdiccional siempre será posible «sobre los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes».

una sutil mutación del punto de gravedad de la justicia administrativa. Lo que hubieran podido proteger los tribunales ordinarios (la adecuación de la actividad administrativa a la Ley) se convierte en un sistema de tutela de los intereses de la actuación administrativa. Es decir, no se trata de proteger los derechos subjetivos de los ciudadanos afectados sino de controlar a una Administración cada vez más activa y de asirla en cierto modo del arbitrio político. Ello tiene un claro reflejo en la limitación de las pretensiones ejercitables ante la jurisdicción. No se puede, por parte de la justicia administrativa, llevar a cabo la modificación de una situación jurídica subjetiva sino solo la anulación del acto impugnado (jurisdicción revisora versus plena jurisdicción). En definitiva, el sujeto de la protección —a diferencia de la jurisdicción ordinaria— es la propia Administración.

Solamente con la **Legge del 7 marzo 1907, n. 638**, se reconoce legalmente la naturaleza de verdadera jurisdicción a la justicia administrativa, afirmando la fuerza judicial de los pronunciamientos del Consiglio di Stato superando lo que tradicionalmente era, su «*essenza amministrativa*». La Ley de 1907, además crea la Sección V que comparte con la IV la distribución de competencias según materias.

El Decreto Ley de 30 dicembre 1923, n. 2840, relativo a «*modificazioni all'ordinamento del Consiglio di Stato e della Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale*» introdujo ulteriores reformas que se refundieron en un *Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato* (R.D. 26 junio 1924, n. 1054). La reforma de 1923 no introduce cambios sustanciales en la estructura de proceso contencioso administrativo, como proceso a la legalidad del acto.

La reforma del 1923, tributaria de una visión del Estado liberal, ha sido superada con la **Constitución de la República Italiana de 1948** que introduce ya el concepto de democracia social. En el texto constitucional, los artículos 100 y 103 son los preceptos fundamentales relativos al Consejo de Estado.

En la actualidad, el *Consiglio di Stato della Repubblica Italiana* es un órgano de relevancia constitucional de la República. El artículo 100 lo define como un órgano de consulta jurídico-administrativa y de tutela de la justicia en la Administración. Tiene pues una doble naturaleza, administrativa y jurisdiccional. «De la lectura de ambos preceptos resulta que el Consejo italiano responde al modelo ya observado en Francia, y por tanto incluye lo que ha venido a denominarse el «nucleo esencial» del órgano, previendo «el ejercicio simultáneo de funciones jurisdiccionales y consultivas» (...) Como en Francia, es posiblemente esta función jurisdiccional y la consiguiente exigencia de independencia la que ha determinado la profesionalización del órgano».¹⁹⁵

En tanto que órgano administrativo, el Consejo de Estado es el supremo órgano de consultoría jurídico-administrativa del Gobierno, de las Cámaras y de las Regiones mientras como órgano de jurisdicción administrativa está llamado a la tutela de los intereses legítimos y en particulares materias también indicadas

195. SÁNCHEZ NAVARRO, A.J. *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional*. Ed. Reus, Madrid, 2007, pp. 91-92.

por la ley a la tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos respecto a la administración pública italiana.

En el cumplimiento de su función consultiva, el Consejo de Estado emite dictámenes (*pareri*) acerca de la regularidad y la legitimidad, la oportunidad (*merito*) y la conveniencia de los actos administrativos de los ministerios, del Gobierno como órgano colegial o de las Regiones. Los dictámenes pueden ser facultativos o preceptivos. Los facultativos pueden ser solicitados por la Administración, en el caso que lo crea oportuno. Los dictámenes del Consejo de Estado son únicamente vinculantes en la decisión sobre recursos extraordinarios al Presidente de la República. Siempre son facultativos los pareceres solicitados por las Regiones. El dictamen del Consejo es obligatorio en los trámites relativos a: la aprobación de disposiciones normativas (reglamentos) del Gobierno o de los ministerios; la aprobación de los textos únicos; la decisión sobre los recursos extraordinarios al Presidente de la República; la aprobación de los esquemas generales de contrato-tipo, acuerdos y convenios de los Ministerios.

En cuanto a las atribuciones jurisdiccionales, el *Consiglio di Stato* es el juez de segundo grado de la justicia administrativa (apelación de las decisiones de los TAR (*Tribunale Amministrativo Regionale*)) en sus 29 formaciones actuales. Desarrolla funciones de único grado en el llamado «*giudizio di ottemperanza*» o lo que es lo mismo, el proceso por el que se pretende que la Administración ejecute una sentencia de un juez ordinario o del propio Consejo de Estado.

En cuanto al papel de las regiones, resulta oportuno referir a la experiencia de la Región de Sicilia y sus vicisitudes, por cuanto serán útiles en el análisis de la descentralización en España que realizaremos en el capítulo VI. Siguiendo al profesor PAREJO, «Este Estatuto —de Sicilia— fue aprobado, en efecto, dieciocho meses antes de la promulgación de la Constitución italiana por Real Decreto-ley número 455, de 15 de mayo de 1946, circunstancia determinante de su «singularidad» (y consiguiente descoordinación con) respecto de los restantes Estatutos de Autonomía, pero también de la propia norma fundamental. Su artículo 23 dispone, en lo que ahora interesa, que los órganos jurisdiccionales centrales, han de contar con las correspondientes Secciones para los asuntos concernientes a la región, desempeñando las del Consejo de Estado y de la Corte de Cuentas, respectivamente, las funciones consultiva y de control administrativo - contable. El precepto que, de haberse aplicado efectiva y plenamente en su literalidad, habría supuesto una desconcentración regional (para Sicilia) de todos los órganos jurisdiccionales centrales, lo ha sido sólo —mediante Decreto-ley número 655, de 6 de mayo de 1948— por lo que respecta a las Secciones de control y jurisdiccional de la aludida Corte de Cuentas.

La previsión estatutaria relativa al Consejo de Estado fue sometida a consulta de éste, que fue evacuada por Dictamen de 11 de julio de 1946. El parecer del órgano consultivo fue negativo sobre la constitucionalidad de dicha previsión (por entender la desconcentración de los órganos jurisdiccionales centrales contraria a los elementos de unidad del ordenamiento jurídico del Estado), sugiriendo —para garantizar la legalidad y la oportunidad de las decisiones de la Administración regional— la pertinencia de la creación de un órgano regional

con doble función consultiva y jurisdiccional, ejercitadas, separadamente, por sendas Secciones con regulación análoga a las del Consejo de Estado. Esta opinión parece que está en el origen del dictado del Decreto-ley número 654, de 6 de mayo de 1948, por el que aprobaron las normas para el ejercicio de las funciones del Consejo de Estado en la Región siciliana y se creó, en efecto, el Consejo de Justicia Administrativa de ésta; órgano este que, según *communis opinio* doctrinal, no es más que un elemento integrante (aunque desconcentrado territorialmente) de la estructura de aquel Consejo de Estado, con funciones idénticas a las de las distintas Secciones del mismo.»¹⁹⁶

La doctrina italiana considera la posición del Consiglio di Stato como «pro-teiforme» en el sentido que impacta, en distinta medida, tanto en el poder legislativo, en el administrativo como en el judicial. Efectivamente, exhibe competencia en el proceso de formación de las normas administrativas por parte del legislador (consulta en la elaboración de reglamentos), en su aplicación administrativa (consulta previa a la adopción de ciertos actos) y enjuicia en segundo grado las controversias (recurso jurisdiccional). Estas funciones omnicomprendivas se explican, en parte, por el hecho mismo que el Consejo de Estado operó inicialmente como órgano resolutor antes de la existencia misma de normas sobre la materia. Es decir, al igual que en Francia, la jurisdicción precedió al propio derecho administrativo con lo que, al inicio, el derecho era esencialmente jurisprudencial (lo que ahora en terminología anglosajona moderna se denomina la «*regulation by litigation*»). Sea como fuere, a diferencia del modelo galo, «el modelo italiano no es el de un juez administrativo garante de los derechos y las libertades como en Francia gracias principalmente en el desarrollo novencentista de los Comisarios del Gobierno, sino el de un juez profundamente e ideológicamente inmerso en la Administración pública».¹⁹⁷

Más optimista es, sin embargo, CASSESE, para quien, «el Consejo de Estado ha asegurado su propia continuidad gracias a su extraordinaria capacidad para cambiar, respondiendo a las exigencias de diversos contextos históricos y remediando la sempiterna y estructural debilidad de la administración italiana, y —no pocas veces— a los inconvenientes de las configuraciones políticas. Así, ha sabido ser un órgano «*multi-purpose*», administrador y juez, vivero de grandes obras, guía legislativa, consejero del gobierno. Estas ambivalencias son la explicación de su larga duración y de su posición constitucional.»

3. REFLEXIÓN FINAL

Como puede verse de lo expuesto hasta aquí, existen unos rasgos comunes a los varios ordenamientos europeos que han influenciado al Consejo de Estado.

196. PAREJO ALFONSO, L. La función consultiva en Europa: los Consejos de Estado francés e italiano» *Documentación Administrativa* n° 226, 1991, p. 66

197. TRAVI, Aldo. «Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione» *Diritto Pubblico* n. 2, 2011, p. 513

Si bien inicialmente aparece como un órgano auxiliar del ejercicio del poder ejecutivo, rápidamente se separa de la Administración activa para convertirse en algo diferente. También es común el salto entre mera actividad consultiva y actividad jurisdiccional.

Los liberales consideraron siempre el Consejo de Estado como un residuo del antiguo régimen, una forma de interferencia en el funcionamiento del Estado y la Administración. La herencia de los Consejos del antiguo régimen hacían asociar el Consejo con la ideología conservadora.

En Francia, la función jurisdiccional del Consejo se instaura en 1872. En Italia en 1889. En España, la legislación de 1860 introdujo el recurso por abuso de poder por el que las autoridades judiciales podían deferir al conocimiento del Consejo de Estado ciertos asuntos contencioso-administrativos. Sin embargo, mientras que los modelos francés e italiano adoptaron el modelo de revisión jurisdiccional separada (tesis contraria a la judicialista alemana), en España, ello no fue así, y la Ley de 1888 rápidamente supuso el práctico abandono del modelo de conjunción entre competencia consultiva y competencia jurisdiccional.

GARCÍA ÁLVAREZ indaga en las razones de esta divergencia: «Se ha señalado como una de las peculiaridades que separan al Derecho administrativo español de su inicial modelo francés el que entre nosotros haya primado el desarrollo legislativo sobre el jurisprudencial. Sin duda, a esta circunstancia no debió ser ajeno el carácter de administradores de las primeras generaciones de administrativos españoles y su proximidad al Partido moderado y al programa político de construcción de una Administración fuerte y centralizada. Sin embargo, no puede negarse como un factor concomitante el fracaso del Consejo de Estado a la hora de hacer un desarrollo judicial del Derecho administrativo. La introducción en España de una jurisdicción contencioso-administrativa calcada de la francesa en 1845 podía haber abierto el camino hacia una construcción jurisprudencial del Derecho administrativo.

Fue el fracaso de la doctrina de los vicios de orden público, descrita por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ como un sucedáneo español del recurso por exceso de poder, lo que provocaría finalmente el protagonismo de las reformas legislativas. Primero por obra del legislador sectorial, posteriormente a través de la reforma del contencioso-administrativo.»¹⁹⁸

En España, además de la cuestión ideológica, (los ocho gobiernos liberales de Sagasta entre 1871 y 1902), el sistema contencioso-administrativo de corte francés no fue capaz de resolver ágilmente el gran número de asuntos de los que conocía. «(Otro) motivo, probablemente el determinante, habría sido la palpable crisis de la organización contemporánea del contencioso-administrativo y el crecimiento imparable del número de asuntos pendientes. En el diagnóstico de esta crisis funcional parece haber habido consenso entre conservadores y liberales, aunque discrepasen en el tratamiento. En todo caso, las referencias a los expedientes pendientes de resolución y estancados en el Consejo de Estado

198. GARCÍA ÁLVAREZ, G. «El fracaso en España del modelo francés de Consejo de Estado (1845-1904)» *Documentación Administrativa* n° 244-245, 1996, p. 113

son constantes a lo largo de la tramitación parlamentaria de la Ley de 13 de septiembre de 1888. Sin embargo, no se trataba de una mera crisis de la «organización», sino del entero «sistema» contencioso-administrativo, que aportaba unas garantías que se consideraban absolutamente insuficientes, tanto por conservadores como por liberales.»¹⁹⁹

En definitiva, la tesis judicialista triunfa en España apartándose definitivamente en 1904 del modelo francés del que había nacido por la propia incapacidad del sistema de control que si bien copió la institución, no pudo o no supo desarrollar la potente doctrina administrativista de su homólogo francés.

«El Consejo de Estado español presenta la curiosa peculiaridad de ser un órgano únicamente consultivo, especialización que no concurre ni en el francés, ni en el italiano, ni en el belga, con los que sin embargo comparte un origen común. En todos los sistemas jurídicos citados, la función consultiva del Consejo de Estado tiene la impronta que le da el ser ejercida por el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa: sus dictámenes cumplen una importante función preventiva y su efecto es claramente superior al de una mera opinión. Pese a la opinión del diputado conservador Manuel Danvila, el Consejo de Estado español ha conseguido sobrevivir a la amputación del contencioso, que se produjo formalmente en 1904, pero que de hecho se había producido en 1888, con la creación de un Tribunal contencioso-administrativo, aunque formalmente continuase vinculado al Consejo.

Esta supervivencia puede explicarse quizá porque la amputación de cometidos jurisdiccionales no fue tan completa como pudiera parecer. El Consejo de Estado ejercía una labor sustitutiva de lo contencioso-administrativo en materias exentas de control jurisdiccional, como podían ser los reglamentos ejecutivos hasta la entrada en vigor de la Ley de 27 de diciembre de 1956.

Pero además ejercía funciones de jurisdicción retenida: en materia de funcionarios, a través del llamado recurso de agravios, entre 1944 y 1956; o respecto a los conflictos de jurisdicción, hasta la creación del Tribunal de conflictos jurisdiccionales en 1985. E incluso funciones de jurisdicción delegada, como era el caso de su dictamen vinculante que era requisito indispensable para la ejecutividad de las decisiones de los Tribunales de honor. Pese a ello, desde 1904 el Consejo de Estado se ha visto sometido a constantes dudas sobre su función y posición institucional que, en gran medida, están sin resolver.»²⁰⁰

De manera algo simplista, podríamos decir que el modelo de Consejo de Estado francés debe su gran prestigio histórico a la construcción jurisprudencial de los principios básicos de protección del ciudadano ante la Administración. El *Conseil d'État* desarrolló magníficamente el derecho administrativo de corte continental-francés a través de sus más que conocidos *arrets*. En cambio, el *Con-*

199. GARCÍA ÁLVAREZ, G. op. cit. p. 115. Este autor basa su análisis en la obra MARTÍN REBOLLO, L. *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*. IEA, Madrid, 1975.

200. GARCÍA ÁLVAREZ, G. «El fracaso en España del modelo francés de Consejo de Estado (1845-1904)» Documentación Administrativa nº 244-245, 1996, p. 89-90.

siglio di Stato, pese a disponer también de una competencia jurisdiccional, no cuenta con tan impresionante labor protectora. Sin embargo, el desarrollo doctrinal del Consiglio a través de sus estudios es proverbial. La función pretoria en el estudio y transformación del derecho administrativo italiano es también innegable.²⁰¹

BIBLIOGRAFÍA CAPÍTULO IV

- ALCOBERRO LLIVINA, K. «La cuestión prioritaria de constitucionalidad: ¿el fin de la excepción francesa?» *Revista Vasca de Administración Pública*, nº. 90, 2011.
- BARBAGALLO, G. «Las atribuciones jurisdiccionales del Consejo de Estado italiano» en *Justicia administrativa y secretos de Estado. II Coloquio Italo-Español*. Tribunal Supremo, Madrid, 2000.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. *Justicia administrativa en el derecho comparado*. Civitas, Madrid, 1994
- BON, Pierre «La cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia ¿solución o problema?», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº. 23, 2009
- CARRILLO DONAIRE, J.A., «Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado Francés (1799-1999)», *Revista de Administración Pública*, nº 153, 2000.
- CASSESE, S. *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni-Montchrétien*, 2000.
- CASSESE, Sabino. «Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato» Roma 2011. Disponible en <https://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/06/Casese-Continuit-e-fratture-nella-storia-Consiglio-di-Stato1.pdf>
- COSTA Jean Paul, *Le Conseil d'État dans la société contemporaine*. Paris, 1993.
- DEVOLVE, P. «Le Conseil d'État: cour supreme de l'ordre administratif» *POUVOIRS. Revue française d'études constitutionnelles et politiques* nº 123, 2007.
- DISANT, Mathieu *Droit de la Question Prioritaire de constitutionnalité, Cadre juridique pratiques jurisprudentielles*. Ed. Lamy, Paris, 2011
- DOLSO, Gian Paolo y AMADEO, Stefano «Il Consiglio di Stato tra Corte istituzionale e Corte di Giustizia» *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2006.
- DUGIT, L. *Les transformations du droit public*. Ed. La Mémoire du Droit, Paris, 1999.
- FOLLIERI, Enrico «Le garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato» *Diritto Processuale Amministrativo*, v. 34 n. 4, 2016.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G. «El fracaso en España del modelo francés de Consejo de Estado (1845-1904)» *Documentación Administrativa* nº 244-245, 1996.

201. Basta explorar mínimamente los estudios disponibles en el servicio de estudios de la institución. Disponible en <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/osservatorio-dell-ufficio-studi>

- GARCÍA FERNÁNDEZ, J. «Las funciones consultivas en un Estado democrático» *Documentación administrativa* n° 226, 1991
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. «La función consultiva de las Administraciones públicas, con especial referencia al Consejo de Estdos y las Comunidades Autónomas» *Revista de Administración Pública* n° 133, 1994
- GONOD Pascale. «Le Conseil d'Etat républicain (de 1872 à nos jours)», en *Deuxième centenaire du Conseil d'État, La Revue administrative*, n° spécial, 1999.
- GUGLIELMI, Gilles J. «La jurisdicción contencioso administrativa francesa: evolución y reformas» Disponible en https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/LA_JURISDICCION.pdf
- JORDANA DE POZAS, «Le Conséil d'État espagnol et les influences françaises au cours de son evolution» en *Livre Jubilaire du Conseil d'État*. Paris, Sirey, 1952, pp. 512 y ss.
- LANDI, Guido «Consiglio di Stato. Premessa storica» *Enciclopedia del Diritto*. Guiffre. Milano, 1961
- LANDI, Guido «Rapporti tra funzione consultiva e giurisdizionale nel Consiglio di Stato» en *Studi in memoria di Guido Zanobini*. Milán, Giuffré, 1965
- LANDI, Guido *Il Consiglio di Stato ed i Tribunali amministrativi regionali*. Guiffre. Milano, 1986
- MARQUES DE LAS MARISMAS «La institución del Consejo de Estado en la actualidad» *Revista de Administración Pública* n°1, 1950.
- MASSOT, Jean y GIRARDOT, Thierry. *Le Conseil d'Etat*. La Documentation Française, Paris 1999
- MELIS, Guido «Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia» en CASSESSE, S. (Coord) *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*. Milano, Guiffre, 1997.
- MONNIER, F. *Le Conseil d'État*. Paris, Gallimard, 1999.
- MENY, Yves, *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*. Il Mulino, Bologna, 1994
- NIGRO, Mario «Il Consiglio di Stato Giudice ed Amministratore: aspetti di effettività dell'organo» en *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*; Milano: Giuffré, 1997
- PACTEAU Bernard, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, PUF, 2003.
- PALEOLOGO, Giovanni. (ed.) *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*. Guiffre Milano, 1998.
- PARADA R. «El Consejo de Estado» *Documentación Administrativa* n° 226, 1991.
- PAREJO ALFONSO, L. «La función consultiva en Europa: Los Consejos de Estados francés e italiano» *Documentación Administrativa* n° 226, 1991
- RAMBAUD, P., «La justicia administrativa en Francia. I. Introducción, organización y medias cautelares», en Barnés Vázquez, J. (coord.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*. Citivas, Madrid, 1993.
- ROSADO PACHECO, S. *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*. Dykinson, 2007

- SANCHEZ NAVARRO, A.J. *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional*. Ed. Reus, Madrid, 2007.
- SARMIENTO, J. P. «La jurisdicción constitucional en Francia. De la aparente excepción europea al fin de la singularidad francesa». *Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile*. vol. 43 n° 2, 2016.
- SAUVEL Tony, «L'empereur et le Conseil d'Etat statuant au contentieux (1806-1815)» *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1973.
- TRAVI, Aldo. «Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione» *Diritto Pubblico* n. 2, 2011.
- TRIGUERO ORTIZ, O. «Diferentes modelos de la función consultiva y jurisdiccional de la institución del Consejo de Estado: Francia, Bélgica, Portugal y Colombia». *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaen* n° 15, 2015

Capítulo V

EL CONSEJO DE ESTADO HOY

1. INTRODUCCIÓN

La regulación legal y el ejercicio de las funciones que tiene encomendada una institución permiten una caracterización de su naturaleza.²⁰² Como hemos defendido a lo largo de las páginas precedentes, cada momento histórico y cada contexto político-institucional ha impactado en la naturaleza misma de la función consultiva. No hace falta ahora reiterar ni la capacidad adaptativa del Consejo de Estado a lo largo de su historia ni las oscilaciones entre modelos que se han experimentado. El aforismo que ha hecho fortuna es aquel que exhibe como divisa el escudo de la ciudad de París: *«fluctuat nec mergitur»* o lo que es lo mismo, es batida por las olas pero no se hunde. Lo mismo para nuestra función consultiva: cambia pero permanece.²⁰³

202. SANCHEZ NAVARRO destaca como el Consejo de Estado es escuetamente definido por el artículo 107 CE como «supremo órgano consultivo del Gobierno», sin precisar en absoluto qué puede significar eso. «Es evidente que la Constitución incorpora así unos términos cuyo sentido ha sido muy diferente en cada momento histórico, pese a lo cual designan a la institución que ahora nos ocupa. En otras palabras, es evidente que el Consejo de Estado de hoy es muy distinto o, incluso, puede no tener nada que ver con las figuras que, con el mismo nombre, encontramos en 1526, en los textos de Bayona o Cádiz, en la Constitución francesa del año VIII o en la italiana vigente. Y, sin embargo, todos ellos son Consejos (es más: «de Estado»), que aconsejan/asesoran al Poder Ejecutivo (ya se concrete éste en un monarca absoluto, constitucional, parlamentario, o en un Gobierno); responden a «consultas», emiten «dictámenes» (avis, pareri). Así que una misma denominación designa un órgano con fuertes elementos comunes (colegiación, función de consejo, competencia universal), y que han sido capaz de sobrevivir a una transformación absolutamente radical de los sistemas políticos en que actúa.» SANCHEZ NAVARRO, A.J. «La función constitucional del Consejo de Estado tras su reforma por la Ley Orgánica 3/2004» *Revista de Administración Pública* nº 169, 2006, p. 357.

203. Utiliza el lema PÉREZ-TENESSA, A. *Historia, cosas e historias del Consejo de Estado*. Editorial: Madrid: Consejo de Estado: Boletín Oficial del Estado, 2005

Para ello, consideramos de especial importancia analizar la estructura y composición del Consejo de Estado y las competencias que tiene atribuidas, ambos aspectos en su ley original de 1980 (Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril) y en las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre. Desentrañar estática y dinámicamente qué es el Consejo de Estado en la actualidad y cual es el alcance de la función consultiva y de asesoramiento puede, a la postre, resultar más útil para comprender su naturaleza que discurrir dogmáticamente sobre el asunto.

2. COMPOSICIÓN Y ESTRUCTURA DEL CONSEJO DE ESTADO

Integran el Consejo de Estado en Pleno la Presidenta, los Consejeros permanentes, los Consejeros natos —es decir, aquellos que lo son por razón del cargo que desempeñan—, los consejeros electivos y el Secretario general (art. 4.1 Ley Orgánica).

La Comisión Permanente conforma un «núcleo estable» dentro del Consejo de Estado pues tiene una composición parcial: la Presidenta, los Consejeros permanentes y el Secretario General (art. 5.1 Ley Orgánica).

La Comisión Permanente se organiza en Secciones para preparar el despacho de los asuntos que son competencia del Consejo de Estado. Las Secciones son ocho (art. 13.1 Ley Orgánica), están presididas por un Consejero permanente e integradas, además, por un Letrado Mayor y los Letrados que sean necesarios según la importancia de los asuntos o el número de las consultas (art. 13.2 Ley Orgánica).

Desde 2018, preside la institución Doña M^a Teresa Fernández de la Vega Sanz. La presidenta fue nombrada por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros entre juristas de reconocido prestigio y experiencia en asuntos de Estado (art. 6.1 Ley Orgánica). Su rango es el mismo que el de los Ministros del Gobierno. La presidencia del Consejo es un cargo de confianza del Gobierno quien acuerda discrecionalmente su nombramiento y cese. Este sistema corrobora que no existen garantías institucionales de independencia más allá de prestigio político y profesional del nombrado.

Tras el fallecimiento el 13 de abril de 2020 del Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina, a día de hoy, ostentan el cargo de Consejeros permanentes los Excelentísimos Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón (Sección Primera); Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Sección Segunda); Excma. Sra. D.^a Paz Andrés Sáenz de Santamaría (Sección Tercera); Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret (Sección Cuarta); Excmo. Sr. D. Alberto Aza Arias (Sección Quinta); Excmo. Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego (Sección Sexta), La Excma. Sra. D.^a Victoria Camps Cervera (Sección Séptima); Excmo. Sr. D. Enrique Alonso García (Sección Octava), y la Excma. Sra. D.^a Adela Asua Batarrita (Sección Novena). El número de consejeros permanentes es igual al de las Secciones del Consejo de manera que cada uno de ellos preside una sección. Según dispone el Real Decreto 355/2018, de 6 de junio, por el que se reestructuran los De-

partamentos Ministeriales, y en el Real Decreto 595/2018, de 22 de junio, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, con efectos de 12 de julio de 2018, la distribución de asuntos entre las secciones es la siguiente:

- 1ª. La Sección Primera despachará los asuntos procedentes de los Ministerios de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación y de Política Territorial y Función Pública y asuntos relativos a conflictos en defensa de la autonomía local.
- 2ª. La Sección Segunda despachará los asuntos procedentes de los Ministerios de Justicia y de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.
- 3ª. La Sección Tercera despachará los asuntos procedentes de los Ministerios del Interior y de Sanidad, Consumo y Bienestar Social.
- 4ª. La Sección Cuarta despachará los asuntos procedentes de los Ministerios de Defensa y de Industria, Comercio y Turismo y los procedentes de la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital, dependiente del Ministerio de Economía y Empresa.
- 5ª. La Sección Quinta despachará los asuntos procedentes de los Ministerios de Hacienda y de Economía y Empresa, salvo los procedentes de la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital, dependiente de este último.
- 6ª. La Sección Sexta despachará los asuntos procedentes del Ministerio de Fomento..
- 7ª. La Sección Séptima despachará los asuntos procedentes de los Ministerios de Educación y Formación Profesional, de Cultura y Deporte y de Ciencia, Innovación y Universidades.
- 8ª. La Sección Octava despachará los asuntos procedentes del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y del Ministerio para la Transición Ecológica.
- 9ª. La Sección Novena se crea por Real Decreto 934/2020, de 27 de octubre (BOE nº 285, de 27 de octubre de 2020).

Como hemos indicado, cada Sección del Consejo de Estado se compone de un Consejero permanente que la preside, de un Letrado Mayor y de los Letrados que sean necesarios, según la importancia de los asuntos o el número de las consultas.²⁰⁴ Ello indica, como veremos, la capital importancia que tiene el cuerpo de Letrados en el desempeño de la institución.

Los consejeros permanentes son nombrados por Real Decreto entre personas que estén o hayan estado comprendidas en alguna de las categorías siguientes: Ministro, Presidente o miembro de los Consejos Ejecutivos de las Comunidades Autónomas, Consejero de Estado, miembros de los Consejos consultivos u órga-

²⁰⁴. art. 12.1. del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

nos equivalentes de las Comunidades Autónomas, Letrado Mayor del Consejo de Estado, Académico de número de las Reales Academias integradas en el Instituto de España, profesor numerario de disciplinas jurídicas, económicas o sociales en Facultad Universitaria, con quince años de ejercicio, Oficial general de los Cuerpos Jurídicos de las Fuerzas Armadas (Cuerpo Jurídico Militar), funcionarios del Estado con quince años de servicios al menos en cuerpos o escalas para cuyo ingreso se exija título universitario y ex Gobernadores del Banco de España (art. 7 Ley Orgánica). El mandato es vitalicio.

El perfil actual del consejero permanente es mayoritariamente varón (excepto la Presidenta y las profesoras Camps, Andrés y Asua), jurista (excepto la profesora Camps que es catedrática de Ética²⁰⁵) político y de avanzada edad²⁰⁶ (excepto Enrique Alonso García). La remuneración vitalicia es más elevada que la correspondiente a un alto cargo²⁰⁷.

Junto con la Presidenta y los Consejeros permanentes, integran el Pleno del Consejo otros dos tipos de consejeros: los natos que lo son en razón del cargo de ostentan y los electivos. En la actualidad, son Consejeros Natos²⁰⁸:

— Excmo. Sr. D. Santiago Muñoz Machado, Director de la Real Academia Española.

205. Puede dudarse de que el perfil profesional de la profesora Camps Cervera cumpla fielmente con lo que dispone la LOCE. Así, el art. 7 al referir a profesores numerarios de ciencias sociales, no parece referir a Filosofía y Letras. Las ciencias sociales se contraponen a las exactas o puras. Las ciencias sociales, incluso entendidas como ciencias humanas no parece que puedan comprender otras áreas del conocimiento como son la Filosofía y las Letras. Aunque todas las clasificaciones son cuestionables, parece que comúnmente puede considerarse englobado dentro de la etiqueta ciencias sociales a disciplinas como: Antropología; Ciencia política; Comunicación; Demografía; Economía; Educación; Geografía; Historia; Lingüística; Psicología social; Semiología o Sociología. Todas ellas comparten una pretendida metodología de estudio verdaderamente científica, logrando cierta independencia respecto del método prevaleciente en la filosofía.

206. Entre 80 y 90 años, excepto Camps Cervera (79), Alonso García (66), Andrés Saénz de Santamaría (67) y Asua Batarrita (72).

207. Según publica el portal de la transparencia, un Consejero Permanente de Estado y Consejero Nato de Estado, percibe una retribución de más de 100.000 euros anuales repartidos en varios conceptos: Sueldo anual (12 mensualidades): 13.516,92 €; Complemento de destino (12 mensualidades): 23.625,24 €; Complemento específico (14 mensualidades): 36.779,34 €; Paga extraordinaria sueldo (2 anuales): 1.456,60 € Paga extraordinaria c. destino (2 anuales): 3.937,54 €; Complemento de productividad: 23.888,68 €; Trienios (14 mensualidades): El importe correspondiente al número y cuerpo de procedencia, en su caso. Normativa aplicable: Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (Artículo 20.Cinco). Según el Real Decreto-ley 24/2018, de 21 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público, el sueldo (doce mensualidades, sin derecho a pagas extraordinarias) del Presidente del Gobierno queda fijado en 82.978,56; Vicepresidente del Gobierno en 77.991,72; Ministro del Gobierno en 73.211,28.

208. «Los consejeros natos son en parte los antiguos representantes del Gobierno, pero ese papel casi carece de sentido en un órgano en el que casi el noventa por ciento de sus miembros son nombrados por el Consejo de Ministros y ya no por el Jefe del Estado y en el que las otras instancias representadas han desaparecido» GARCÍA ALVAREZ, G. *La función constitucional del Consejo de Estado*. CEDECS, Barcelona, 1996, p. 205.

- Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, Presidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- Excmo. Sr. D. Manuel Pizarro Moreno, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- Excma. Sra. D.^a Dolores Delgado García, Fiscal General del Estado.
- Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Villaroya Vilalta, General del Aire, Jefe de Estado Mayor de la Defensa.
- Excma. Sra. D.^a Victoria Ortega Benito, Presidenta del Consejo General de la Abogacía.
- Excmo. Sr. D. Antonio Pau Pedrón, Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación.
- Excma. Sra. D.^a Consuelo Castro Rey, Abogada General del Estado-Directora del Servicio Jurídico del Estado.
- Excma. Sra. D.^a María Yolanda Gómez Sánchez, Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Excmo. Sr. D. Pablo Hernández de Cos, Gobernador del Banco de España.

Y son consejeros Electivos:

- Excma. Sra. D.^a Amelia Valcárcel Bernaldo de Quirós
- Excmo. Sr. D. Juan José Laborda Martín
- Excmo. Sr. D. Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona
- Excma. Sr. D. Juan Carlos Rodríguez Ibarra
- Excmo. Sr. D. José María Michavila Núñez
- Excmo. Sr. D. Jordi Guillot i Miravet
- Excma. Sra. D.^a María Emilia Casas Baamonde
- Excma. Sra. D.^a Elisa Pérez Vera
- Excma. Sra. D.^a Soraya Sáenz de Santamaría Antón

En definitiva, integran el Consejo 29 miembros: la Presidencia, 9 consejeros permanentes, 10 natos y 9 electivos. En la actualidad, al coincidir la condición de consejero permanente y de consejero nato (por Presidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), en la figura de Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, existe un miembro menos. La reforma llevada a cabo por la LO 3/2004, de 28 de diciembre, atribuyó la condición de consejero nato vitalicio a los expresidentes del Gobierno de España.²⁰⁹ En la actualidad ninguno de ellos ejerce el cargo.

209. «Es evidente la dimensión política de esta reforma que, de hecho, se incluyó expresamente en el programa que el Presidente del Gobierno (Rodríguez Zapatero) presentó ante el Congreso de los Diputados en la sesión de investidura. De hecho, éste fue entonces el único motivo aducido para reformar el Consejo de Estado, por lo que no puede extrañar que abra la Exposición de Motivos a la hora de justificar la reforma. Y, precisamente en términos políticos, encontró el tajante rechazo de IU, cuyas enmiendas en ambas Cámaras consideraban este aspecto «contrario a la esencia del Consejo de Estado precisamente», ya que «no supone garantía de mejora en la calidad, la técnica o el rigor de la actuación del Ejecutivo». Términos, pues, similares a los alegados en 1980 por el Grupo Comunista y que, como entonces, provocaron su oposición al texto. En cuanto a su «estatuto personal y económico», la Ley prevé que «será el de los Consejeros permanentes, sin perjuicio del que les corresponda

Junto con las comisiones permanentes «ordinarias», la reforma de 2004 otorgó una especial relevancia a la Comisión de Estudios. La misma está presidida por la Presidenta del Consejo de Estado e integrada por dos Consejeros permanentes, dos natos y dos electivos, designados por el Pleno a propuesta del Presidente, así como por el Secretario general (art. 5.2 Ley Orgánica).

El Secretario General, que es nombrado por Real Decreto, a propuesta de la Comisión Permanente aprobada por el Pleno, entre los Letrados Mayores (art. 10.1 Ley Orgánica), es el jefe directo del personal y del régimen interior de los servicios y dependencias del Consejo (art. 58 párrafo primero Reglamento). De él dependen los distintos servicios del Consejo.

Los Letrados del Consejo de Estado, que constituyen un Cuerpo al que se accede por oposición entre licenciados universitarios en Derecho (art. 15.1 Ley Orgánica), desempeñan las funciones de estudio, preparación y redacción de los proyectos de dictamen sobre los asuntos sometidos a consulta del Consejo (art. 14.1 Ley Orgánica). Los Letrados ostentan una especie de reserva de nombramiento como consejeros ya que el art. 25.2. del Reglamento (previsión que no se contempla en la LOCE) reserva dos de los ocho puestos (25%) de Consejeros permanentes a Letrados pertenecientes al Cuerpo de Letrados de la institución.

El proyecto de dictamen, que prepara uno de los Letrados adscritos a la Sección, se debate en la misma y se aprueba, en su caso, por el Consejero Presidente. De ahí se eleva para su aprobación a la Comisión Permanente y posteriormente al Pleno, en caso de ser competencia del mismo.

El dictamen del Consejo de Estado es el último trámite, que concluye la tramitación del expediente (art. 2.2 párrafo tercero Ley Orgánica). Tras de aquel, solo cabe la resolución por parte de la autoridad consultante. La resolución debe indicar si es conforme con el dictamen del Consejo de Estado o si se aparta de él (art. 2.2 párrafo quinto Ley Orgánica). En el caso de consultas preceptivas, si la autoridad consultante es un miembro del Gobierno y desea apartarse del dictamen, la resolución debe ser adoptada por el Consejo de Ministros (art. 2.2 párrafo cuarto Ley Orgánica).

La reforma de 2004 introduce dos variantes que merecen el calificativo de novedades: la creación de la Comisión de Estudios y la entrada de ex presidentes en la «nómina» de consejeros. El propio Consejo de Estado, en su dictamen 1484/2004, valora la reforma en los siguientes términos:

«El anteproyecto de Ley Orgánica remitido ahora a consulta pretende, según su exposición de motivos, potenciar o fortalecer el ejercicio de la función consultiva encomendada al Consejo por la Constitución. A este efecto introduce el anteproyecto (con independencia de otras actualizaciones menores) dos novedades principales en la estructura tradicional del Consejo. Ambas merecieron ser desta-

como ex Presidentes del Gobierno.» SANCHEZ NAVARRO, A.J. «La función constitucional del Consejo de Estado tras su reforma por la Ley Orgánica 3/2004» *Revista de Administración Pública* n° 169, 2006, p. 370. Paréntesis añadido.

cadadas por el actual Presidente del Gobierno en el discurso con el que solicitó la confianza del Congreso de los Diputados.

La primera es la incorporación de los ex Presidentes del Gobierno a las tareas del Consejo de Estado, como Consejeros natos con carácter vitalicio.

La segunda, tal como fue anunciada, consistía en la adscripción al Consejo del “Centro de Estudios Políticos y Constitucionales”, organismo autónomo actualmente adscrito al Ministerio de la Presidencia. Al mismo tiempo se expresaba el propósito de encauzar a través del Consejo de Estado los trabajos preparatorios de una próxima reforma parcial de la Constitución.

En relación con este segundo extremo el anteproyecto sometido ahora a consulta ha optado por modificar la composición del Consejo de Estado, con la creación de una “Comisión de Estudios” a la que se atribuyen determinadas competencias, y mantener por lo demás inalterada la estructura y funciones que hoy lo configuran. Al mismo tiempo, sin mencionar ya en concreto al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales ni a ninguna otra entidad, abre, de modo genérico, la posibilidad de que se adscriban funcionalmente al Consejo “organismos autónomos o unidades y servicios administrativos” en funciones de apoyo. Y ello con vistas, precisamente, a la “realización de los informes, estudios o memorias de interés general” que se le encomienden.

(...)

No es objetable la incorporación institucional a las tareas del Consejo de Estado de los ex Presidentes del Gobierno. Es claro que el acervo de sus conocimientos y experiencias enriquecerá desde perspectivas amplias y plurales el ejercicio de la función consultiva y redundará en indudable beneficio para el Gobierno, destinatario de los dictámenes, estudios e informes del Consejo de Estado.²¹⁰

De más compleja articulación legal resulta el propósito de adicionar a las funciones tradicionales del Consejo la de realizar los “estudios, informes y memorias” que el Gobierno decida encomendarle. Sería ésta una labor diferente a la que ha venido siendo habitual hasta ahora. En efecto, el Consejo emite sus dictámenes sobre consultas que se le formulan o sobre textos ya elaborados y que se someten a su consideración. El Consejo expresa su parecer y concluye, de ordinario, indicando si procede o no la aprobación del texto o propuesta objeto de consulta, una vez atendidas o consideradas las observaciones que, en su caso, el propio Consejo formule.

210. Si bien la fórmula inicial era incluir a los ex presidentes de gobierno (nacional o autonómico) como Consejeros natos del Pleno con carácter vitalicio, y el propio Consejo de Estado dictaminó que la opción era técnicamente correcta y conceptualmente apropiada (Dictamen CdE n° 1484/2004 de 15 de julio) lo que al final puede observarse es que se nombran como consejeros electivos a un expresidente de Comunidad autónoma (Juan Carlos Rodríguez Ibarra (presidente de la Junta de Extremadura entre 1982 y 2007). El caso de Juan José Laborda Martín fue presidente del Senado entre 1989 y 1996. En el caso de Soraya Sáenz de Santamaría, fue vicepresidenta del gobierno de España entre 2011-2018. No se cumple, en definitiva, la disposición del art. 9.2 LOCE según la cual: «De entre los diez Consejeros electivos, dos deberán haber desempeñado el cargo de Presidente del Consejo Ejecutivo de Comunidad Autónoma por un período mínimo de ocho años. Su mandato será de ocho años.»

A diferencia de este proceder clásico, en los casos que ahora se contemplan, es decir, en los de elaboración de “estudios, informes y memorias”, la autoridad consultante no proporcionaría al Consejo un texto o propuesta acabados para su dictamen sino más bien unas “directrices” de carácter general con el encargo de efectuar el estudio, informe o memoria correspondiente, siguiendo las líneas maestras establecidas por el Gobierno. Sería en estos casos tarea propia del Consejo responsabilizarse de designar las ponencias adecuadas para la preparación y elaboración del trabajo encomendado, establecer su orientación básica y, una vez realizado, emitir un juicio de “suficiencia” del “estudio, informe o memoria” y de su “adecuación” a los términos en que se formuló el encargo.

Los órganos tradicionales del Consejo (Secciones y Comisión Permanente) podrían no ser los más adecuados para desarrollar esta labor sin riesgo de desnaturalización o de interferencia inconveniente en el correcto desempeño de su primaria y esencial función. En efecto, la variedad de los posibles requerimientos en cuanto a materias, objetivos y finalidades de los encargos hace razonable prever una mayor flexibilidad en la composición de los órganos, en la disponibilidad de medios y en la específica aplicación o dedicación de quienes deban cumplir los trabajos encomendados.

El anteproyecto opta por atribuir la dirección de estas tareas a un órgano de nueva creación, que sería la “Comisión de Estudios”. El Consejo de Estado considera que esta opción técnica puede ser adecuada siempre que se conciba con la antedicha flexibilidad y cuente con un soporte orgánico suficiente para poder acometer y coronar con éxito sus tareas.»

Por ello, la idea inicial de adscripción concreta al Consejo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales para desarrollar estas nuevas tareas, aparece ahora descartada y en su lugar se opta por la «internalización» de una comisión de estudios más amplia y versátil pero, por lo mismo, más condicionada y menos independiente. La Ley reconoce al Consejo tanto la función de asesoramiento del Gobierno cuando es legalmente consultado pero también la realización de estudios, informes y propuestas. Se trataría en este segundo caso de una función consultiva «de oficio» con un distinto alcance potencial.²¹¹

211. SÁNCHEZ NAVARRO detecta agudamente las disfunciones orgánicas y funcionales que la creación de la Comisión de Estudios puede suponer. «(...) una innovación institucional perfectamente admisible *per se*, como es la creación de una Comisión de Estudios, suscita más interrogantes desde el momento en que, por una parte, su configuración difiere absolutamente de la de los restantes órganos del Consejo y, por otra, asume todo el protagonismo en el ejercicio de esas nuevas competencias. Que, por lo demás, no han podido gozar de un «rodaje» de «estudio e informe» propiamente dicho, sino que han debido afrontar desde el comienzo una encomienda de la máxima dimensión política imaginable, como es la elaboración de un informe que sirva de base para una propuesta de reforma constitucional en un contexto complejo. La concurrencia de ambos elementos, orgánico y funcional, puede originar una especie de superposición de estructuras en el Consejo: de una parte, la estructura tradicional (Secciones, Comisión Permanente y, en su caso, el Pleno) conservaría su tradicional función consultiva, dictaminando iniciativas ajenas con sujeción a parámetros jurídicos estrictos. De otra, la «nueva» estructura (grupos de trabajo, en su caso; Comisión de Estudios y Pleno) desarrollaría las tareas más «creativas», bien de informe y estudio *stricto sensu*, bien de elaboración de propuestas le-

De nuevo, el Dictamen 1484/2004, de 15 de julio, emitido por el Consejo al examinar el anteproyecto de lo que después será la Ley Orgánica 3/2004, de reforma de la LOCE, repasa la experiencia comparada en otros Consejos (Francia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos e Italia).

Igualmente, se prevé como «apoyo» al ejercicio de las nuevas labores, la posibilidad de adscripción funcional de organismos autónomos y de unidades o servicios administrativos al Consejo de Estado. Tales posibilidades serían susceptibles de especificación a través de varias fórmulas distintas y de variables intensidad, extensión y conveniencia. En todo caso, cabe notar a este respecto que el anteproyecto utiliza una terminología heterogénea al hablar de adscripción funcional y eventual, de órganos y de personas.²¹²

3. COMPETENCIAS Y FUNCIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

La función principal del Consejo de Estado en tanto que órgano consultivo supremo es la de emitir dictámenes a petición de la autoridad consultante (Presidente del Gobierno o los Ministros, así como los Presidentes de las Comunidades Autónomas). El dictamen es un documento en el que el Consejo de Estado expresa su criterio sobre las cuestiones que le han sido consultadas.

Las consultas son preceptivas o facultativas. Son preceptivas las consultas en que así lo establezca la Ley Orgánica del Consejo de Estado u otra norma con rango de ley. Son facultativas todas las demás; es decir, cuando no lo establezca una norma con rango de ley (art. 2.2. párrafo primero y art. 25.1 Ley Orgánica).

gislativas o, incluso, constitucionales, en que los criterios suministrados por las normas son menos precisos, dejando por definición un mayor margen a las apreciaciones de oportunidad.

El contraste entre ambas «estructuras» se agudiza por cuanto la reforma, aun sin transformar la naturaleza del Pleno, ha reforzado su dimensión política. Se intensifica así el notorio contraste apreciable entre nuestro Consejo y otros que hace décadas optaron decididamente por la profesionalización en la composición, la permanencia en la estructura y la naturaleza estrictamente jurídico-administrativa en el ejercicio de sus funciones.» SÁNCHEZ NAVARRO, A.J. «La función constitucional del Consejo de Estado tras su reforma por la Ley Orgánica 3/2004» *Revista de Administración Pública* n° 169, 2006, p. 380-381.

212. Pese a la novedad que destacó unánimemente la doctrina de la reforma de 2004, lo cierto es que la Sección de Estudios ha tenido una trayectoria relevante pero con escasa continuidad. Los estudios aprobados desde 2004 hasta la actualidad son los siguientes (8): Informe sobre modificaciones de la Constitución Española (16 de febrero de 2006); Informe sobre la protección de hábitats y especies marinas (9 de julio de 2006); Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español (14 de febrero de 2008); Informe sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General (24 de febrero de 2009); Informe sobre la adaptación del ordenamiento jurídico español y europeo contra la pesca ilegal (17 de julio de 2009); Informe sobre la titularidad compartida de las explotaciones agrarias (14 de abril de 2010); Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario (15 de diciembre de 2010); Informe sobre anuncios de contenido sexual y prostitución en prensa (9 de marzo de 2011). Los relativos a la inserción del Derecho europeo (2008) y modificación de la Constitución (2006), pueden ser los que más impacto han generado. En cualquier caso, desde 2011 hasta la actualidad, no consta actividad alguna en materia de Estudios.

La relación de consultas preceptivas se contiene en la Ley Orgánica (arts. 21 y 22) y en otras normas de rango legal. Dicha relación se recoge y hace pública de forma periódica.²¹³

Según dispone el artículo 21 LOCE, el Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en los siguientes asuntos:

1. Anteproyectos de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado.
2. Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo.
3. Proyectos de Decretos legislativos.
4. Dudas y discrepancias que surjan en la interpretación o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales en los que España sea parte.
5. Problemas jurídicos que suscite la interpretación o cumplimiento de los actos y resoluciones emanadas de Organizaciones internacionales o supranacionales.
6. Reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional.
7. Anteproyectos de Ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado.
8. Transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento o arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos.
9. Separación de Consejeros permanentes.
10. Asuntos de Estado a los que el Gobierno reconozca especial trascendencia o repercusión.
11. Todo asunto en que, por precepto expreso de una Ley, haya de consultarse al Consejo de Estado en Pleno.

En cambio, se atribuyen a la Comisión Permanente del Consejo de Estado la consulta en los siguientes asuntos (art. 22 LOCE):

1. En todos los tratados o convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado.
2. Disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo.

213. La última de la que se tiene conocimiento es la Resolución del Presidente del Consejo de Estado de 21 de junio de 2005. Disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/Resolucion.pdf>

3. Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones.
4. Anteproyectos de Ley Orgánica de transferencias o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas.
5. Control del ejercicio de funciones delegadas por el Estado a las Comunidades Autónomas.
6. Impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo a la interposición del recurso.
7. Conflictos de atribuciones entre los distintos Departamentos ministeriales. ²¹⁴
8. Recursos administrativos de súplica o alzada que deban conocer en virtud de disposición expresa de una Ley el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno o la Presidencia del Gobierno.
9. Recursos administrativos de revisión.
10. Revisión de oficio de disposiciones administrativas y de actos administrativos, en los supuestos previstos por las leyes.
11. Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la legislación de contratos del Estado.
12. Nulidad, interpretación, modificación y extinción de concesiones administrativas, cualquiera que sea su objeto, cuando se formule oposición por parte del concesionario y, en todo caso, cuando así lo dispongan las normas aplicables.
13. Reclamaciones que, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, se formulen a la Administración General del Estado en los supuestos establecidos por las leyes. ²¹⁵
14. Concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito.
15. Concesión y rehabilitación de honores y privilegios cuando así se establezca por disposición legal.
16. Asuntos relativos a la organización, competencia y funcionamiento del Consejo de Estado.
17. Concesión de monopolios y servicios públicos monopolizados.
18. Todo asunto en que por precepto expreso de una Ley haya de consultarse al Consejo de Estado en Comisión Permanente.
19. Todo asunto en que por precepto de una Ley haya de consultarse al Consejo de Estado y no se diga expresamente que debe ser al Consejo en Pleno.

²¹⁴. En tema de conflictos de atribuciones y competencias, la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, procedió a suprimir el inciso «y cuestiones de competencia» que figura en el texto del párrafo séptimo, del artículo 22 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

²¹⁵. El art. 4 de la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, modificó el apartado 13. Por su parte, los apartados 2, 6, 10 y 13 por el art. único.15 a 18 de la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre.

Sin necesidad de mayor precisión, salta a la vista inmediatamente la neta separación entre función consultiva respecto de leyes (Pleno) y función consultiva respecto de asuntos administrativos (Comisión Permanente).

La memoria del Consejo de Estado de 1997²¹⁶ contiene una interesante reflexión acerca del papel del Consejo en la función legislativa: «En España, a diferencia del modelo francés, ni la Constitución ni la ley han previsto, con carácter general, una consulta preceptiva en materia legislativa del Consejo de Estado. La Ley Orgánica 3/1980 solo ha establecido la consulta preceptiva del Pleno del Consejo de Estado en dos casos de anteproyectos de ley, los que supongan ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales, y los que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado. Lo primero se vincula a la tradición histórica del Consejo en relación con los compromisos internacionales asumidos por España, lo segundo, como sucede en el caso italiano, puede ser una búsqueda de garantía de mantenimiento de la autonomía orgánica y funcional del órgano, como el propio Consejo ha entendido (Dictamen 44.991 de 15 de febrero de 1983). Además, la Comisión Permanente debe ser consultada en los anteproyectos de ley orgánica de transferencia o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas, lo que refleja la vocación del órgano consultivo como instrumento de garantía del Estado de las autonomías, tanto del respeto por el Estado de las autonomías territoriales, como por el respeto de éstas de las funciones que constitucionalmente corresponden al Estado. A tal efecto, el art. 153 b) C.E., y en relación al ejercicio de las funciones delegadas, ha establecido que el control por el Gobierno de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se realizará «previo dictamen del Consejo de Estado.» Ya en el diseño constitucional se previó un papel relevante del Consejo de Estado en favorecer y garantizar el funcionamiento del sistema de autonomías territoriales.

La consulta preceptiva al Consejo de Estado es importante en otras competencias normativas del Gobierno, en particular y fundamentalmente sobre las disposiciones reglamentarias en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y los reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes así como su modificación.

De este modo, en el diseño legal de las competencias del Consejo de Estado, aparece como una excepción la consulta preceptiva en los anteproyectos legislativos. Ello, sin embargo, no supone una marginación del órgano consultivo en las tareas de preparación por el Gobierno de los textos legislativos. En primer lugar, el dictamen preceptivo del Consejo de Estado ha adquirido considerable importancia tras la integración de España en la Unión Europea, sobre todo, al haber establecido la Ley 8/1994, de 19 de mayo, que «el Consejo de Estado deberá ser consultado sobre las normas que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo del Derecho comunitario europeo». Esta intervención preceptiva ya

216. <http://www.consejo-estado.es/pdf/MEMORIA%201997.pdf> Memoria monográfica sobre El Consejo de Estado y la elaboración de las leyes.

no es ocasional sino bastante frecuente dado el proceso progresivo de comunitarización de nuestra legislación interna.

Por otro lado, la función del Consejo de Estado no se agota en las consultas preceptivas, sino que comprende también las consultas facultativas a conveniencia del Gobierno. El art. 29.1.9 LOCE prevé la consulta en los asuntos de Estado a los que el Gobierno reconozca especial trascendencia o repercusión, tanto los dictados por éste como órgano político, cuanto los dictados como órgano de la Administración. Por su parte, el art. 24.1 LOCE permite que el Consejo pueda ser oído en cualquier asunto en que el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro lo estime conveniente; ello incluye, desde luego, los anteproyectos de ley.

La consulta en materia de anteproyectos legislativos, sea preceptiva o sea facultativa, cuenta con la experiencia que el Consejo de Estado tiene sobre otros proyectos normativos, de carácter reglamentario o de articulación o refundición de textos legales. Esa tarea, que ocupa buena parte de la labor del Consejo de Estado, le ha permitido desarrollar un método de examen y revisión de los textos reglamentarios proyectados, verificando el respeto a los condicionamientos constitucionales, legales e internacionales, examinando el iter procedimental previo, realizando juicios y emitiendo opiniones sobre el texto consultado, para su mejora de redacción y de contenido. La utilidad que hayan podido tener esos dictámenes en la tarea normativa encomendada al Gobierno ha podido llevar a éste a utilizar la competencia y experiencia del órgano consultivo llamándolo a auxiliarle en su tarea de preparación legislativa.

En suma, en el actual marco legal, el Consejo de Estado debe ser consultado solo en determinados anteproyectos de ley y puede ser consultado en los demás. Desde la aprobación de la Constitución y de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, esa consulta ha venido siendo interesada no sólo en los casos en los que resultaba preceptiva, sino también en otros, con carácter facultativo. El sistema democrático ha acentuado notablemente el papel del Consejo de Estado en la preparación de los textos legislativos y ha roto la tendencia, que se inició en 1904, de marginar al Consejo de Estado en la tarea legislativa.»

Pero la cuestión de la división de tareas entre Pleno y Comisión Permanente no se agota en la simple descripción de sus respectivas competencias. Si se profundiza algo más, se puede observar que hay una división entre la naturaleza de los Consejeros que integran el Pleno y los más reducidos de la Comisión Permanente. Mientras que los primeros son contingentes (electos o natos dependiendo del cargo que ocupen), los segundos son vitalicios. Pese a gozar de mayores garantías de independencia por su inamovilidad, la Comisión Permanente está sometida al Pleno, en el sentido del art. 2.4. LOCE, pues la supremacía del Pleno determina que en los asuntos que hubiera dictaminado la Comisión Permanente, podrá informar el Consejo de Estado en Pleno, si así lo acuerda la Presidenta (art. 25.2 LOCE). En caso de discrepancia entre Pleno y Comisión, se resuelve el «enfrentamiento» mediante la constitución de una ponencia extraordinaria designada por la Presidenta.

Creemos, pues, que puede considerarse que el Pleno tiene una capacidad de vigilancia latente sobre la Comisión, lo que, en caso de un uso inmoderado,

puede perjudicar la autonomía técnica de la institución. Como explica GARCÍA ÁLVAREZ, «El precedente del Pleno actual es el establecido en 1944; se trataba de un órgano que apenas tenía competencias que derivasen de consultas propiamente preceptivas, pero que se convertía en competente sobre cualquier materia cuando el Presidente del Gobierno o el del Consejo de Estado lo decidían. En consecuencia, su función primordial era proporcionar un foro de debate en el que estaban representados de forma más o menos directa varias instituciones: el Ejército, el Movimiento a través de su Secretario General o del Director del Instituto de Estudios Políticos, los Sindicatos verticales por el Delegado nacional, la Iglesia Católica por el Cardenal Primado o el Gobierno (...). El Pleno contribuye también a dar una cierta prestancia al Consejo de Estado, sin embargo algún miembro del Consejo de Estado ha afirmado que la función de órgano de segunda reflexión en la práctica no hace sino retrasar la tramitación de las consultas, ya que los asuntos previamente discutidos en la Sección correspondiente y en la Comisión Permanente, llegan ya trillados a un Pleno caracterizado por un alto grado de absentismo. De los argumentos anteriores se desprende una posición reticente ante la actual dualidad de órganos consultivos dentro del Consejo de Estado, que en gran parte puede suscribirse.»²¹⁷

También sin necesidad de mayor precisión, resulta que con independencia del carácter preceptivo o facultativo de la consulta, el resultado de la misma no es vinculante. No se trata pues de una corresponsabilidad en la función administrativa —menos aún en la legislativa— sino más bien de una opinión autorizada.

Por ejemplo, en materia de tratados internacionales, el Dictamen 1375/2007, de 19 de julio, advertía sobre la recomendación de modificación legislativa que suponía la firma de la Convención Internacional para la protección contra las desapariciones forzadas. Igualmente, en materia de derecho europeo, los dictámenes advierten sobre la potencial inconstitucionalidad del contenido de un tratado lo que haría aconsejable la interposición de un recurso previo de inconstitucionalidad de los regulados en el art. 95 CE. La opinión del Gobierno no necesariamente debe concordar con la expresada por el Consejo. Según ALONSO GARCÍA, «ello ha posibilitado el diálogo entre ambas instituciones en cuestiones tan cruciales como la fórmula a seguir en el proceso de ratificación de los tratados de integración de la Unión Europea (dictámenes del Consejo de Estado número 8501991, de 20 de junio; 421/1992, de 9 de abril; 2544/2004, de 21 de octubre y 24/2008, de 13 de marzo).»²¹⁸

En lo demás, la soberanía de las Cortes difícilmente podría admitir una función consultiva vinculante respecto a la tramitación de normas con rango de Ley. Por ello, en relación con estas consultas facultativas, el Consejo de Estado, inicialmente, realizó un notable ejercicio de autorrestricción considerando que el

217. GARCÍA ÁLVAREZ, G. *La función constitucional del Consejo de Estado*. CEDECS, Barcelona, 1996, p. 204-205.

218. ALONSO GARCÍA, E. «El Consejo de Estado» en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (Dirs). *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*. Wolters Kluwer, Madrid, 2009. (existe edición posterior LX Aniversario de 2018)

carácter no preceptivo del dictamen, por decisión legal, suponía el respeto de la plena soberanía de las Cortes en la elaboración y aprobación de las leyes. Se concebía el dictamen como un momento final de asesoramiento y preparación técnica, antes de entrar en la fase de decisión política, excluida de la función del Consejo.

Hay que notar respecto de la competencia para dictaminar sobre disposiciones reglamentarias que se aprueben en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo, que el juicio de compatibilidad entre el Derecho UE y el ordenamiento nacional es una cuestión que corresponde de manera ordinaria al mecanismo de la cuestión prejudicial europea. Aquí, de nuevo, la diferencia entre Consejo de Estado y *Conseil d'Etat* es radical.

Como hemos visto en el anterior capítulo,²¹⁹ la reciente STJUE (Sala Quinta) de 4 de octubre de 2018, Comisión/Francia. Asunto C-416/17, se plantea si el *Conseil d'État* debería haber planteado al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la interpretación del Derecho de la Unión.²²⁰ Recuerda asimismo que, en principio, cuando contra la decisión de un órgano jurisdiccional nacional no exista ningún recurso judicial, si se plantea ante él una cuestión de interpretación del Tratado, dicho órgano jurisdiccional tendrá la obligación de someter la cuestión al Tribunal de Justicia. La sentencia declara, por primera vez, que un órgano jurisdiccional (*Conseil d'Etat*, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno debería haberle planteado una cuestión prejudicial, con el fin de excluir el riesgo de una interpretación errónea del Derecho de la Unión.

El Consejo de Estado español no puede definirse como un órgano jurisdiccional a efectos del Derecho de la Unión, con lo que ni tan siquiera cabe la posibilidad de que éste eleve la cuestión prejudicial.

En definitiva, los dictámenes del Consejo de Estado en la función legislativa, al igual que los del Consejo General del Poder Judicial o los del Consejo Económico y Social, son meramente facultativos y de contenido no vinculante, excepto para los supuestos de Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo y de Anteproyectos de Ley Orgánica de transferencias o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas, en cuyo caso son preceptivos y no vinculantes.

219. Apartado 1.4.

220. En la sentencia se declara la vulneración del DUE ya que el Tribunal de Justicia recuerda que, en principio, cabe declarar la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión haya originado el incumplimiento, incluso cuando se trate de una institución constitucionalmente independiente. El Tribunal de Justicia recuerda también que la obligación de plantear una cuestión prejudicial tiene principalmente como razón de ser impedir que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se atenga a las normas del Derecho de la Unión

En lo que refiere a la legislación delegada (Reales Decretos Legislativos). «Se trata de una función consultiva que versa sobre las modalidades de delegación que encuentran hoy su consagración constitucional —y su régimen— en el artículo 82 de la Constitución: los textos articulados y los textos refundidos. Dice, al efecto, el número 2 del mencionado precepto constitucional que «la delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formulación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo».

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

Cuando se trate de anteproyectos de textos refundidos, el Consejo de Estado extiende su función a verificar si en el ejercicio de la delegación el anteproyecto objeto de la consulta respeta el ámbito normativo al que se refiere el contenido de la delegación y si ésta comprende la regularización, aclaración y armonización de los textos legales que han de ser refundidos; la función consultiva es más intensa y compleja, debiendo el Consejo de Estado emitir su juicio de fondo sobre la interpretación de las reglas refundidas y los contenidos refundidos. Respecto de esta refundición realiza el Consejo de Estado una valoración que se extiende también a los aspectos de técnica y sistemática del texto consultado.»²²¹

En cualquier caso, parece innegable que el Consejo no debe desconocer los límites de su propia función consultiva. Antes bien, debe respetar el margen de decisión política del Gobierno: «el Consejo de Estado... no hará cuestión de determinadas opciones que se plasman en el texto en tanto que legítimas decisiones que pueden ser adoptadas por los órganos competentes para la dirección política»; «es al legislador, en última instancia, y al titular de la iniciativa legislativa, en primer lugar, a quienes corresponde ejercer la opción política sobre las medidas que se entiendan más adecuadas» (Dictamen 176/1997, de 10 de abril). Por ello, el dictamen facultativo en materia legislativa no debería incluir análisis de la oportunidad y conveniencia del texto (a diferencia de lo que ocurre en materia reglamentaria como después se verá).

De modo similar, el Consejo interviene en los procesos constitucionales mediante la emisión de Dictamen en la impugnación de las disposiciones y resolu-

221. AROZAMENA SIERRA, J. «La función consultiva del Consejo de Estado» *Documentación Administrativa* n° 226, 1991, p. 143

ciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo a la interposición del recurso.

Este caso ha sido especialmente visible en dos supuestos: (i) la convocatoria del Pleno del Parlamento de Cataluña para la celebración del debate de investidura el 22 de enero de 2018; (ii) la Resolución del mismo Parlamento de Cataluña 92/XII de 11 de octubre de 2018 sobre varios aspectos (priorización de la agenda social y la recuperación de la convivencia).

En el caso de la propuesta del Parlament de Cataluña de Carles Puigdemont como candidato a la investidura al cargo de Presidente de la Generalitat,²²² el Gobierno fundamentó la impugnación, en el hecho que el Sr. Puigdemont, al encontrarse huido de la justicia y existir una orden judicial de busca y captura e ingreso en prisión contra él, no iba a comparecer personalmente en la sesión de investidura. Según se aduce, si se hubiera realizado la sesión de investidura del candidato propuesto no hubiera podido acudir a exponer su programa personalmente ante la Cámara ni participar en el posterior debate parlamentario. Por ello considera que la investidura a la que se refieren las resoluciones impugnadas solo podía efectuarse por sustitución o a través de medios telemáticos y, en su opinión, esta forma de celebrar el acto de investidura es contraria a la Constitución.

Pues bien, en el dictamen previo a la interposición del recurso (Dictamen 84/2018 de 25 de enero), el Consejo de Estado había considerado que no cabía la impugnación por ser la cuestión previa y puramente hipotética. A juicio del Consejo, se trataría de una «impugnación de la Propuesta del Presidente del Parlamento de Cataluña, de 22 de enero de 2018, que se limita a proponer al diputado Carles Puigdemont Casamajó como candidato a la presidencia de la Generalidad, o de una futura convocatoria de la sesión de investidura de dicho candidato, entraría dentro de lo que el Tribunal Constitucional considera impugnaciones preventivas o hipotéticas, habida cuenta de que no cabe sostener, más allá de una mera presunción, que el candidato propuesto no vaya a hacer acto de presencia en la Cámara».²²³ El Gobierno de la Nación desoyó el Dictamen del Consejo de Estado y ejercitó la impugnación de disposiciones autonómicas prevista en el Título V de la LOTC.

La **STC 19/2019, de 12 de febrero** zanja la cuestión al admitir el recurso y estimar la impugnación: «Las resoluciones impugnadas, en sí mismas consideradas, no contienen ninguna determinación de la que pueda derivarse que la sesión de investidura fuera a celebrarse sin la presencia en la Cámara del candidato propuesto. No obstante, dadas las circunstancias concurrentes en este caso, ha de concluirse que la investidura convocada solo podía tener lugar en ausencia del candidato. Esta conclusión se deriva del hecho de que el 30 de enero de 2018 el presidente del Parlamento acordó aplazar la sesión de investidura a la

222. PARADA, R. «Repaso al Consejo de Estado» *El Mundo*, 23 febrero 2018. Disponible en <https://www.elmundo.es/opinion/2018/02/23/5a8ef4dfe2704edf638b45d3.html>

223. Dictamen 84/2018 de 25 de enero de 2018. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2018-84>

que se refieren las resoluciones impugnadas. Esta decisión se adoptó tras dictar este Tribunal el ATC 5/2018, de 27 de enero, en el que, como medida cautelar, se acordó suspender cualquier investidura que no fuera presencial mientras que el Tribunal decidiera sobre la admisión de la presente impugnación. La referida resolución, entre otras cosas, dispuso que no podría celebrarse el debate y la votación de investidura del diputado don Carles Puigdemont i Casamajó a través de medios telemáticos ni por sustitución de otros parlamentarios y estableció, además, que mientras estuviera en vigor la orden judicial de busca y captura e ingreso en prisión, aunque el candidato compareciera personalmente ante la Cámara, solo podría procederse a la investidura si contaba con la pertinente autorización judicial.

La decisión de aplazar la sesión de investidura tras las medidas cautelares adoptadas por este Tribunal es un hecho suficientemente relevante para concluir que las resoluciones impugnadas en este proceso constitucional tenían como objeto celebrar una sesión de investidura sin la presencia del candidato en la Cámara. Tales medidas no impedían la investidura si el candidato comparecía conforme a derecho en la Cámara (esto es, tras haberse puesto a disposición judicial y haber obtenido la autorización judicial), por lo que la no celebración de la sesión de investidura evidencia que el objeto de las resoluciones impugnadas, aunque no lo establecieran expresamente, era celebrar el debate y votación de investidura sin que el candidato estuviera presente en el Parlamento. Solo de este modo tiene sentido la decisión del presidente del Parlamento de desconvocar la sesión plenaria en la que se iba a proceder a la investidura del Sr. Puigdemont. En consecuencia, los actos impugnados, al tener como objeto celebrar la sesión de investidura del presidente de la Generalitat en ausencia del candidato, no respetan una de las formalidades esenciales para garantizar el correcto desarrollo de este procedimiento —la comparecencia personal y presencial del candidato ante la Cámara— y por este motivo vulneran el artículo 23 CE, el artículo 67 EAC y el artículo 149 RPC.» (FJ 7º)

En definitiva, el Dictamen preceptivo del Consejo de Estado fue acertadamente desoído por el recurrente (Presidente del Gobierno) y el Tribunal confirmó tanto la procedencia de la impugnación como el carácter inconstitucional de la Resolución del Parlament.

En el segundo de los casos, la cuestión impugnada fue la Resolución del Parlament 92/XII de 11 de octubre de 2018. Entre las varias cuestiones que integran el acto parlamentario destaca la reprobación de lo que se consideran «actos represivos contra la ciudadanía» a la vez que se condenan «las amenazas de aplicación del 155 de la Constitución, la ilegalización de partidos políticos catalanes, la judicialización de la política y la violencia ejercida contra los derechos fundamentales». Junto con ello, el apartado 15 contiene también las siguientes expresiones literales en contra del Jefe del Estado: «Rechaza y condena el posicionamiento del Rey Felipe VI, su intervención en el conflicto catalán y su justificación de la violencia por los cuerpos policiales el 1 de octubre de 2017» y «Reafirma el compromiso con los valores republicanos y apuesta por la abolición de una institución caduca y antidemocrática como la monarquía.»

En el procedimiento de impugnación el Consejo de Estado emitió dictamen desfavorable (Dictamen 892/2018, de 25 de octubre). A juicio del órgano consultivo, son varias las razones que fundamentan la inidoneidad del recurso:

- a) Se trata de un **acto parlamentario no normativo**. Según el Consejo, la facultad de presentar este tipo de propuestas a fin de suscitar el debate en el Parlamento sobre un tema determinado «pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria, pues la posibilidad de promover la deliberación y toma de posición de la Cámara sobre un determinado asunto e instar la adopción de instrucciones, directrices o mandatos, carentes de efectos jurídicos vinculantes (...) constituye una manifestación constitucionalmente relevante del ejercicio del cargo de representante parlamentario. Se trata, en definitiva, de «meros actos de propuesta, a través de los que un grupo parlamentario insta a la Cámara para que haga suya una determinada iniciativa (...) con el designio final, propio, aunque no único, de todos los actos parlamentarios de dirección e impulso político y de control de la acción de Gobierno, de dar ocasión al Parlamento de ejercer sus atribuciones propias. De otra parte, la iniciativa parlamentaria, de ser asumida por la Cámara, agota sus efectos en la adopción de las instrucciones, directrices o mandatos propuestos y en la respuesta o resultado en su caso obtenidos, sin perjuicio de la posibilidad de que éstos puedan instrumentalizarse para llevar a cabo un juicio o valoración sobre una concreta actividad o decisión política utilizando otros instrumentos de dirección o impulso político o de control de la acción de Gobierno.
- b) Constituye una manifestación de disconformidad de la Cámara legislativa **sin ningún efecto jurídico**. «En el asunto sometido a consulta, examinado el contenido de la declaración que pretende impugnarse, no cabe afirmar que sea constitutivo de una moción de reprobación stricto sensu. La fórmula empleada, el instrumento en que queda recogida y el procedimiento en que se enmarca —un debate general sobre la acción política y de gobierno— permiten sostener que lo que dicha declaración recoge es una opinión acerca de la actuación del Jefe del Estado en relación con determinados sucesos acontecidos en Cataluña y, por tanto, susceptibles de ser objeto de valoración por parte de su Parlamento. No se trata, a juicio del Consejo de Estado, de una declaración emitida como consecuencia de una actuación de control parlamentario, sino de una resolución conclusiva de un debate de política general en la que se recoge un juicio valorativo.»

Todo lo anterior lleva al Consejo a concluir que: «La idea que subyace a estas consideraciones es que el debate político no está sujeto, en nuestro ordenamiento, a límites materiales que impidan manifestar opiniones contrarias a la Constitución o al resto del ordenamiento. De este modo y en la medida en que tales opiniones sean realmente tales y carezcan, por tanto, de efectos jurídicos, no será

posible proceder a su impugnación ante el Tribunal Constitucional, por más que de ellas quede constancia formal y expresa en un documento institucional. (...) Y sucede que la declaración recogida en él responde al contenido propio de una resolución parlamentaria no legislativa que, como tal, permite acoger iniciativas o reflejar juicios de valor carentes de fuerza normativa o capacidad innovadora del ordenamiento. Se trata de una resolución cuyo alcance consiste en expresar un juicio de valor en relación con la actuación del Jefe del Estado, sin que de ello se deriven exigencia alguna de responsabilidad o cualquier otra consecuencia jurídica. Tampoco contiene ningún tipo de instrucción, mandato o exhortación. Es, por tanto, un acto de naturaleza política que no posee fuerza de obligar y cuya eficacia se agota en su mera adopción y que no innova el ordenamiento ni altera la situación existente en el momento en que fue aprobada.»

El Gobierno de la Nación desoyó el parecer del Consejo de Estado y sostuvo la impugnación. Por **STC 98/2019, de 17 de julio**, el Tribunal constitucional estimó de manera unánime la impugnación y declaró la Resolución impugnada inconstitucional y nula. La sentencia, de la que es ponente el magistrado Narváez Rodríguez, desmonta los argumentos del Dictamen —que coinciden esencialmente con los de la defensa Letrada del Parlamento— y después de dedicar sus primeros fundamentos a cuestiones básicas entorno a la monarquía razona que: «es preciso analizar el argumento de la representación del Parlamento de Cataluña, que propugna la desestimación de la demanda como opción subsidiaria de la inicial de inadmisión anteriormente rechazada, en el entendimiento de que las decisiones del pleno de la cámara recogidas en las letras c) y d), constituyen meras declaraciones de carácter político, que se hallan amparadas por el ejercicio de la libertad de expresión. Tampoco es posible acoger esta argumentación, toda vez que la fuente constitucional de legitimación de la resolución adoptada, en cuanto exterioriza, como ya se ha dicho, el ejercicio de una pretendida función de censura de un acto concreto del jefe del Estado, no puede, como pretende el Parlamento de Cataluña en sus alegaciones, estar fundamentada en la libertad de expresión de los parlamentarios que la hayan apoyado y aprobado. Una resolución que constituye la manifestación de voluntad de una institución difiere completamente de la libre expresión que, en el seno del debate democrático, de opiniones y juicios de valor puedan hacer los ciudadanos o los parlamentarios, en el caso de que éstos, en el curso de los debates o en relación con el ejercicio de sus funciones parlamentarias, expresen sus ideas, opiniones o juicios de valor, sobre las diferentes cuestiones que surjan en la vida social, pues, en tales casos, la puesta en el conocimiento público de aquellos gozarán de la protección constitucional que les depara el art. 20.1 a) CE. Sin embargo, cuando es el Pleno de un órgano legislativo, como es el caso del Parlamento de Cataluña, el que, por vía de resolución aprobada conforme a las normas procedimentales que establece su reglamento orgánico, adopta una decisión y toma posición ante un determinado hecho de relevancia pública, tal decisión constituye la expresión de la voluntad de una institución del Estado. Como tal, no supone el ejercicio de una libertad o derecho fundamental, sino el de una competencia, atribución o función. En otras palabras: «[los] poderes públicos tienen

competencias y potestades fiduciarias, pero no, con carácter general, derechos fundamentales (STC 175/2001, de 26 de julio, FFJJ 4 a 8), entendidos como garantías de “libertad en un ámbito de la existencia” [STC 111/2017, de 5 de octubre, FJ 5 b), citando las SSTC 25/1985, de 14 de julio, FJ 5, y 81/1998, de 2 de abril, FJ 2].» FJ 4º, letra a).

«Cuando el Parlamento catalán se «reafirma» en un modelo republicano de Estado y «apuesta» por la abolición de la monarquía, por reputarla como una «institución caduca y antidemocrática», tal afirmación no puede ser extraída del contexto en que se ha incluido, para analizarla aisladamente y entender que es una mera declaración de voluntad política, individualizada y separada del resto de este apartado decimoquinto, porque se ubica en un conjunto de cuatro letras, de las que tres hacen referencia a las instituciones del Estado, la primera, en los términos analizados supra, y la tercera, inmediatamente anterior a la que ahora estudiamos, que se dirige frontalmente contra un determinado acto del rey, con motivo de la situación de «conflicto» [así viene recogido este término en la letra c)] que la institución catalana afirma que existe entre el Estado y Cataluña, al que censura con términos peyorativos respecto del «posicionamiento» que aquel adopta ante aquel conflicto. Lo que hace la letra d) es «reafirmar su compromiso con los valores republicanos», esto es reforzar, de una parte, su preferencia por el sistema republicano, pero, al propio tiempo, también su rechazo y condena a la institución monárquica, en cuanto que es ostentada por el titular de la Corona, que previamente ha sido objeto de aquel juicio de rechazo y condena. No se trata, como dice la representación del Parlamento de Cataluña, de un mero desideratum o de una declaración de voluntad política que no va más allá de este deseo, precisamente porque el contexto en el que se enmarca excluye toda posibilidad de aceptar esta valoración. Si la letra c) expresa con la contundencia que lo hace su rechazo y condena al rey por su «posicionamiento» en el conflicto catalán y por su «intervención» del día 3 de octubre de 2017, el corolario lógico a este planteamiento será también el rechazo de la institución monárquica que aquel representa y de la que es su titular. La «apuesta por la abolición» de la monarquía se tiene que interpretar también en ese contexto de rechazo y condena que se ha anticipado. La letra d) hace extensivo el juicio de reprobación dirigido contra el rey, también a la Corona y al sistema constitucional de monarquía parlamentaria que aquel representa.» FJ 4º letra d).

En definitiva, la resolución constitucional determina que un poder público no puede llevar su capacidad de actuación más allá del ámbito de atribuciones que jurídicamente le corresponde. En consecuencia, tampoco es posible acoger, *ab initio* y como consideración preliminar, la alegada invocación del ejercicio de la libertad de expresión política como fundamento legitimador de las decisiones asumidas por el Pleno del Parlamento de Cataluña.²²⁴

224. Al cerrar la redacción de estas páginas hemos conocido también la STC 111/2019, de 2 de octubre que utiliza en gran medida la doctrina de la anterior STC 98/2019, en este caso para declarar inconstitucional y nula la creación de una comisión de investigación del Parlamento de Cataluña

Más allá de todo lo anterior, y en una aproximación meramente cuantitativa, resulta que la actividad del Consejo en los últimos años puede resumirse en la siguiente tabla:

TABLA 1

	2019	2018	2017	2016	2015	2014	2013
Disposiciones de carácter general							
Anteproyectos de Ley	7	20	10	9	17	20	28
Decretos Legislativos	0	0	1	1	8	1	1
Reales Decretos	99	85	91	81	195	155	122
Decretos	11	7	5	1	10	15	8
Órdenes Ministeriales	48	49	42	42	55	65	65
Tratados, convenios, acción exterior	21	28	8	11	6	7	6
Subtotal disposiciones	187	189	209	167	358	318	276
Actos administrativos							
Cambio de nombres y apellidos	9	14	7	10	8	7	11
Concesiones administrativas	35	48	30	20	23	23	26
Contratos	22	39	48	62	52	56	62
Consulta potestativa / orientativa	6	3	2	5	4	2	3
Reclamaciones responsabilidad patrimonial	417	429	460	493	487	545	627
Recursos extraordinarios de revisión	32	54	47	44	47	37	43
Recursos de inconstitucionalidad	9	8	38	17	31	26	22
Revisión de actos en vía administrativa	164	191	157	162	175	235	169
Subtotal actos	694	786	808	823	843	944	975
TOTAL	881	975	1016	995	1214	1288	1259

Fuente: elaboración propia con datos obtenidos de las Memorias publicadas²²⁵

De los datos de la tabla se desprende una relativa poca importancia de la competencia de asesoramiento en la función legislativa (entre 1 y 2% del volumen total de dictámenes).

sobre la monarquía y las presuntas actividades irregulares y delectivas de personas vinculadas a la familia real española.

225. <http://www.consejo-estado.es/memorias.htm>

La cuestión resulta completamente distinta en cuanto al asesoramiento en materias administrativas (asuntos de gobierno y administración). Del precedente cuadro esquemático se revela inmediatamente (i) que las cuestiones administrativas ocupan la mayor parte de la carga de trabajo del Consejo y (ii) que dentro de ellas, existe una clara preponderancia de los expedientes relativos a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (entre un 54 y un 64 %), seguidos de la preceptiva intervención en los expedientes de revisión de actos en vía administrativa (entre un 17 y un 25%). Si se suman ambos conceptos resulta que la cifra alcanza un promedio cercano al 80% (79,5%). En otras palabras, la función del Consejo de Estado se concentra en gran medida en dictaminar sobre dichos asuntos administrativos.

La función del Consejo de Estado en asuntos administrativos alcanza tanto la potestad reglamentaria normativa como determinados actos administrativos. Si hemos visto que la función consultiva respecto de los proyectos de legislación era facultativa, cabe preguntarse por ese carácter respecto de las disposiciones administrativas de carácter general. En otras palabras ¿es preceptiva la consulta al Consejo de Estado antes de la aprobación de un Reglamento? Y una vez respondido lo anterior, ¿qué efectos tiene la omisión del trámite o el apartamiento del criterio que resulte del dictamen?

En este aspecto la función consultiva parece estar diseñada para el ejercicio de un control de legalidad de las normas. El Consejo de Estado vela por el cumplimiento de los requisitos procedimentales que el ordenamiento impone a la aprobación de normas administrativas. La diferencia entre el carácter potestativo-preceptivo entre las leyes y los reglamentos es claro. Sin embargo, la función sigue siendo meramente asesora pues el dictamen no es vinculante.

La cuestión, como se explica en la Moción que el Consejo de Estado elevó al Gobierno el 22 de mayo de 1969 con el título «Sobre la consulta al Consejo de Estado de los reglamentos ejecutivos de las leyes»²²⁶, tiene su origen en la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 1944 y en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957. En ese momento, el Consejo de Estado se encontraba con el hecho de que muchos de los reglamentos que se aprobaban no eran sometidos a su consulta al considerarse reglamentos independientes no ejecutivos. La Moción aprobada trata de reafirmar la competencia del órgano consultivo: «la intervención del Consejo de Estado en materia de Reglamentos ejecutivos constituye un medio de aplicación de dos mandatos constitucionales de máxima importancia: el respeto a la legalidad formal y a las competencias propias del Legislativo. El dictamen del Consejo de Estado en esta materia supone un control general y previo de carácter preceptivo, cuya omisión no es convalidable y acarrea la nulidad del Reglamento, por tratarse de un requisito procedimental de orden público apreciable por los Tribunales, incluso de oficio.»

La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 fue derogada en su práctica totalidad por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del

226. Disponible en: *Revista de Administración Pública* nº 69, 1972.

Gobierno, cuyo art. 24.2 estableció una genérica mención al procedimiento: «los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos» Y ahora, tras la aprobación de la Ley 40/2015,²²⁷ la cuestión se regula en el art. 27.7: «Se recabará el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente cuando fuera preceptivo o se considere conveniente.».

Respecto de las Órdenes Ministeriales, no resultará siempre claro el deslinde entre acto interno y norma y será la generalidad del contenido *ad extra* de una Orden ministerial lo que la calificará para ser acreedora de la intervención preceptiva del Consejo.²²⁸

Como indica AROZAMENA: «En el ejercicio de esta competencia consultiva corresponde al Consejo de Estado, sin limitaciones, verificar si el texto sometido a consulta ha sido precedido del procedimiento legalmente establecido y emana de quien tiene atribuida la competencia (control de procedimiento y competencia). Verifica el Consejo de Estado si el texto se ajusta a la Ley que proporciona cobertura al Reglamento, del que éste es ejecución, desarrollo o complemento, y al Consejo de Estado corresponde también verificar si el Reglamento respeta los límites materiales o sustantivos de la potestad reglamentaria (control de contenido). Los aspectos de técnica normativa (construcción de la regla de Derecho, certeza y claridad en su formulación, ordenación sistemática y otros) son también propios de la función consultiva del Consejo de Estado en materia reglamentaria. El ejercicio, pues, de la función consultiva se inserta, como control previo, en el procedimiento de la formación del reglamento, y tiende a garantizar, con su contribución, al mejor logro, en el contenido y en la forma, de la

227. El apartado doce de la disposición final tercera de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público ha dado una nueva redacción a todo el Título V (De la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria del Gobierno) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

228. Un caso reciente ejemplifica la cuestión. Se trata de la STS (Sala III) 205/2019, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:626). En ella se enjuició en casación la SAN que había declarado nula la Orden Ministerial AAA/642/2013, de 18 de abril relativa a la pesquería del atún rojo. La AN había apreciado que la Orden contenía un reglamento ejecutivo que desarrollaba la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de pesca marítima. No se trata de una norma independiente ya que no establece normas internas u organizativas propias de la estructura administrativa o del régimen de sumisión especial, sino que contiene, por el contrario, normas de carácter general que afectan al sector pesquero, en desarrollo del régimen legal y de las que derivan nuevos derechos y obligaciones para los armadores. Al tratarse de un reglamento ejecutivo de una ley, la consulta era preceptiva y la omisión del trámite de consulta al Consejo de Estado constituye un vicio sustancial del procedimiento que acarrea la nulidad de la disposición.

En parecidos términos se contempla la cuestión respecto de la naturaleza de las Resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) y la necesidad de recabar Dictamen del Consejo de Estado antes de su definitiva aprobación. Cfr. IBÁÑEZ GARCÍA, I. «La capacidad normativa del ICAC y el dictamen preceptivo del Consejo de Estado» *Actualidad Administrativa* nº 2, 2020. Pese a la opinión del autor, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Empresa mantiene la innecesariedad de la intervención del Consejo de Estado al no encontrarse las resoluciones ICAC entre los supuestos expresamente contemplados en la LO 3/1980.

disposición reglamentaria, esto es, el Consejo de Estado coopera, desde su posición institucional, a conferir a la norma las ineludibles exigencias de constitucionalidad y legalidad y el perfeccionamiento técnico-normativo.»²²⁹

A nuestro entender, puede afirmarse sin género de dudas una progresiva «administrativización» de la función institucional del Consejo de Estado. Este fenómeno se ve reforzado, en parte, con la aprobación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuyo artículo 7 dedicado a los «Órganos consultivos», establece que:

«La Administración consultiva podrá articularse mediante órganos específicos dotados de autonomía orgánica y funcional con respecto a la Administración activa, o a través de los servicios de esta última que prestan asistencia jurídica.

En tal caso, dichos servicios no podrán estar sujetos a dependencia jerárquica, ya sea orgánica o funcional, ni recibir instrucciones, directrices o cualquier clase de indicación de los órganos que hayan elaborado las disposiciones o producido los actos objeto de consulta, actuando para cumplir con tales garantías de forma colegiada.»

La lectura del precepto permite aventurar una cierta tendencia a la indiferenciación entre la función consultiva interna (servicios de asistencia jurídica) y la función consultiva externa (órganos específicos). Para ambos se exige colegialidad, así como autonomía orgánica y funcional respecto de la Administración activa.

3.1. Efectos de la omisión del dictamen

Tradicionalmente, la jurisprudencia ha considerado que la omisión del dictamen del Consejo de Estado en la aprobación de reglamentos ejecutivos de leyes constituía una irregularidad invalidante. La sanción era la nulidad de la norma por haberse aprobado sin seguir el cauce legalmente establecido para ello que impone el dictamen previo del alto órgano consultivo. Esta doctrina, sin embargo, fue cuestionada por sendas SSTs de finales de los años ochenta.²³⁰ Lo que se planteó el Tribunal Supremo era si ante la corrección sustantiva de los preceptos impugnados, la sola irregularidad formal debía acarrear la nulidad de la norma, teniendo en cuenta, además, que el dictamen del Consejo no es vinculante. En otras palabras, si el Reglamento se adecuaba perfectamente al ordenamiento —excepto en el iter procedimental de su aprobación— la sanción de nulidad podría parecer excesiva.

229. AROZAMENA SIERRA, J. «La función consultiva del Consejo de Estado» *Documentación Administrativa* n° 226, 1991, p. 143.

230. STS de 7 de mayo de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:10049) y STS de 2 de junio de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:10002).

Si se compara la cuestión de los vicios procedimentales entre los actos administrativos y las disposiciones generales, resulta que para los primeros, se predica la anulabilidad mientras que para los segundos, la nulidad. Esta situación, además de desigual, no siempre era proporcionada ni conveniente.

Frente al criterio jurisprudencial tradicional, el Tribunal Supremo ensayó una orientación diferente por medio de las Sentencias de 7 de mayo y 2 de junio de 1987. En dichas resoluciones, cuyo ponente fue el magistrado González Navarro, se matiza fuertemente la cuestión de las consecuencias derivadas de la omisión del dictamen del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos.

En la Sentencia de 7 de mayo de 1987, la Sala del Tribunal Supremo desestima el recurso directo interpuesto por la Xunta de Galicia contra el Real Decreto 2004/1984, de 19 de septiembre. Además de los vicios sustanciales alegados, la parte actora invocó defectos procedimentales en la elaboración del Decreto reglamentario. Y en concreto se alegó la omisión del informe del Consejo de Estado; informe necesario, a juicio de la Xunta, en la medida en que el Decreto impugnado contiene una norma reglamentaria de ejecución.

Con estos precedentes, en la citada sentencia se hace, en primer lugar, una valoración en orden a los defectos formales en materia de elaboración de disposiciones generales. A este respecto, el Tribunal Supremo declara en la **Sentencia de 7 de mayo de 1987** lo siguiente:

«Por lo que hace a la omisión de supuestos vicios de procedimiento, en la elaboración del Decreto reglamentario impugnado hay que decir, en primer lugar, que este Tribunal Supremo hace tiempo que viene subrayando que **la forma está al servicio del derecho y no al revés**, y que el vicio de forma es determinante de anulación del acto sólo cuando no haya elementos suficientes en el expediente para entrar a conocer del fondo del asunto o cuando haya provocado una indefensión total y absoluta del interesado. Es cierto, sin embargo, que en materia de elaboración de disposiciones generales la jurisprudencia se muestra más rigurosa casi siempre, pero ello no impide que enfrentado el Tribunal con un caso concreto deba valorar también la razón de ser de un requisito formal determinado a efectos de atribuir o no a su omisión consecuencias anulatorias de lo actuado...»²³¹

Así, por lo tanto, la Sala hace una afirmación de principio desestimando que la infracción de cualquier requisito formal en la elaboración de disposiciones generales ocasione de forma automática la nulidad de las mismas, excluyendo cualquier valoración judicial al respecto. Más bien, de lo que se trata es de valorar en cada caso la razón de ser del requisito formal en cuestión para, a la vista de tal valoración, hacer derivar las consecuencias anulatorias que habrá de acarrear la omisión del requisito formal de que se trate. Y ello, rechazando ade-

231. negrita añadida.

más como principio el que puedan considerarse los vicios de forma como de «orden público».²³²

El razonamiento del Tribunal Supremo viene a reafirmarse con una consecuencia práctica: si en la impugnación de la norma confluyen por parte del recurrente tanto argumentaciones relativas a la forma como al fondo, parece que establecer la nulidad de la norma por cuestiones formales provocaría solamente la retroacción del procedimiento al momento de la emisión del dictamen que ha sido omitido, para después volver, en una especie de segunda vuelta, de nuevo a la jurisdicción para examinar el resto (fondo). Como explica la sentencia, es una razón de economía procesal y de globalidad del juicio revisor mismo. En palabras de la sentencia:

«y es el caso que el informe del Consejo de Estado es un trámite que tiene por finalidad efectuar ex ante un control de la legalidad de la norma que se pretende elaborar. Y como ya queda razonado que esa legalidad ha sido escrupulosamente respetada, sería atentar al principio de economía procesal que este Tribunal renunciara a ejercitar el control que le corresponde ex post, para que el Consejo de Estado venga a decir lo que aquí ya se puede decir y se ha dicho: que no hay obstáculo a que la norma se dicte como se ha dictado»

Las consecuencias prácticas son importantes. La jurisdicción —creemos que acertadamente— afirma que el Consejo no co-participa en la competencia administrativa que se ejerce mediante la potestad reglamentaria. El dictamen del Consejo de Estado no puede considerarse como requisito para la perfección del reglamento ejecutivo que contiene la norma reglamentaria, cuya regulación material puede ser válida a pesar de haberse omitido dicho dictamen en un caso concreto. En cualquier caso, lo que parece claro es que el orden del examen debería ser inverso, de manera que el Tribunal valorase primero la legalidad material de una norma que ya se ha perfeccionado; y sólo enjuiciar la validez del dictamen cuando de la misma resulte que la legalidad material no ha sido respetada.

En la **STS de 2 de junio de 1987**, se presenta el supuesto de la sola alegación de la irregularidad formal. El Tribunal una vez constatado que no se presentan motivos de ilegalidad de fondo, relativiza la cuestión de la omisión procedimental mediante la teoría de la convalidación de los actos subsanables:

«(...) si se lee con atención el artículo 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo, cabecera de grupo de las normas y principios que regulan y condicionan la actuación administrativa, nos encontramos con que en ella se está perfilando únicamente el alcance de una potestad administrativa: la de convalidación. Hay vicios que la Administración puede convalidar, y uno cuya convalidación no puede

232. DE DIOS VIÉITEZ, M.V. «El dictamen del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos, ¿control de legalidad o coparticipación en la potestad reglamentaria» *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 60, 1988, p. 6

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: advertencia de ilegalidad...»

Así por lo tanto, el Tribunal Supremo interpreta la norma del artículo 53.5 de la LPA del siguiente modo: el artículo 53 de la LPA únicamente establece la potestad de convalidación de la Administración; y a su vez, el apartado 5 del citado artículo, únicamente establece la prohibición de que la Administración pueda subsanar ese concreto vicio procedimental. Siendo ello así, no existe razón legal que motive la necesidad de apreciar en el ámbito judicial la nulidad de una norma reglamentaria en cuya elaboración se ha omitido un trámite que no incide en la perfección del Reglamento y al que se refiere la norma del artículo 53.5 de la LPA para prohibir, simplemente, que pueda ser subsanado por la propia Administración.²³³

Esta línea doctrinal, sin embargo, no ha tenido continuidad en la jurisprudencia ordinaria, de manera que por lo que se refiere a los informes preceptivos del Consejo de Estado, su finalidad sería contribuir al acierto y legalidad de texto que se aprueba, propiciando que se tengan en cuenta todos los puntos de vista desde el que la cuestión objeto de regulación puede ser analizada y enriqueciendo dicha disposición mediante las observaciones de los sectores, personas o entidades consultadas, por estar afectados los intereses representados por ellas.

La omisión de trámites del procedimiento previsto para la elaboración de las disposiciones generales o su defectuoso cumplimiento se reputa como una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, y conlleva la nulidad de la disposición. (SSTS de 13 de noviembre de 2000, rec. 513/1998, de 23 de septiembre de 2003, rec. 43/2002, de 26 de septiembre de 2003, re. 46/2002, de 29 de septiembre de 2003, rec. 45/2002, de 17 de diciembre de 2004, rec. 2371/2001, y de 6 de mayo de 2009, rec. 1883/2007, entre otras).

En particular, por lo que respecta a la ausencia del preceptivo dictamen del Consejo de Estado la jurisprudencia solamente ha reputado innecesarios los dictámenes preceptivos de los órganos consultivos cuando los reglamentos en fase de elaboración eran meramente «organizativos», por contraposición a los «ejecutivos», considerando que es a estos últimos a los que se refiere el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril (LOCE), cuando prevé este informe preceptivo respecto de «Reglamentos o disposiciones de carácter general que dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones».

233. DE DIOS VIÉITEZ, M.V. «El dictamen del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos, ¿control de legalidad o coparticipación en la potestad reglamentaria» *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 60, 1988, p. 8

Excluidos esos supuestos, la jurisprudencia actual afirma la singular relevancia de la intervención del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, mediante la emisión de dictamen preceptivo. Tal intervención constituye una garantía de naturaleza preventiva que tiene por objeto asegurar en lo posible el sometimiento de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria a la ley y el Derecho que proclama el artículo 103.1 CE, introduciendo mecanismos de ponderación, freno y reflexión que son imprescindibles en dicho procedimiento de elaboración. De hecho su función consultiva se centra en velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, valorando los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines, como señala el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (STS de 24 de marzo de 2009, Rec. 3563/2005).

Por consiguiente, la ausencia del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de una disposición general debe reputarse un vicio sustancial que determina la nulidad de pleno derecho de la disposición general que lo padezca. (SSTS de 17 de julio de 2009, Rec. 1031/2007, de 24 de noviembre de 2009, Rec. 11/2006, y de 1 de junio de 2010, Rec. 3701/2008, entre otras).

3.2. El juicio de oportunidad y conveniencia

Junto con lo anterior, conviene también analizar el distinto alcance que deba tener el dictamen del Consejo en esas materias. Según dispone la norma reguladora, el dictamen «Valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante.» (art. 2.1. LOCE y 3 del ROCE).²³⁴ De este modo, el Consejo de Estado no solo velaría por la legalidad de la disposición sino que se adentraría en la cuestión de su misma oportunidad.

La cuestión que salta inmediatamente al debate es la interferencia que ese juicio pueda tener respecto de la potestad del gobierno de dirigir la política ex art. 97 CE. En algunos dictámenes, se ha presentado esta cuestión de manera más viva (Dictamen 605/2006 en relación a la procedencia de convocar elecciones locales como consecuencia de la disolución del Ayuntamiento de Marbella; o Dictamen 816/2004, sobre la naturaleza jurídica de la M-30 tras el convenio

234. «El alcance de este último inciso centró, precisamente, el debate parlamentario sobre la Ley de 1980. La posibilidad de que el Consejo pudiese hacer valoraciones según criterios de «oportunidad y conveniencia», que en última instancia pudiesen reconducirse a criterios políticos, provocó el tajante rechazo del texto por parte de un sector minoritario. Mientras que la mayoría se cuidó de subrayar que la aceptación de esa fórmula no implicaba una «politización», que también se rechazaba.» SANCHEZ NAVARRO, A.J. «La función constitucional del Consejo de Estado tras su reforma por la Ley Orgánica 3/2004» *Revista de Administración Pública* nº 169, 2006, p. 359

entre el Ministerio de Fomento y el Ayuntamiento de Madrid para ejecutar las obras de soterramiento de la vía).²³⁵

Estas valoraciones no constituyen en ningún modo el ejercicio de una función de garantía o control previo de una disposición administrativa. Constituyen un auxilio o ayuda a la autoridad que plantea la consulta. Con ello, resulta necesario destacar como las valoraciones sobre oportunidad y conveniencia deben ser rogadas por parte del órgano que eleva la consulta.

Al respecto, resulta interesante traer a examen la disposición del art. 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado. Este precepto, relativo a la forma y contenido de los dictámenes prevé que «Cuando el dictamen contenga observaciones y sugerencias de distinta entidad establecerá, siempre que sea posible, cuáles se consideran esenciales a efectos de que, si éstas son atendidas en su totalidad la resolución que se dicte pueda utilizar la fórmula de acuerdo con el Consejo de Estado». De este modo, la propia regulación orgánica de la función consultiva, admite implícitamente, que las cuestiones relativas a la «oportunidad y conveniencia» puedan considerarse observaciones no esenciales, de modo que el órgano administrativo consultante no quedaría vinculado para apartarse de las mismas o desoírlas.

El profesor FONT LLOVET acuñó el término de «oportunidad jurídica» para salvar la contradicción consistente en englobar dentro de la función consultiva no solo aspectos de legalidad sino también de oportunidad.²³⁶ Las nuevas normas relativas a la elaboración de disposiciones administrativas de carácter general pueden suponer una confluencia entre juicio de oportunidad y legalidad. O desde otra perspectiva, se abre la puerta a evaluar la oportunidad cuando se introducen principios administrativos muy abiertos que debe seguir el texto reglamentario.

Efectivamente, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) introdujo —a nuestro juicio de manera irreflexiva— en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general una serie de los que calificó de principios de buena regulación (art.4): necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. Estos principios han sido trasladados después a la Ley 39/2015, de 1 de octubre (art. 129).

235. TRILLO-FIGUEROA MOLINUEVO, M.J. «La función consultiva hoy: su sentido y alcance» *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 18, 2008, p. 137.

236. FONT I LLOVET, T. «Función consultiva y Estado autonómico» *Revista de Administración Pública* nº 138. 1995. Para este autor, resulta claro que «no hay duda que el juicio político corresponde hacerlos a los sujetos y órganos portadores de la participación política y de su representación: así los partidos políticos (art. 6 CE) y el Parlamento, que impulsa y controla la acción política del Gobierno (art. 30.1 Estatuto de Autonomía de Cataluña», op. cit. p. 49. Así se explica la dicción del art. 5.1 del Decreto Legislativo 1/1991, de 25 de marzo, por el cual se aprueba la refundición de las leyes 3/1985, de 15 de marzo, y 21/1990, de 28 de diciembre, de la Comissió Jurídica Assessora: «Las funciones de asesoramiento a las que se refiere esta Ley son únicamente las de carácter jurídico. En ningún caso corresponden a la Comissió Jurídica Assessora el juicio político ni el de oportunidad».

La cuestión merece varios tipos de reflexiones. En primer lugar, parece muy claro que la operación de control sobre el cumplimiento de dichos principios por parte de la jurisdicción resultará prácticamente imposible. Si una norma reglamentaria es necesaria y eficaz parece más propio de un juicio político-administrativo que propiamente jurídico. Y ahí la función consultiva de asesoramiento —en contraposición a la de control— puede resultar algo más útil.

En segundo lugar, parece también claro que no hay una competencia estatal para la regulación del procedimiento administrativo de elaboración de disposiciones de carácter general. Ni el art. 149.1.1 CE (igualdad entre todos los españoles) ni el art. 149.1.13 CE (planificación general de la actividad económica), parecen títulos suficientes. No puede ampararse en la planificación económica algo que, por su generalidad, (no se circunscribe a un determinado sector de la actuación administrativa de índole reguladora) y densidad normativa no encaja en el art. 149.1.13. CE. En definitiva, los principios de buena regulación no pueden fundamentarse en el título del art. 149.1.13 para la regulación económica.

La nueva LPAC, en este aspecto, «cuenta con la misma cobertura constitucional con que lo hace el art. 4 de la LES» (es decir el art. 149.1.18 CE) Como parece obvio, además, se diluyen los principios de buena regulación de manera que no pueden considerarse como verdaderas bases de un procedimiento administrativo sino «exigencia general e indeclinable de toda iniciativa normativa que se propongan las Administraciones públicas». Es decir, no son siquiera bases del procedimiento por resultar obviedades.

La cuestión ha sido objeto de enjuiciamiento en las SSTC 91/2017, de 6 de julio y STC 55/2018, de 24 de mayo. La primera analiza los preceptos de la Ley de Economía Sostenible y la segunda, el mismo contenido en los preceptos de la Ley de del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En la STC 91/2017 se establece que: «Lo primero que hemos de dilucidar es si los preceptos impugnados, dado su contenido material, establecen normas básicas del régimen jurídico de las Administraciones públicas o normas procedimentales. Al acometer este análisis, la primera conclusión a la que llegamos es que los artículos 4 a 7 de la Ley de economía sostenible **no contienen normas procedimentales** pues, aun partiendo de la base de que, como hemos ya razonado, se refieren a procedimientos de elaboración de normas, no establecen trámites ni definen, ni siquiera de forma genérica, la estructura a la que ha de acomodarse la realización de esta actividad jurídica, ni la forma de elaboración o requisitos de validez y eficacia de las normas. La lectura de estos preceptos, cuyo contenido hemos resumido más arriba, revela que su misión no es la definición de iter procedimental alguno, aunque sea de forma abstracta o genérica, sino el establecimiento de unos principios generales, pautas o directrices, cuyo objeto son las normas mismas cuya calidad se trata de mejorar, con independencia del procedimiento concreto en que la actividad normativa se materialice. Por tanto, dado que los artículos 4 a 7 de la Ley de economía sostenible no contienen normas procedimentales, su aprobación por el Estado no encuentra cober-

tura en la competencia exclusiva estatal de «procedimiento administrativo común».

Seguidamente, pues, hemos de analizar si la competencia estatal que puede dar cobertura a la regulación controvertida es la competencia en materia de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, incluida también en el artículo 149.1.18 CE, pero con características diferenciadas al tratarse, precisamente, de una competencia básica.

Sentado lo anterior, los principios de buena regulación, tal como se encuentran plasmados en el artículo 4 de la Ley de economía sostenible, **se caracterizan por su generalidad y escaso contenido normativo**. Más que incorporar mandatos concretos, dirigidos a las Administraciones públicas, que son sus destinatarias, este artículo contiene **directrices, criterios orientativos y pautas de actuación**. Lo mismo se puede afirmar respecto de los artículos 5 y 6.1 que enuncian, de forma abstracta, instrumentos tendentes a la consecución de dichos principios, y se hace también extensivo a los apartados 2 y 3 del artículo 6 y al artículo 7, que únicamente plasman fórmulas de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en aras a la consecución de los mismos fines. Por tanto, todos estos preceptos tienen cabida competencial dentro de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas. Siguiendo la doctrina recogida en el FJ 3 de la STC 50/1999 (reproducida luego en las SSTC 130/2013 y 141/2014, referidas anteriormente) estos principios (necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia) y los mecanismos para su implantación se articulan como normas generales que han de inspirar la actividad normativa de todas las Administraciones a fin de garantizar, en este ámbito, unos objetivos y reglas directrices comunes dirigidos, en última instancia, a mejorar la calidad técnica de las normas. Se trata así de unos principios básicos de «funcionamiento», concepto éste que incluye, como hemos dicho, «actividades jurídicas típicas» de la Administración.

Considerando además que la actividad normativa de las Administraciones públicas tiene per se incidencia externa, puesto que sus destinatarios naturales son los administrados, la afectación de los intereses y derechos de éstos es indudable, por lo que nos encontramos ante un ámbito material propicio a la acción del legislador básico. El mínimo común denominador que estos principios tratan de establecer responde además, en este supuesto, a intereses generales superiores a los de las respectivas Comunidades Autónomas, en sentido similar al que acogimos en las SSTC 130/2013 y 99/2012 precitadas, siendo así que varios de ellos son reflejo de preceptos constitucionales [así, el artículo 9.3 CE ya recoge la seguridad jurídica y la publicidad de las normas; el artículo 103.1 CE plasma el principio de eficacia de la actuación administrativa y el artículo 105 a) CE consagra los principios de audiencia a los ciudadanos y de participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten].

La normativa recogida en los artículos 4 a 7 de la Ley de economía sostenible no impide, dada su generalidad, el ejercicio de las competencias autonómicas; no obstaculiza el desarrollo autonómico de estos principios ni la posibilidad

de establecer otros diferentes, ni impide el diseño por parte de las Comunidades Autónomas, en la forma que estimen conveniente, de los procedimientos administrativos especiales conexos con el ejercicio de sus competencias materiales sustantivas. Por tanto, nuevamente, es aplicable a estos preceptos el razonamiento del FJ 3 de la STC 50/1999 en cuanto tienen «por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispon[en] de un margen de actuación que les permit[el], mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses».

La propia Comunidad Autónoma recurrente admite el «carácter programático» de los artículos 4 a 7 de la Ley de economía sostenible, y en ningún momento denuncia que, dado su grado de minuciosidad o detalle, estos artículos excedan el concepto de lo «básico». La misma demanda no llega a analizar el contenido específico de cada uno de estos preceptos, ni cuestiona ninguna de las previsiones concretas en ellos recogidas. Lo que alega, como se ha dicho, es que el Estado no puede regular como régimen jurídico básico de las Administraciones públicas el ejercicio de potestades normativas de las que éstas no son titulares. Sin embargo, aun siendo cierto que son los Gobiernos, estatal o autonómicos (arts. 97 y 152.1 CE y, en el caso de Canarias, art. 15.2 EACan), los titulares de la potestad reglamentaria, ello no obsta a que su ejercicio conlleve una actividad administrativa típica orientada a la preparación, redacción y elaboración de las normas, que los preceptos impugnados denominan «ejercicio de la iniciativa normativa», respecto de cuyo resultado, desde un punto de vista sustantivo y cualitativo, se sientan las normas básicas ahora cuestionadas. Por tanto, frente al argumento de la Comunidad recurrente, entendemos que una declaración de extralimitación competencial determinante de inconstitucionalidad no puede fundarse únicamente en una defectuosa o imprecisa redacción legislativa.» (FJ 6º).

Por todo lo expuesto, se desestima el recurso contra los artículos 4 a 7 de la Ley de economía sostenible. Los preceptos de la LES fueron derogados e incorporados en la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

De nuevo, el Tribunal ha tenido la oportunidad de examinar su constitucionalidad en la STC 55/2018, de 24 de mayo. Al respecto (FJ 7 c)), determina que «las «bases del régimen jurídico de las administraciones públicas» (art. 149.1.18 CE) pueden tener por objeto la elaboración de reglamentos por parte de las Comunidades Autónomas. Según ha quedado expuesto, la STC 91/2017, FJ 6, ha reconducido a este título competencial los artículos 4 a 7 de la Ley 2/2011 a la vista de su objeto —«las normas mismas cuya calidad se trata de mejorar, con independencia del procedimiento concreto en que la actividad normativa se materialice»— y de su «escaso contenido normativo», «que no obstaculiza el desarrollo autonómico de estos principios ni la posibilidad de establecer otros diferentes, ni impide el diseño por parte de las Comunidades Autónomas, en la forma que estimen conveniente, de los procedimientos administrativos especiales conexos con el ejercicio de sus competencias materiales sustantivas».

Los artículos 129 y 130.2 de la Ley 39/2015 no regulan las fases del procedimiento administrativo de elaboración de normas ni siquiera establecen la es-

estructura general del iter procedimental. Se limitan a recoger directrices a las que deben responder las políticas, cualquiera que sea su signo, de los diferentes niveles de gobierno. Tales directrices proceden, con pocos cambios, de los derogados artículos 4 («Principios de buena regulación aplicables a las iniciativas de las administraciones Públicas») y 5 («Instrumentos de las administraciones Públicas para la mejora de la regulación») y 7 («Transparencia y seguimiento de la mejora regulatoria») de la Ley 2/2011. En particular, la obligación de justificar en el preámbulo la adecuación de la iniciativa reglamentaria a los principios de buena regulación (art. 129, apartados 1, segundo inciso, y 5) proviene del artículo 4.1, segundo inciso, de la Ley 2/2011 («En la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios»).

Ya hemos declarado que los artículos 129 y 130.2 no resultan aplicables al ejercicio de la iniciativa legislativa por parte de los gobiernos autonómicos. En consecuencia, a la vista de la STC 91/2017, FJ 6, ha de entenderse que son bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE) relativas a la elaboración de reglamentos y, por tanto, que no invaden las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas.»

Esta doctrina constitucional, más allá del puro debate competencial, lo cierto es que presenta un grave inconveniente al abrir la puerta a vagos juicios escasamente normativizados por parte de los órganos consultivos. La función consultiva —a revés de la judicial— podría considerar estos principios generales como elementos a considerar en el examen de la «oportunidad y conveniencia» del reglamento, lo que, en cierto modo abriría la puerta a consideraciones que le están vetadas a la revisión jurisdiccional.

3.3. Los dictámenes. En especial, los dictámenes habilitantes

De todo lo visto hasta ahora, resulta claro que el Consejo de Estado se define funcionalmente como un órgano de asesoramiento en materias jurídico administrativas. Su intervención respecto a las normas es o bien facultativa (leyes) o bien preceptiva pero no vinculante (reglamentos). Según hemos visto antes (Tabla 1) el grueso de la actividad de los cerca de un millar de dictámenes que emite el Consejo de Estado cada año se centra en asesorar al gobierno en la adopción de actos (resoluciones) administrativas, en especial en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y en el procedimiento de revisión de oficio de actos.

Según el ordenamiento administrativo, se prevé la intervención del Consejo de Estado en dos tipos de expedientes: la declaración la nulidad de las disposiciones administrativas que las Administraciones Públicas pueden efectuar de oficio, previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere (art. 106.2 de la Ley 39/2015); y la fijación de la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración con audiencia al Consejo de Estado (art. 32.8 párrafo segundo de la Ley 40/2015). Como es fácilmente observable, el alcance de una y otra intervención es notablemente distinta.

La nueva regulación del art. 32 de la Ley 40/2015 parecería en una primera lectura reducir notablemente el grado de intervención del Consejo de Estado. En el antiguo art. 142.3. de la Ley 30/1992, se establecía que: «Para la determinación de la responsabilidad patrimonial se establecerá reglamentariamente un procedimiento general con inclusión de un procedimiento abreviado para los supuestos en que concurran las condiciones previstas en el artículo 143 de esta Ley. En el procedimiento general será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 € o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica.» Ello suponía que el Consejo podía dictaminar sobre la existencia misma de la responsabilidad, de la causalidad, de los daños y de la obligación de soportarlos, etc. Ahora, con la nueva regulación en vigor desde 2016, la intervención del Consejo quedaría circunscrita a la fijación de la cuantía de la indemnización. El Consejo no podría ya dictaminar sobre el reconocimiento mismo de la responsabilidad sino única y exclusivamente sobre un aspecto puramente cuantitativo: el monto de la indemnización.

Esta interpretación, sin embargo, parece incompleta. Pese a que la regulación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial se ha desgajado de la regulación general del procedimiento administrativo —lo que es ya de por sí cuestionable por asistemático— sigue regulándose en el mismo, la cuestión de la emisión de los informes en los expedientes de esta naturaleza. Así, el art. 81.2 de la Ley 39/2015, establece que el Consejo de Estado —o su equivalente autonómico— «deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en esta Ley.» Parece pues que la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015 dicen cosas distintas respecto a la intervención del órgano consultivo: para la regulación material (Ley de régimen jurídico), la intervención se limitaría a la determinación del importe; para la regulación procedimental (ley de procedimiento), el dictamen alcanzaría, además de lo anterior, la causalidad y el daño.

Una lectura sistemática —que supere los inconvenientes de la regulación separada que ha puesto de relieve la doctrina— parece indicar que la Ley 40/2015 referiría solamente a los supuestos de responsabilidad del Estado por la declaración de inconstitucionalidad de la Ley (aunque el precepto considere indemnizable cualquier lesión como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley). Ello sería lógico pues esta especialidad del apartado 8 del precepto refiere al supuesto donde la existencia de responsabilidad no se discute al haberse previamente establecido por el Tribunal Constitucional la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o como resultado de las cuestiones de inconstitucionalidad. En esos casos, tanto el Consejo de Ministros como el Consejo de Estado se limitan a fijar en quantum indemnizatorio.

En cualquier caso, para lo que a nosotros interesa, el dictamen del Consejo de Estado no es vinculante. Resulta relevante el análisis que en 2008 efectuaba sobre el particular una Letrada del mismo Consejo de Estado: «Para restringir el número de reclamaciones formuladas y limitar la consulta a todas aquellas que tuvieran entidad suficiente, tanto en los Consejos Consultivos como en el Consejo de Estado, se han venido introduciendo límites de tipo cuantitativo. De entre ellos, destaca el de restringir el acceso a todas aquellas reclamaciones en las que el daño valorado sea de 6.000 euros como mínimo. Esta medida, introducida por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre tuvo menor impacto del esperado, y es que el número de reclamaciones desde su entrada en vigor se redujo, pero menos de lo que cabía esperar. Según datos estadísticos del propio Consejo de Estado, en el año 2005 tuvieron entrada en el Consejo 2.183 expedientes, de ellos, 1.542 en materia de responsabilidad, lo que acerca el porcentaje a un 70%. En cuanto al año 2006 el porcentaje fue de un 76,5%. Una de las razones, acaso la más básica, radica a mi juicio en el hecho de que son los propios reclamantes quienes cuantifican el daño. El cálculo que utilizan excede con mucho el de los baremos y valoraciones utilizados por lo órganos consultivos, con el añadido problema de los daños morales que cuantifican «a su gusto». En todo caso, se trata de la competencia que más utiliza el Consejo de Estado y si bien éste se congratula de la reducción cuantitativa de asuntos de responsabilidad, lo cierto es que desde ciertos sectores se cuestiona, tanto la eficacia real de esta competencia —el grado de coincidencia con la propuesta de resolución es del 97% en el Consejo de Estado y del 90% en los Consejos Consultivos— su eficiencia desde el punto de vista del gasto público.»²³⁷

De la anterior valoración —que no puede más que compartirse— se deduce una duplicidad entre administración activa y administración consultiva. No solamente es redundante la cuestión sino que consume un gran número de efectivos de los órganos consultivos que podrían emplearse en abordar otros cometidos. El altísimo grado de coincidencia, hace pensar en que más que ante una actividad consultiva o asesora, lo que verdaderamente se está es ante una cobertura formal de las decisiones tomadas por la Administración activa consultante. Ello ha llevado a calificar la función como mero escudo al servicio de los titulares del poder.²³⁸

Más interesante, si cabe, es la cuestión relativa al dictamen preceptivo favorable del Consejo en los procedimientos de revisión de oficio de actos administrativos. Se trata en estos casos de dictamen preceptivo y que presentan la particularidad de que la legislación administrativa exige su contenido favorable. Se

237. TRILLO-FIGUEROA MOLINUEVO, M.J. «La función consultiva hoy: su sentido y alcance» Asamblea. *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 18, 2008, p. 145-146. «En todo caso, un mayor rigor en las valoraciones que los particulares hacen en sus reclamaciones se podría conseguir, bien publicitando los baremos que utiliza la Administración, bien encomendando a un técnico especializado en las Secretarías Técnicas de los distintos departamentos ministeriales la labor de valoración de todas la reclamaciones presentadas». Op. Cit. p. 146.

238. CORSO, P. *La funzione consultiva*. CEDAM, Padova, 1942, p. 14. Citado por GARCÍA ALVAREZ, G. *La función constitucional del Consejo de Estado*. CEDECS, Barcelona, 1996, p. 114.

trata pues de una especie de vinculación negativa: la Administración activa no podría declarar el acto nulo sin el dictamen favorable del Consejo. Pero con éste, la Administración no está obligada a hacerlo. GARCÍA ALVAREZ lo califica como dictamen habilitante u obstativo absoluto. Para este autor, hay que distinguir entre efectos del dictamen y la cuestión de fondo. Respecto de los efectos, el dictamen favorable habilita a la Administración a proceder a la anulación del acto firme. El dictamen contrario, en cambio, se lo impediría. En cuanto al fondo, «ejercitada la acción de nulidad en vía administrativa, la resolución negativa abre la vía contencioso-administrativa. El proceso subsiguiente tiene carácter plenario y no está limitado a examinar los aspectos formales de la resolución recurrida, sino que puede apreciar la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho del acto administrativo que ha sido objeto de la acción de nulidad, incluso de una distinta de la alegada por el demandante, ya que son apreciables de oficio. En este sentido, la Administración se encuentra vinculada por la existencia de una nulidad de pleno derecho —no por el Dictamen del Consejo de Estado, cuyas actuaciones no tienen ninguna presunción de acierto— en consecuencia la vinculación al principio de legalidad se produce en los mismos términos de respeto al Derecho que en cualquier otra actuación. (...) En consecuencia, la terminología más adecuada parece la empleada por el Consejo de Estado reservando el término «vinculante» para los dictámenes emitidos en ejercicio de las eventuales funciones arbitrales que pudiesen conferírsele en el futuro, mientras que los dictámenes emitidos en materia de zonas verdes o espacios libres, de suplementos de crédito o créditos extraordinarios, en el procedimiento abreviado de responsabilidad o, finalmente, de procedimientos de revisión de actos nulos de pleno derecho serían simplemente “habilitantes”».²³⁹

Lo contrario, es decir, defender la vinculatoriedad absoluta del dictamen en estos supuestos supondría volver a un sistema de justicia retenida.²⁴⁰ Resulta muy crítico con esta posibilidad RUIZ MIGUEL, para quien: «El dictamen vinculante absolutamente no existe actualmente en nuestro ordenamiento, si bien existió en el pasado (Dictamen de revisión de las actuaciones de los Tribunales de Honor según la Ley de 17 de octubre de 1941). Su existencia entendemos que está vedada por la definición constitucional del Consejo de Estado como órgano consultivo. El dictamen parcialmente vinculante se halla previsto en la LOCE, la cual dispone que «los dictámenes del Consejo no serán vinculantes, salvo que la Ley disponga lo contrario»».

Es decir, se admite que por Ley pueda disponerse tal carácter vinculante. Este precepto creemos que es inconstitucional por razones de tipo material y formal. La primera razón material es que ese dictamen vinculante (que se corresponde con lo que aquí se ha llamado vinculación parcial) tiene una naturaleza de control y el Consejo ex Constitutione no tiene naturaleza de órgano de con-

239. GARCÍA ALVAREZ, G. *Función consultiva y procedimiento*. (Régimen de los dictámenes del Consejo de Estado). Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 191-192.

240. GONZALEZ NAVARRO, F. «El procedimiento administrativo de las Corporaciones locales» en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.) *Tratado de Derecho Municipal*. Madrid, Civitas, 1988, p. 474.

trol, sino de órgano consultivo. La definición constitucional como órgano consultivo supone ya una acotación de las posibles competencias que según el art. 107 CE puede asumir el Consejo. Se suele decir (aunque no siempre es cierto jurídicamente) que quien puede lo más (el control), puede lo menos (el consejo); lo que parece harto discutible es que se pueda defender que quien puede lo menos, pueda también lo más.

La segunda razón material que, a nuestro juicio, abona la inconstitucionalidad del citado precepto de la LOCE es que el mismo ignora la distribución de competencias operada por la misma Constitución a favor de diversos órganos o entidades. Así, de un lado, el art. 97 CE dice que el Gobierno dirige la política y la Administración, y que ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, de acuerdo con la Constitución y las leyes; y, de otro, el art. 106.1 CE indica que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria, la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Una atribución al Consejo de Estado de dictámenes parcialmente vinculantes supondría un cercenamiento, no previsto en la Constitución, de las competencias que la misma asigna al Gobierno o a los tribunales. Y lo mismo pudiera decirse en relación con las CC.AA. y las entidades locales.²⁴¹

En definitiva, los supuestos de dictámenes plenamente vinculantes serían inconstitucionales.

4. EL NIVEL TÉCNICO. EL CUERPO DE LETRADOS

El Reglamento prevé el número de Letrados del Consejo de Estado en relación a las secciones que en cada momento existan. Los Letrados, seleccionados por oposición²⁴², pertenecen a un cuerpo específico pues la STC 99/1987, de 11 de junio, consideró inconstitucional su integración en el Ministerio de Justicia. El cuerpo único de Letrados del Estado hubiera supuesto la dependencia de los Letrados del Consejo de la Dirección General de lo contencioso, lo que comprometería la autonomía e independencia de la institución.²⁴³

241. RUIZ MIGUEL, C. *Consejo de Estado y Consejos Consultivos Autonómicos*. Dykinson. Madrid, 1995, p. 152. Paréntesis añadidos.

242. La oposición consta de cinco ejercicios que combinan ejercicios escritos, orales, caso práctico e idiomas. «Presentan como rasgo diferenciador de otras el que los temas se preparan por cada opositor. No hay unos temas ya elaborados que deban ser aprendidos por todos ellos. Uno de los elementos a valorar por el tribunal es precisamente el modo de construcción de cada uno de los temas que se exponen. (...) Normalmente los preparadores son letrados que han ingresado en las últimas y penúltimas oposiciones» HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, G. «El Letrado del Consejo de Estado» en DIEZ-PICAZO, L.M. (Coord.) *El oficio de Jurista*. Madrid Siglo XXI, 2006, p. 95

243. «es muy dudoso que ni el Ministro ni el Director General hubiesen podido dirigir instrucciones a los Letrados adscritos al Consejo de Estado, y por último, que el Director General del Servicio Jurídico del Estado goza de iguales garantías de independencia que el Presidente del Consejo de Estado: ambos son nombrados y cesados libremente por el Consejo de Ministros». GARCÍA ÁLVAREZ, G. *La función constitucional del Consejo de Estado*. CEDECS, Barcelona, 1996, p. 431

En la actualidad componen el cuerpo 38 miembros (9 de los cuales fuera del servicio activo por estar en excedencia voluntaria o servicios especiales). Los Letrados tienen encomendadas las funciones de estudio, preparación y redacción de los proyectos de dictamen sobre los asuntos sometidos a consulta del Consejo.²⁴⁴ Cada sección tiene un Letrado mayor y un número de Letrados adscritos dependiendo del volumen de trabajo. Las secciones preparan los asuntos que haya de conocer la comisión permanente o el pleno.

Una vez asignado el asunto por el Letrado mayor para su despacho, cada Letrado ponente procede a la elaboración del informe del que se da lectura ante la Sección. Los miembros de la misma pueden formular cualquier observación sin limitación de turno. A la vista del debate, el Consejero es quien toma la decisión de o bien dejar el expediente sobre la mesa, retirarlo para su ulterior estudio, aprobar el dictamen con enmiendas o sin ellas, o desecharlo, en cuyo caso el Consejero encomendará su redacción al Letrado mayor o lo redactará por sí mismo. Nótese que los Letrados gozan de independencia de criterio —no están obligados a modificar sus informes— pero no tienen la última palabra.²⁴⁵ De igual modo el Consejero podrá resolver que se solicite, a través de la Presidencia del Consejo, o elevando la propuesta a la Comisión Permanente, el envío de antecedentes o ampliación del expediente para mejor proveer, y, en tal supuesto, el Letrado ponente podrá limitarse a dar cuenta de los motivos por los que proceda aquella petición, sin entrar en el fondo del asunto. Igualmente, podrá proponer acerca de la solicitud de informes orales o escritos de personas técnicas, y acerca de si procede o no proponer la audiencia de los interesados.²⁴⁶

Es unánimemente reconocido que el Consejo de Estado ha contado tradicionalmente en su Cuerpo de Letrados con los más ilustres y preclaros administrativistas españoles. La nómina sería interminable y reproducirla podría incurrir en algún injusto olvido. Pero lo cierto es que como indica Pérez-Tenessa en su libro, muchos de los grandes maestros del Derecho español procedían del Cuerpo de Letrados.²⁴⁷

Se ha destacado por ello, que la principal legitimidad del Consejo proviene precisamente de su autoridad técnica: «la auctoritas o autoridad moral como fundamento de la legitimidad de la intervención de los miembros del Consejo, subyace a todas las descripciones del Consejo de Estado, históricas o actuales.

244. cfr. arts. 64 y ss. del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado (RD 1674/1980, de 18 de julio). Con todas las reservas, si se compara la ratio de efectivos con la carga de trabajo entre el Consejo de Estado y el Tribunal Constitucional, resulta que unos 30 Letrados del Consejo de Estado elaboran unos 1.000 dictámenes al año. Unos 50 Letrados del Tribunal Constitucional, en cambio, informan de media entre 7.000 y 10.000 recursos

245. -GARCÍA ALVAREZ lo califica gráficamente como «derecho de resistencia». GARCÍA ALVAREZ, G. *La función constitucional del Consejo de Estado*. CEDECS, Barcelona, 1996, p. 430.

246. NAVARRO CABALLERO, M.T. «El Consejo de Estado. Origen histórico y regulación actual a la luz de la ley orgánica 3/2004, de 28 de diciembre» *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 24. 2006, p. 34.

247. PÉREZ-TENESSA, A. *Historia, cosas e historias del Consejo de Estado*. Editorial: Madrid: Consejo de Estado: Boletín Oficial del Estado, 2005, p. 29.

Ya derive de la tradición, ya del prestigio, ya de la calidad y combinación de sus miembros, ya de su formación, de su posición institucional o de las características de su actividad, lo cierto es que esta auctoritas que «administra» el Consejo de Estado le permite aparecer como un órgano situado ayer junto al Rey y hoy junto al Gobierno, pero sobre todo capaz de influir en su actividad, de «transfundir» cierta autoridad moral o legitimidad adicional a las decisiones de éste en las que interviene. Y de hacerlo, simplemente, por la fuerza de convicción de sus argumentos, por el reconocimiento de su calidad, y no por la atribución jurídica de ninguna potestad.»²⁴⁸

Y en parecidos términos se expresa VERA SANTOS: «El Consejo de Estado, a título de ejemplo, no participa de ninguna de las potestades típicas —legislativa, ejecutiva y judicial—, aunque tiene una gran autoridad. De las características propias de la auctoritas podremos extraer consecuencias para el estudio de los órganos consultivos, de modo especial, el Consejo de Estado (...). En primer lugar, la autoridad aconseja, da consejos técnicos, jurídicos o políticos, es decir, de oportunidad. Lo que no puede hacer la autoridad so pena de perder su esencia es decidir, por cuanto en este caso dejaría de ser autoridad para convertirse en potestad: el consejo se convertiría en la orden. La potestad es libre para seguir un consejo u otro. En segundo lugar, la autoridad no surge por obra de una técnica representativa o electoral, debido a que se funda en el saber, en la ciencia, la cual no es delegable, sino que es personal e intransferible. De ahí que no sea exigible que el órgano de autoridad sea representativo. En tercer lugar, para asegurar una relación de paridad con la potestad, la autoridad debe tener garantizada su independencia. Esta independencia no sólo redundaría en beneficio propio, sino también de la potestad. La independencia del consejero puede fortalecer el reconocimiento social de su saber, imprescindible para que ese saber se considere autoridad. Por otro lado, si la potestad no es aconsejada por un saber socialmente reconocido, corre el riesgo de que su poder deje también de ser socialmente reconocido.»²⁴⁹

Esta auctoritas moral basada en la excelencia técnica del Cuerpo de Letrados se pone en cuestión con la reforma de 2004. De nuevo, el profesor VERA SANTOS critica sin ambages la desnaturalización de la función consultiva entendida como asesoramiento técnico-jurídico del Gobierno. «La aprobación de la Ley orgánica 3/2004, de 28 de diciembre (...) conllevó un cambio radical en todo lo hasta ahora expuesto. La incorporación de los Ex Presidentes del Gobierno al órgano consultivo, la creación en su seno de la Comisión de Estudios y, sobre todo, la atribución de nuevas competencias, formalizadas por el nuevo órgano creado, para la realización de proyectos legislativos y de reforma constitucional (casi «de tapadillo», si se me permite la expresión, a la luz del Anteproyecto, del Dictamen del propio órgano y de la propia Exposición de Motivos de la citada ley orgáni-

248. SANCHEZ NAVARRO, A.J. «La función constitucional del Consejo de Estado tras su reforma por la Ley Orgánica 3/2004» *Revista de Administración Pública* n° 169, 2006, p. 358

249. VERA SANTOS, J.M. «Cuarenta años del Consejo de Estado, o de cómo seguir siendo órgano consultivo y no morir en el intento» *Revista de Estudios Políticos UNED* n° 101, 2018, pp. 317-318.

ca), constituyen una ruptura de la esencia, de lo preconizado hasta la fecha de lo que es, de lo que significa, de las tareas de un Consejo de Estado que, ahora sí, pasa a ser estudiado por los constitucionalistas, quizás debido, sobre todo, a dos cuestiones. A saber: a) la inclusión de los ex Presidentes de Gobierno introduce, es obvio, un matiz eminente, y evidentemente, político en un órgano técnico; y b) la posible redacción de proyectos legislativos y de reforma constitucional «sacan» al Consejo de Estado de su calificación esencial como órgano consultivo, auxiliar, técnico, y le convierten, «en horas veinticuatro», como diría Lope de Vega, en un órgano decisorio, mejor dicho, en un órgano que «puede» ser decisorio, en la redacción/aprobación de normas legislativas y, más increíble aún, en hacedor de proyectos de reforma constitucional.

Y las tres cuestiones referidas, relacionadas entre sí. Como los Ex Presidentes son Consejeros, aparecen nuevas competencias «políticas»; o al contrario, como existen éstas, se incorporan al órgano a las figuras políticas citadas. Y, además, para la formalización de las mismas, se «construye» un nuevo órgano, vaya a ser que Pleno, Comisión Permanente y Secciones puedan poner piedras en el camino... Eso se llama desconocer absoluta y radicalmente la actividad y buen hacer secular del Consejo de Estado como órgano consultivo... Y de nuevo insisto en la enorme carga política de la reforma aprobada en 2004, algo legítimo sin duda alguna, pero que llevó a la absoluta precipitación y a la posterior disociación de la realidad, por no uso, de las tan novedosas competencias «consultivas» consistentes en la redacción de textos articulados referidos a proyectos legislativos y de reforma constitucional (...),²⁵⁰

Finalmente, debe también destacarse como los consejos consultivos autonómicos, por regla general, no cuentan con cuerpos técnicos propios o si los tienen, sus miembros no se seleccionan después de una oposición de exigencia equivalente a la estatal.²⁵¹ «Ciertamente, estas soluciones pueden deberse no tanto a un desprecio por la función del letrado en un órgano consultivo, sino más bien a la carencia de personal calificado, que es crónica en algunas Administraciones autonómicas. Las consecuencias para la eficacia de los consejos consultivos autonómicos podrían ser graves si se tiene en cuenta que sólo para la Comisión jurídica asesora de Cataluña y para el Consejo consultivo canario se prevé para sus miembros una dedicación remunerada y a tiempo completo, lo que unido a la carencia de letrados puede perjudicar la calidad de los dictámenes.»²⁵²

Los Letrados del Consejo de Estado, pese a formar parte de la institución, no tienen el estricto régimen de incompatibilidades de los consejeros. La mayoría de los Letrados cuenta con despacho para el ejercicio privado de la abogacía,

250. VERA SANTOS, J.M. «Cuarenta años del Consejo de Estado, o de cómo seguir siendo órgano consultivo y no morir en el intento» *Revista de Estudios Políticos UNED* ° 101, 2018, pp. 343-344.

251. De los autonómicos, el Consejo gallego era el que contaba con un cuerpo de letrados específico que fue suprimido. Vide la STC 87/2018, de 19 de julio y su comentario en el capítulo VI de este libro, ut infra.

252. GARCÍA ALVAREZ, G. *La función constitucional del Consejo de Estado*. CEDECS, Barcelona, 1996, p. 435.

eso sí, con límites respecto a los pleitos en la jurisdicción contencioso-administrativa y con el requisito de la autorización de la Presidencia.

BIBLIOGRAFIA CAPÍTULO V

- ALONSO GARCÍA, R. *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*. Civitas, Madrid, 1992.
- ALONSO GARCÍA, E. «El Consejo de Estado» en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (Dirs). Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario. Wolters Kluwer, Madrid, 2009.
- AROZAMENA SIERRA, J. «La función consultiva del Consejo de Estado» *Documentación Administrativa* nº 226, 1991.
- BARRIO ANDRÉS, M. «El Consejo de Estado: institución de tradición y progreso» en BAÑO LEÓN, J.M. (Coord) *Memorial para la reforma del Estado. Estudios En Homenaje Al Profesor Santiago Muñoz Machado*. Cepc, Madrid, 2016.
- CAVERO LATAILLADE, I., «La alta función consultiva: Consejo de Estado y órganos consultivos semejantes de las Comunidades Autónomas. Perspectiva actual y de futuro» en *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica, XIX Jornadas de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996.
- DE ASIS ROIG, A. «Los efectos de la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado» *Poder Judicial* nº 16, 1989.
- DE DIOS VIÉITEZ, M.V. «El dictamen del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos, ¿control de legalidad o coparticipación en la potestad reglamentaria» *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 60, 1988
- FONT I LLOVET, T. «Función consultiva y estado autonómico», *Revista de Administración Pública* nº138, 1995.
- FONT I LLOVET, T., «El control de la potestad reglamentaria por los órganos consultivos: legalidad y oportunidad», en *III Jornadas de órganos asesores y consultivos, Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña y Comisión Jurídica Asesora*, Barcelona, 2000.
- GARCÍA ALVAREZ, G. *La función constitucional del Consejo de Estado*. CEDECS, Barcelona, 1996.
- GARCÍA ALVAREZ, G. *Función consultiva y procedimiento. (Régimen de los dictámenes del Consejo de Estado)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Aspectos de la Administración consultiva» *Revista de Administración Pública* nº 24, 1957.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. «Efectos de la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado» *Revista de Administración Pública* nº 118, 1989.
- HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, G. «El Letrado del Consejo de Estado» en DIEZ-PICAZO, L.M. (Coord.) *El oficio de Jurista*. Madrid Siglo XXI, 2006.
- JIMÉNEZ PLAZA, M.I. «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 Su-

- premo de 22 de diciembre de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí)» *Revista de Administración Pública* n° 154, 2001
- LAVILLA ALSINA, L. «La administración consultiva del Estado» en *Administraciones públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución Española de 1978*. Madrid, INAP, 1998.
- MEILÁN GIL, J.L. «Los retos de la función consultiva» *Revista Española de la Función Consultiva* n° 7, 2007.
- NAVARRO CABALLERO, M.T. «El Consejo de Estado. Origen histórico y regulación actual a la luz de la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre» *Anales de Derecho. Universidad de Murcia* n° 24, 2006
- RUIZ MIGUEL, C. *Consejo de Estado y Consejos Consultivos Autonómicos*. Dykinson. Madrid, 1995.
- SÁNCHEZ NAVARRO, A.J. «La función constitucional del Consejo de Estado tras su reforma por la Ley Orgánica 3/2004» *Revista de Administración Pública* n° 169, 2006
- TRILLO-FIGUEROA MOLINUEVO, M.J. «La función consultiva hoy: su sentido y alcance» *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n° 18, 2008
- VERA SANTOS, J.M. «Cuarenta años del Consejo de Estado, o de cómo seguir siendo órgano consultivo y no morir en el intento» *Revista de Derecho Político UNED* n° 101, 2018.

Capítulo VI

AUGE Y DECLIVE DEL MODELO AUTONÓMICO

1. LA REGULACIÓN EN LA LO 3/1980

La original LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado y su Reglamento Orgánico (RD 1674/1980, de 18 de julio), no contienen prácticamente ninguna previsión respecto a la existencia de las Comunidades autónomas nacidas del proceso de profunda descentralización política que diseña la Constitución española de 1978. En otras palabras, en materia de función consultiva, la descentralización política no se acompañó de una descentralización administrativa.

Las Comunidades autónomas aparecen mencionadas en el art. 23 de la Ley Orgánica en los siguientes términos: «Las Comunidades Autónomas podrán, por conducto de sus Presidentes, solicitar dictamen del Consejo de Estado, bien en Pleno o en Comisión Permanente, en aquellos asuntos en que, por la especial competencia o experiencia del mismo, lo estimen conveniente. El dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes.»

Junto con esta previsión respecto a la legitimación para elevar consulta, el art. 22.6 también prevé la intervención de la Comisión permanente en los supuestos de impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo o posterior a la interposición del recurso. Igualmente hay que tener en cuenta que *ex constitutione* se prevé un control del ejercicio de funciones delegadas por el Estado a las Comunidades Autónomas (art. 153.b CE y art. 22.5. LO 3/1980).

Pero más allá de los anteriores mecanismos de recurso y control, lo que ahora nos interesa es la regulación de la función consultiva propiamente dicha. En un mismo precepto (art. 23) la LO 3/1980 regula dos cuestiones distintas: la facultad de que los Presidentes autonómicos eleven consulta al Consejo de Estado en supuestos —algo enigmáticamente formulados— de especial competencia o experiencia del Consejo. Y en segundo lugar, la extensión de la obligación de consulta (dictamen preceptivo), para los mismos casos que el Estado. La redacción del precepto y la lectura sistemática de los dos párrafos permitían dos interpretaciones: que la preceptividad se refería a las materias o que se refería a las materias y a la institución. En otras palabras, si era obligatorio que las Comunidades elevaran consulta al Consejo de Estado en materias de su propia competencia.

Rafael DE MENDIZABAL ejemplifica muy bien la cuestión a propósito de la regulación legal del Consejo Consultivo de Canarias. La regulación de este Consejo Consultivo ha pasado por dos fases, una pacífica y otra polémica. «En el momento de su creación, la Ley 4/1984 explicaba en su preámbulo que «el carácter obligatorio para las Comunidades Autónomas del dictamen del Consejo de Estado en los casos que se refiere por remisión al art. 23 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, se constituye en causa directa de la cláusula de cautela, en cuya virtud al Consejo Consultivo de Canarias le está vedado emitir su dictamen en los supuestos en que según las leyes sea preceptiva la consulta al Consejo de Estado». Así, pues, el art. 3.3 (ahora sustituido) establecía que «el Consejo consultivo no podrá dictaminar, y deberá abstenerse, en aquellos asuntos que por imperativo de la normativa general requerían el dictamen preceptivo del Consejo de Estado». Este criterio inspirado por el propósito de evitar confusiones e incertidumbre, evitando así conflictos, en aras de la seguridad jurídica, no implicaba sin embargo una interpretación maximalista de la competencia de la institución estatal, ya que a su paralela territorial se le encomendaban alguno de los supuestos de dictamen preceptivo por aquella, en materia «*ad exemplum*» de Decretos legislativos o contratos administrativos y concesiones (art. 10. 2 y 8 de su Ley creadora), sin que en ningún momento —por otra parte— se aludiera en parte alguna a los reglamentos autonómicos dictados en ejecución de Leyes.

Otro fue el planteamiento de la ley 13/1986, de 30 de diciembre, que modificó radicalmente la anterior, redactando de nuevo alguno de sus textos, tachados de inconstitucionales por el Abogado del Estado. La exposición de motivos, con un talante crítico respecto de su simétrica y anterior, más arriba expuesta, manifiesta rotundamente que «el concepto mismo de la autonomía en la interpretación consagrada por el Tribunal Constitucional impide que la Comunidad Autónoma de Canarias pueda verse constreñida en su actuación por el criterio de un órgano de prestigio indudable, pero perteneciente en exclusiva a la Administración del Estado». En consecuencia tres de los apartados del art. 10 (6, 7 y 8), con referencia a transacciones sobre derechos del patrimonio autonómico, responsabilidad y contratación administrativa, son sustituidos por un texto único donde se hace intervenir al Consejo Consultivo respecto de las

«disposiciones y actuaciones de la Comunidad Autónoma de Canarias en las que la legislación aplicable requiera, con el carácter que en caso allí se indique, el dictamen preceptivo del Consejo de Estado» (art. 10.6). El reverso de esta norma es una nueva versión del art. 3.3, en cuya virtud «la atribución de competencias al Consejo Consultivo de Canarias que se opera por esta Ley, excluye la intervención del Consejo de Estado respecto de las materias a que se refiere la misma».²⁵³

En definitiva, la cuestión no solo es formal —esferas competenciales— sino de orden de preferencia de manera que el reconocimiento de una administración consultiva de ámbito autonómico llevaría aparejada simultáneamente su precedencia sobre la estatal en materias propias de las Comunidades.

2. LA STC 204/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE

La cuestión se suscitó años más tarde en la **STC 204/1992, de 26 de noviembre**. La sentencia se dicta a raíz de cuestión de inconstitucionalidad 2414/91, suscitada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que planteaba la supuesta inconstitucionalidad del art. 23.2 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado.

La cuestión de inconstitucionalidad se plantea en relación a la impugnación que se efectuó en la jurisdicción contencioso-administrativa del Decreto 89/1990, de 11 de junio, del Consell de la Generalidad Valenciana por el que se aprueba el reglamento del juego del bingo. Los recurrentes esgrimieron entre sus argumentos la supuesta ilegalidad de la norma autonómica por haberse aprobado sin el dictamen preceptivo del Consejo de Estado. La Generalitat, por el contrario, en defensa de la legalidad de la disposición reglamentaria, argumentaba que de exigirse dictamen preceptivo del Consejo de Estado para aprobar los reglamentos ejecutivos de las Comunidades Autónomas se estaría introduciendo un sistema de control no previsto en el art. 153 C.E. y se estaría vulnerando la competencia de autoorganización de las Comunidades Autónomas (art. 148.1.1ª C.E.), al insertar en su organización un órgano dependiente del Gobierno central. Veamos los argumentos con mayor detalle.

A juicio del Abogado del Estado, «El Consejo de Estado es un órgano de relevancia constitucional (art. 107 C.E.), cuya constitucionalización obedece a una opción explícita del constituyente en favor de esa pieza del conjunto institucional y de su intervención previa a la adopción de decisiones administrativas. Esta opción, dado el prestigio y la imparcialidad del Consejo de Estado, supone un «plus» de garantías en el actuar administrativo, lo que debe tener proyección en todas las instituciones del Estado en su conjunto, es decir, en el Estado considerado como totalidad y no sólo en el Estado central. Y ello es así, subraya el Abogado del Estado, debido a la manifiesta independencia de criterio, neutrali-

253. DE MENDIZABAL ALLENDE, R. «Un apunte sobre el diseño constitucional de la función consultiva» *Actualidad Administrativa* n° 7-8, 2017, p.4

dad y objetividad del Consejo de Estado, asegurada por su Ley Orgánica y por su Reglamento Orgánico. Por eso, cuando el art. 107 C.E. dice que el Consejo de Estado «es el supremo órgano consultivo del Gobierno», esta expresión debe entenderse en sentido material, es decir, como órgano supremo consultivo «en materias de Gobierno y Administración», tal como aparecía en el texto de la Comisión constitucional del Congreso (al igual que en los precedentes republicanos).²⁵⁴ Todas estas notas características del Consejo de Estado han sido recogidas por la STC 56/1990, y apuntan a concluir la perfecta constitucionalidad del art. 23.2 de la L.O.C.E. Precisamente por considerarlo como una pieza o elemento fundamental del modelo de Administración pública, la Constitución reserva su regulación y competencias a una ley orgánica, remitiéndose a esta ley en lo que respecta al alcance de sus competencias, incluso por relación a las Comunidades Autónomas. La relevancia constitucional del Consejo de Estado lo hace, por lo demás, plenamente compatible con la autonomía reconocida en los arts. 2 y 137 C.E., pues su independencia excluye cualquier noción de interferencia indebida en el desenvolvimiento del derecho a la autonomía, siendo su condición de garantía más que de control.»

Junto este argumento relativo a la constitucionalización de la institución, se utiliza igualmente un argumento competencial: «la intervención preceptiva del Consejo de Estado en relación con las actividades de las Comunidades Autónomas encuentra pleno asiento en la competencia del Estado para regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 C.E.). El art. 23, párrafo segundo, de la L.O.C.E. dispone que el dictamen del Consejo de Estado será preceptivo para las Comunidades Autónomas «en los mismos casos previstos en esta ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes». Esto reenvía a los arts. 21 y 22 de la L.O.C.E. y, si bien algunos de sus apartados son manifiestamente inaplicables a las Comunidades Autónomas, sí son aplicables aquéllos que suponen intervenciones del Consejo en típicos procedimientos administrativos (art. 22, núms. 9, 10, 11, 12, 13 y 17), en la elaboración de normas (arts. 21.1. y 22.3) o en modificaciones presupuestarias (art. 22.14), hipótesis todas perfectamente reconducibles al régimen jurídico de las Administraciones públicas o procedimiento administrativo común. Por otra parte, el art. 23.2 de la L.O.C.E. no impide que el legislador autonómico imponga el dictamen preceptivo de un órgano consultivo autonómico sobre los mismos asuntos, siempre que se respete la supremacía asesora del Consejo de Estado, cuyo informe debe ser siempre posterior. Este cumple una función esencial de garantía del administrado en virtud de su *auctoritas*, con la que no puede rivalizar ningún otro órgano consultivo; garantía especialmente marcada en aquellos casos en que se requiere el informe favorable (por ejemplo, arts. 109 y 110 de

254. No deja de sorprender que la Abogacía del Estado utilice como elemento de defensa de su argumento la dicción del precepto que fue rechazada por la ponencia constitucional. Es decir, si algo indica que el constituyente prefiriera el término «Gobierno» al de «materias de Gobierno y Administración» o «asuntos de Gobierno y Administración» es un entendimiento más limitado del alcance del Consejo. Cfr. ut supra Capítulo III.

la Ley de Procedimiento Administrativo y art. 50 de la Ley del Suelo). Prueba del carácter de base del régimen jurídico de todas las Administraciones públicas que colorea la intervención preceptiva del Consejo de Estado es la previsión de tal intervención que hace el art. 48, e implícitamente el art. 53, de la Ley de Bases del Régimen Local.»

En definitiva, la posición del Estado en el proceso ante el Tribunal Constitucional defiende que aunque el «Gobierno» del art. 107 CE es el «Gobierno» del art. 97 CE, es decir, un órgano estrictamente estatal, no se puede desconocer la vocación expansiva de muchas de las normas del Título IV de la Constitución. Y habiendo optado el constituyente por un modelo general de Administración pública donde se inserta como pieza muy relevante el asesoramiento previo e imparcial de un órgano con la *auctoritas* del Consejo de Estado, la aplicación efectiva del modelo no puede quedar al arbitrio de las Comunidades Autónomas, que pueden establecerlo o no, o establecerlo sin seguridad o garantías de autonomía, neutralidad e independencia necesarias.

La consecuencia necesaria de lo anterior es que el Consejo de Estado intervendría siempre, ya sea de forma exclusiva o de forma sucesiva al dictamen del órgano autonómico. Las esferas no son alternativas sino, en el mejor de los casos, sucesivas.

Junto con ello, se utilizan también argumentos de índole fáctica: en primer lugar, la Comunidad Valenciana es una Comunidad Autónoma carece de una institución equivalente o similar que pueda desarrollar la función, lo que haría de imposible aplicación todas las previsiones legales que exigen el dictamen. En segundo lugar, además, es «muy problemático constituir *ex nihilo* un órgano de las características del Consejo de Estado».

Por su parte el Ministerio Fiscal utilizó un argumento algo más depurado en cuanto a la diferenciación entre reglamentos ejecutivos de leyes estatales y autonómicas asumidas estatutariamente y reglamentos ejecutivos de leyes de transferencia. Para el Fiscal General, el Consejo de Estado tiene el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece. Pero probablemente no alcanza toda la actividad de las Comunidades Autónomas. «En cuanto al precepto legal cuestionado, el art. 23.2 de la L.O.C.E., habría que acudir a una interpretación literal del mismo, que distinguiera los casos en que se han de informar sobre reglamentos autonómicos ejecutivos de una ley estatal o de la propia Comunidad Autónoma y si se trata de competencias propias de las Comunidades Autónomas o transferidas por el Estado en virtud del art. 150 C.E., supuesto éste de la competencia de la Comunidad Valenciana en materia de juego.»

La posición del Fiscal, pues, afirma la intervención estatal del Consejo de Estado pero de forma parcial, es decir, no para todo tipo de normas sino solamente para algunas de ellas.

El Tribunal realiza una interpretación *in genere* del precepto: «Cualquiera que sea el interés y el fundamento constitucional que ésta distinción pudiera tener, lo cierto es que el art. 23, párrafo segundo impugnado no la hace suya. En efecto, y aunque ese párrafo puede admitir distintas interpretaciones gramaticales,

como se ha puesto de relieve en el debate doctrinal y jurisprudencial sobre el mismo, no es ni mucho menos evidente que se esté refiriendo o pueda estar refiriéndose tan sólo a algunos tipos de competencias de las Comunidades Autónomas, según su origen, y no a los demás. Antes al contrario, las «competencias correspondientes» que el precepto menciona parecen referirse a todas aquéllas que hayan sido asumidas por las Comunidades Autónomas, sin que la Ley distinga entre las asumidas por vía estatutaria o a través de las formas previstas en el art. 150 C.E. Puesto que la Ley no distingue entre unas y otras, resulta difícil proceder a la distinción que sugiere el Fiscal General al efecto de resolver la presente cuestión de inconstitucionalidad.» (FJ 1º)

Pese a ello, el Fiscal General del Estado sostuvo que el dictamen preceptivo del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos de las CC.AA. no es una forma de control, sino una garantía, tanto para la propia Comunidad Autónoma como para los ciudadanos de la misma. Además, se trata de un dictamen no vinculante, que en nada entorpece la libertad y autonomía de la Comunidad Autónoma. Por tanto, ni el art. 137, ni el 107 ni el 148.1.1 de la C.E. suponen un enfrentamiento con el precepto dubitado que pueda conllevar su inconstitucionalidad.

Planteadas así las cosas, la STC 204/1992 efectúa un razonamiento en dos fases. Primera (FJ 2º) sobre el término «Gobierno» en el art. 107 CE. Segunda (FJ 4º) sobre la preceptividad del dictamen consultivo. Con el primero de ellos se dilucida la capacidad del Consejo de Estado para dictaminar sobre normas autonómicas. Con el segundo, sobre si es obligatorio someterlas a informe del Consejo de Estado.

Así, el el FJ 2º se establece una definición negativa de lo que ha de entenderse por Gobierno: «Sistemáticamente, no cabe duda de que ésta (Gobierno de la Nación) es la acepción del término «Gobierno» que el art. 107 emplea, pues este precepto se incluye en el Título IV de la Constitución, referido inequívocamente al Gobierno de la Nación y no a otros órganos de naturaleza gubernativa, como los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. Tampoco cabe entender que, por «Gobierno», el art. 107 comprenda, en general, el llamado Poder Ejecutivo, incluyendo cualquier Administración pública, como hace, en cambio, el art. 103 C.E., pues Gobierno y Administración no son la misma cosa y están perfectamente diferenciados en el propio Título IV en que el art. 107 se inserta. De otro lado, los antecedentes legislativos vienen a confirmar esta tesis, pues precisamente la mención al Consejo de Estado como órgano supremo consultivo «en materias de Gobierno y Administración», que figuraba en el texto del Proyecto de Constitución aprobado por la Comisión Constitucional del Congreso, fue conscientemente sustituido por la definición más estricta de «supremo órgano consultivo del Gobierno». Por tanto, del primer inciso de este artículo no se puede deducir que la Constitución imponga la intervención consultiva del Consejo de Estado en relación con la actuación de los Gobiernos y Administraciones de las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, que el art. 107 C.E. no contemple expresamente sino la función consultiva que el Consejo de Estado desarrolla para el Gobierno de la Nación, no quiere decir que ese órgano haya de quedar confinado al ejercicio de esa

específica función y que no pueda extenderse el alcance de su intervención consultiva. En realidad, el ámbito de actuación del Consejo de Estado es mucho más amplio, y se ha venido configurando históricamente como órgano consultivo de las Administraciones públicas. El hecho de que no forme parte de la Administración activa, su autonomía orgánica y funcional, garantía de objetividad e independencia, le habilitan para el cumplimiento de esa tarea, más allá de su condición esencial de órgano consultivo del Gobierno, en relación también con otros órganos gubernativos y con Administraciones públicas distintas de la del Estado, en los términos que las leyes dispongan, conforme a la Constitución.

Así no sólo es pacífica la posibilidad, legalmente prevista en el párrafo primero del mismo art. 23 de la L.O.C.E., de que las Comunidades Autónomas soliciten dictamen del Consejo de Estado cuando lo estimen conveniente. También se prevé, por ejemplo, en la legislación vigente la intervención preceptiva del Consejo de Estado en procedimientos o actuaciones de la Administración Local (arts. 13.1 y 48 de la Ley de Bases del Régimen Local, entre otros varios preceptos legales) e incluso algún Estatuto de Autonomía ha previsto expresamente su informe preceptivo en determinadas actuaciones de la propia Comunidad Autónoma (art. 44 del Estatuto de Andalucía). Dicho en otros términos, **el art. 107 C.E., no ha dispuesto que el Consejo de Estado sea el órgano superior consultivo de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y de sus respectivas Administraciones, pero tampoco impide que desempeñe esa función, incluso emitiendo dictámenes con carácter preceptivo, en su caso.**²⁵⁵

Con esta interpretación, el Consejo de Estado puede efectivamente ejercer la función de órgano consultivo «al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece», Y ello sin merma del principio de autonomía sancionado por los arts. 2 y 137 C.E., puesto que, según la STC 56/1990. FJ 37, «no forma parte de la Administración activa», sino que es «un órgano consultivo que actúa, en todo caso, con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia». Su actuación no supone, pues, dependencia alguna del Gobierno y la Administración autonómica respecto del Gobierno y la Administración del Estado, y ello aunque se trate de un órgano centralizado, con competencia sobre todo el territorio nacional. En suma, si el Consejo de Estado no forma parte de la administración central (sino más ampliamente del conjunto del Estado), no puede argumentarse una sumisión del nivel autonómico al estatal.

«Por último, el mero hecho de que se prevea la consulta preceptiva al Consejo de Estado en relación con determinadas actuaciones administrativas de las Comunidades Autónomas no significa en absoluto insertar un órgano de la Administración del Estado en el esquema organizativo de aquéllas, infringiendo así su potestad de autoorganización (art. 148.1.1 C.E.). Nada tiene que ver, en este sentido, la intervención del Consejo de Estado con la figura del Delegado del Gobierno en la Administración Hidráulica de las Comunidades Autónomas, que preveía el art. 16 de la Ley de Aguas, previsión que fue declarada inconstitucional por la STC 227/1988 (fundamento jurídico 21), y con la que establece una

255. Negrita añadida.

comparación el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad. En el supuesto previsto por la Ley de Aguas sí podía hablarse de «la inserción forzosa en el seno de la Administración autonómica de un órgano jerárquicamente dependiente de la Administración del Estado», lo que se consideró lesivo de la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas. Pero esto no puede decirse nunca de la intervención del Consejo de Estado, que permanece orgánicamente separado de la Administración autonómica a la que informa y que, sobre todo, no es un órgano dependiente del Gobierno, sino, como se ha dicho, un órgano dotado de independencia funcional para la tutela de la legalidad y del Estado de Derecho.» (FJ 2º)

Una vez dilucidada la primera cuestión y establecido que la Constitución no impide que Consejo de Estado sea el órgano superior consultivo de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y de sus respectivas administraciones públicas, la sentencia discurre analizando la concreta cuestión elevada por el Tribunal Superior de Justicia en el auto de planteamiento, es decir, si es constitucional la intervención preceptiva del Consejo de Estado en la aprobación de normas autonómicas. Ello se resuelve con una interpretación conforme que se contiene en los FJ 4º y 5º de la sentencia:

«(...) esta intervención (dictamen preceptivo del Consejo de Estado) se justifica en cuanto constituye un aspecto básico del régimen jurídico de las Administraciones públicas o del procedimiento administrativo común, en garantía de los administrados y de su tratamiento común por las distintas Administraciones públicas, que es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18 C.E.). Al imponer el informe preceptivo del Consejo de Estado a las Comunidades Autónomas en los mismos supuestos en que se impone al Gobierno y a la Administración del Estado (y a otras Administraciones públicas), el art. 23, párrafo segundo de la L.O.C.E. no estaría sino concretando dicha normativa básica o procedimental común, de inexcusable observancia por las Comunidades Autónomas. Si el razonamiento del Abogado del Estado fuera correcto, habría que concluir la plena y absoluta validez de la regla contenida en el precepto cuestionado.

La intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo. En razón de los asuntos sobre los que recae y de la naturaleza del propio órgano, se trata de una función muy cualificada que permite al legislador elevar su intervención preceptiva, en determinados procedimientos sean de la competencia estatal o de la autonómica, a la categoría de norma básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas o parte del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 C.E.). Sin embargo, esta garantía procedimental debe cohonestarse con las competencias que las Comunidades Autónomas han asumido para regular la organización de sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1 C.E.), de modo que esa garantía procedimental debe respetar al mismo tiempo las posibilidades de organización propia de las Comunidades Autónomas que se derivan del principio de autonomía

organizativa [arts. 147.2 c) y 148.1.1 C.E.]. Ningún precepto constitucional, y menos aún el que se refiere al Consejo de Estado, impide que en el ejercicio de esa autonomía organizativa las Comunidades Autónomas puedan establecer, en su propio ámbito, **órganos consultivos equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias**, siempre que estas se ciñan a la esfera de atribuciones y actividades de los respectivos Gobiernos y Administraciones autonómicas. Ello no lo niega el Abogado del Estado, con lo que el problema que se plantea es si como aspecto básico del régimen jurídico de las Administraciones públicas o del procedimiento administrativo común, ha de entenderse también que sea precisamente el Consejo de Estado el órgano que emita el dictamen o consulta preceptiva.»²⁵⁶

Y sigue el FJ 5 razonando que «si una Comunidad Autónoma, en virtud de su potestad de autoorganización (148.1.1 C.E.), crea un órgano superior consultivo semejante, no cabe duda de que puede dotarlo, en relación con las actuaciones del Gobierno y la Administración autonómica, de las mismas facultades que la L.O.C.E. atribuye al Consejo de Estado, salvo que el Estatuto de Autonomía establezca otra cosa, y naturalmente sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 153 b), en relación con el 150.2 de la C.E. También el Abogado del Estado admite expresamente tal posibilidad y su validez constitucional. Lo que no considera conforme a la Constitución es que la atribución de semejantes facultades a los consejos consultivos de las Comunidades Autónomas excluya la intervención del Consejo de Estado en los mismos casos y en relación con las mismas actuaciones de la Comunidad Autónoma correspondiente, pues esta intervención es preceptiva en todo caso, en virtud del art. 23, párrafo segundo de la L.O.C.E. A tal efecto razona el Abogado del Estado que, cuando la ley autonómica prescriba el dictamen del órgano consultivo autonómico en los mismos casos contemplados por el art. 23, párrafo segundo de la L.O.C.E., será necesario que se emita también dictamen por el Consejo de Estado. Alega además que, en virtud de lo que denomina «supremacía asesora» de éste último, el dictamen del Consejo de Estado debe ser posterior al del Consejo Consultivo autonómico.

Esta tesis no puede ser admitida, pues, si así fuera, quedarían gravemente comprometidos algunos de los principios en que se funda la organización territorial del Estado conforme al diseño constitucional. Ante todo, la misma potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas, ya que si éstas crean un órgano consultivo propio dotado de las mismas funciones que el Consejo de Estado es, claramente, porque han decidido prestar las garantías procedimentales referidas a través de su propia organización, sustituyendo la que hasta ahora ha venido ofreciendo aquel órgano consultivo estatal también en el ámbito de competencia de las Comunidades Autónomas. Decisión esa que, según se ha dicho, se encuentra plenamente legitimada por el art. 148.1.1 de la C.E. y los preceptos concordantes de los Estatutos de Autonomía. Además habría que añadir que sería muy probablemente innecesario y, sin duda, gravoso y dilatorio que en un mismo procedimiento debiera recabarse sucesivamente dictamen de un

256. Negrita añadida

órgano superior consultivo autonómico de características parecidas al Consejo de Estado y del propio Consejo de de Estado, con desprecio de los principios de eficacia administrativa (art. 103.1 C.E.) y eficiencia y economía del gasto público (art. 31.2 C.E.).

La aplicación de aquellos principios, esenciales para el correcto funcionamiento del Estado de las Autonomías, debe llevar a concluir que **la intervención del órgano consultivo autonómico excluye la del Consejo de Estado**, salvo que la Constitución, los Estatutos de Autonomía, o la Ley Autonómica, establezcan lo contrario para supuestos determinados. El legislador estatal también lo ha entendido así, al menos en algunas ocasiones expresas, ya que el art. 13.1 de la Ley de Bases del Régimen Local requiere alternativamente, para el supuesto que contempla, «dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo superior de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, si existiere», mientras que el art. 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de régimen local exige también, para otro supuesto distinto, el preceptivo dictamen «del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, si existiere, o en su defecto, del Consejo de Estado». También la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en sus arts. 102 y 103 requiere, a efectos de la revisión de oficio de los actos administrativos nulos o anulables y como garantía esencial del respectivo procedimiento, dictamen «del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere».²⁵⁷

En consecuencia, y por lo que aquí respecta, no sólo hay que reconocer las competencias de las Comunidades Autónomas para crear, en virtud de sus potestades de autoorganización, órganos consultivos propios de las mismas características y con idénticas o semejantes funciones a las del Consejo de Estado, sino, por la misma razón, estimar posible constitucionalmente la sustitución del informe preceptivo de la institución estatal por el de un órgano superior consultivo autonómico, en relación al ejercicio de las competencias de la respectiva Comunidad, en tanto que especialidad derivada de su organización propia.

Pero, si es preciso reconocer esa posibilidad de sustitución, también es necesario afirmar que en donde o en tanto semejantes órganos consultivos autonómicos —dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica— no existan, es decir, en aquellas Comunidades Autónomas que no cuenten con esta especialidad derivada de su organización propia, las garantías procedimentales mencionadas exigen mantener la intervención preceptiva del Consejo de Estado, en tanto que órgano al servicio de la concepción global del Estado que la Constitución establece.

En definitiva, es constitucional que se exija el dictamen del Consejo de Estado a las Comunidades Autónomas sin organismo consultivo propio, en los casos previstos por la Ley Orgánica 3/1980 en tanto que dicha participación del órga-

257. Negrita añadida

no consultivo forma parte de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas o del procedimiento administrativo común. *Sensu contrario*, las Comunidades que en ejercicio de su competencia de autoorganización de sus instituciones de gobierno dispongan de órgano consultivo, la preceptividad del dictamen debe referir a su propio órgano y no al del Estado, que además, tendrá preferencia.

Esta solución constitucional —que aparece como perfectamente fundamentada y sensible a la distribución territorial del poder según el texto de 1978— tiene, sin embargo, un aspecto inconveniente o desventaja: el resultado no es integrador sino que acelera las fuerzas centrífugas del proceso descentralizador. En otras palabras, si bien es constitucionalmente encomiable que cada nivel territorial disponga de su propio órgano consultivo, ello impide el desempeño de la tarea por parte de un único órgano del Estado que integre a las administraciones autonómicas, que cabe recordar, también conforman la división territorial del Estado.

Algo similar puede apreciarse, unos años más tarde en la **STC 208/1999, de 11 de noviembre**. En ese caso, la cuestión a dilucidar era si un único órgano central (Tribunal de Defensa de la Competencia) debía resolver de las afectaciones a la libre competencia que tuvieran un ámbito territorial limitado al de la Comunidad Autónoma. La sentencia —con cuatro votos particulares discrepantes en un Pleno de 11 magistrados— adopta una solución análoga la anterior 204/1992: corresponde a las Comunidades autónomas la aplicación de la Ley estatal de defensa de la competencia para aquellas infracciones que no afecten al mercado nacional en su conjunto y en los lugares donde existan autoridades de defensa de la competencia.

Según la sentencia: «La competencia ejecutiva que, en materia de defensa de la competencia, cabe atribuir a las Comunidades Autónomas, en virtud de la asunción de comercio interior se halla, pues, limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario. De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado con trascendencia extracomunitaria habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes; pero, con esas limitaciones, la competencia ejecutiva atribuida a las Comunidades Autónomas por sus respectivos Estatutos, no puede resultar enervada por la legislación del Estado.» (FJ 6)

No existe duda de que lograr el compromiso efectivo de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia puede redundar en una mayor efectividad del cumplimiento general de las normas de defensa de la competencia. En palabras del profesor CASES, «en España está en curso un proceso de implantación de autoridades autonómicas de protección de la competencia cuyo origen es la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 y se articula en base a la Ley 1/2002. (...) Este nuevo sistema institucional, que requiere, por tanto, un compromiso cierto de las autoridades autonómicas en la

protección de la competencia, puede constituir un impulso decisivo para la aplicación más efectiva de las normas de competencia. Es evidente que ello requiere especialmente mecanismos de coordinación y cooperación entre autoridades, que se están articulando en términos positivos».²⁵⁸

La consecuencia lógica fue, a partir de 1999, la aparición de numerosas autoridades de defensa de la competencia con distinta entidad y fortuna como hemos tenido ocasión de estudiar en otra sede.²⁵⁹ La Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, estableció los puntos de conexión que deben permitir cohesionar la descentralización con la coherencia. Sin embargo, lo que ahora interesa destacar es cómo el respeto al haz competencial de las entidades subestatales no necesariamente debe pasar por la creación de un marco institucional propio y diferenciado sino que existe la opción de su integración en las instituciones centrales del Estado. Esta es la teoría que aplicaron los profesores BALLBÉ y MARTÍNEZ al reparto competencial mediante la integración por composición.²⁶⁰

GARCÍA-TREVIJANO, explica magistralmente el modo de evitar lo que califica como «duplicidad burocrática»: «En realidad, la explicación hay que encontrarla en la propia configuración del Consejo de Estado como órgano de relevancia constitucional. Aunque formalmente se incruste dentro de la organización de la Administración del Estado, funcionalmente es ajeno a dicha organización y a cualquier otra. No se trata de que un órgano de la Administración del Estado se incruste en la organización de la Comunidad Autónoma (lo que podría ir contra la capacidad de autoorganización de éstas), ni que la Administración del Estado preste, como se dice, a la Comunidad Autónoma un órgano, sino que el Consejo de Estado es (cuando dictamina un asunto de la Comunidad Autónoma) un *órgano de la propia Comunidad Autónoma*. Por ello, sencillamente dictamina un órgano que en dicho instante podría decirse es de la Comunidad Autónoma, sin que, por ello, se produzca, por tanto, vulneración de la autonomía reconocida a las Comunidades Autónomas por la Constitución.»²⁶¹

Esta opción fue apuntada —y después no seguida— por la **STC 133/1997, de 16 de julio**, cuando en el FJ 7.c) referente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, junto con la afirmación de competencias de la Generalitat de Cataluña en la materia, se admite que se hubiera podido establecer un modelo de institucional único con representación autonómica: «(...) Una de las manifestaciones de la unidad del orden económico es el principio de unidad de mercado, incluido el mercado de valores, reconocido implícitamente por el art. 139.2

258. CASES, LL. *Anuario de la Competencia* 2003. ICO-Marcial Pons. Madrid 2004

259. PADRÓS REIG, CARLOS «Los organismos autonómicos de defensa de la competencia. Situación y perspectivas». *Anuario de la Competencia* 2008. Marcial Pons- Fundación ICO, Madrid 2009

260. BALLBÉ, M. y MARTÍNEZ, R. *Soberanía Dual y Constitución Integradora*. Ariel, Barcelona, 2003.

261. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. «La función consultiva de las Administraciones públicas con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas» *Revista de Administración Pública* n° 133, 1994, p. 146. Cursiva añadida.

CE. Pues bien, la construcción de un mercado de valores regido por el principio de unidad, esto es, de un “mercado único” (...) exige un mínimo normativo, presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales o disgregadores. Este planteamiento, aceptado explícitamente por el Gobierno Vasco, ha de llevarnos a concluir que el Estado —que es a quien corresponde garantizar la unidad del mercado de valores— es competente para crear un ente público y para encomendarle el ejercicio de las facultades que sean necesarias para preservar dicha unidad.(...) Por las mismas razones, es igualmente competente para atender a dicho cometido, sin perjuicio de que, habida cuenta de su trascendencia y de la intercomunicabilidad del mercado primario de valores, **hubiera sido igualmente legítimo constitucionalmente dar entrada a las Comunidades Autónomas con competencias en el mercado secundario para la composición de dicho Consejo**».²⁶²

Esta vía no fue explorada por la STC 204/1992 que venimos comentando con las consecuencias que después se verán. Puede aventurarse que de concebirse el Consejo de Estado como un órgano constitucional —y no meramente como de relevancia constitucional— esa hubiera sido la solución natural. En cambio al propugnarse como constitucional la función consultiva misma —que no la institución— el resultado es coherente con una visión descentralizada por la que cada Administración activa auto-organiza su Administración consultiva. En otras palabras, la descentralización y el reconocimiento de competencias autonómicas sobre la propia función consultiva sitúa al Consejo de Estado en la esfera de los órganos administrativos y no de las instituciones constitucionalmente reservadas.

Y finalmente, otra cuestión que merece nuestra reflexión es la contingencia misma de la descentralización de la función consultiva. El razonamiento constitucional es que pueden existir órganos consultivos autonómicos siempre y cuando exista una equivalencia de objetividad e independencia entre éstos y el Consejo de Estado. Dicho en otras palabras, al constitucionalizar la función —que no el Consejo— es admisible la descentralización y la consecuente sustitución de la intervención estatal —solamente cuando el órgano consultivo autonómico exhiba semejantes características de objetividad e imparcialidad y tenga idénticas funciones. *Sensu contrario*, la descentralización podría resultar en una burla a la garantía de control previo de la legalidad en la adopción de decisiones administrativas de ámbito autonómico, si faltan las mencionadas características.

3. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA

Una consecuencia de la sentencia —aunque demorada en el tiempo— fue la modificación del RD 1674/1980 que aprobaba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado. Así, su original art. 142.2 establecía que el dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en la Ley Orgánica

262. Negrita añadida.

para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes. Ahora²⁶³ pasa a establecer que: El dictamen será preceptivo para las comunidades autónomas que carezcan de órgano consultivo propio en los mismos casos previstos para el Estado por la Ley Orgánica del Consejo de Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes. Nótese el lapso de tiempo que transcurre entre la sentencia (1992) y la modificación (2005) y que no se incorpora la doctrina constitucional al texto normativo hasta la modificación de mayor calado que supone la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre.

Pero sin duda lo más llamativo es la creación de nuevos órganos consultivos en las Comunidades Autónomas. Si en 1992 existían solo los consejos de Canarias²⁶⁴ y Cataluña²⁶⁵, en la actualidad existen en casi todas ellas, con las matizaciones que después diremos. El proceso se ha descrito críticamente como «desplazar la esfera de poder de un órgano del Estado de relevancia constitucional, para ocuparlo. Lo que ya no se sabe con tanta certidumbre es para qué se ocupa esta esfera (...) Lo que se pretende no es una mayor o mejor garantía, sino la simple ocupación de una esfera de poder».²⁶⁶

Si se resume sintéticamente la cuestión resulta el siguiente cuadro de comunidades y de consejos consultivos autonómicos:

01 Andalucía	Ley 4/2005, de 8 de abril (deroga la Ley 8/1993, de 19 de octubre)
02 Aragón	Ley 1/2009, de 30 de marzo
03 Asturias, Principado de	Ley 1/2004, de 21 de octubre
04 Balears, Illes	Ley 5/2010, de 16 de junio (modificada por Ley 7/2011, de 20 de octubre)
05 Canarias	Ley 5/2002, de 3 de junio
06 Cantabria	SIN CONSEJO. Art. 38 EACan
07 Castilla y León	Ley 1/2002, de 9 de abril
08 Castilla - La Mancha	Ley 11/2003, de 25 de septiembre
09 Cataluña	Ley 5/2005, de 2 de mayo (deroga DLeg 1/1991, de 25 de marzo)
10 Comunitat Valenciana	Ley 10/1994, de 19 de diciembre. ²⁶⁷

263. Real Decreto 449/2005, de 22 de abril, por el que se modifica el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

264. Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias, que desarrolló el que fuera artículo 43 del Estatuto de Autonomía de Canarias de 1982 (Ley Orgánica 10/1982).

265. Ley 3/1985, de 15 de marzo y Ley 21/1990, de 28 de diciembre (refundidas en un único texto por el Decreto legislativo 1/1991, de 25 de marzo).

266. BLANQUER CRIADO, D.V. *Consejo de estado y autonomías*. Tecnos, Madrid, 1994, p. 18

267. cfr. Decreto 37/2019, de 15 de marzo, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana (DOCV de 28 de marzo de 2019).

11 Extremadura	Ley 19/2015, de 14 de diciembre (deroga Ley 6/2001, de 14 diciembre)
12 Galicia	Ley 3/2014, de 24 de abril (deroga la Ley 9/1995, de 1 de noviembre)
13 Madrid, Comunidad de	Ley 6/2007, de 21 de diciembre (derogada por 7/2015, de 28 de diciembre que suprime el Consejo)
14 Murcia, Región de	Ley 2/1997, de 19 de mayo ((modificada por las leyes 12/2006, de 27 de diciembre; 3/2012 de 24 de mayo; 6/2013 de 8 de julio; y 6/2018, de 30 de mayo)
15 Navarra, Comunidad Foral de	Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo
16 País Vasco	Ley 9/2004, de 24 de noviembre
17 La Rioja	Ley 3/2001, de 31 de mayo (deroga la Ley 3/1995, de 8 de marzo).

La primera cuestión que puede presentarse es la relativa a la estatutoriedad misma de los órganos. Según la proposición, los órganos autonómicos de administración consultiva estarían recogidos por una disposición de rango estatutario y por ello integrante del bloque de constitucionalidad que les conferiría una mayor relevancia y protección. Los Estatutos de autonomía serían los que dotarían a los órganos consultivos autonómicos de una garantía institucional homologable a la relevancia constitucional del Consejo de Estado. Defiende esta posición el profesor BLANQUER para quien la configuración normativa requiere un elemento formal. Ello concuerda con la formulación de la STC 56/1990, de 29 de marzo que enuncia la «relevancia constitucional» del Consejo de Estado. Sin embargo, creemos que ello no es trasladable a la «relevancia estatutaria» de los homólogos autonómicos. En otras palabras, tanto si los Estatutos de autonomía recogen la institución como si no, la misma es prescindible. Se da la paradoja que, siguiendo al anterior autor, de los pocos estatutos de autonomía que mencionarían como instituciones a su órgano consultivo es precisamente Extremadura que lo suprimió en 2015.²⁶⁸ En el lado opuesto, el Estatuto de Autonomía de Cantabria recoge en su artículo 38 la existencia de un Consejo Jurídico de Cantabria que habrá de regularse por Ley aprobada por mayoría reforzada. Nada de ello es óbice para que no exista en esa Comunidad un órgano «homologable» al Consejo de Estado.

Con ello queremos indicar que la descentralización autonómica de la función consultiva no va acompañada de una mayor institucionalización y que, *sensu contrario*, la capacidad para crear consejos consultivos autonómicos o bien refuerza su condición de mero órgano administrativo o bien hace que la baja institucionalización que presentan no haga posible la sustitución de la función del Consejo de Estado. Esta no era una cuestión relevante al momento de apro-

268. vide ut infra.

barse los Estatutos de primera generación lo que se demuestra con el redactado del artículo 44 del Estatuto andaluz y su remisión a las competencias del Consejo de Estado.²⁶⁹ Y ello no impidió la aprobación de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1993, de 19 de octubre, de Creación del Consejo Consultivo de Andalucía.

Al fin y al cabo, al igual que el Consejo de Estado es un órgano constitucionalmente contingente, tampoco los homólogos autonómicos requieren una institucionalización estatutaria en tanto no forman parte de las instituciones de gobierno del art. 147.2.c) CE.

Con independencia de recogerse o menos en sus respectivos estatutos de autonomía, lo cierto es que la STC 204/1992 tuvo un impacto inmediato en la actividad normativa de las Comunidades²⁷⁰: Islas Baleares (Ley 5/1993, de 15 de junio); Andalucía (Ley 8/1993, de 19 de octubre); Comunidad Valenciana (Ley 10/1994, de 19 de diciembre); La Rioja, Ley 3/1995, de 8 de marzo, de régimen jurídico del Gobierno y la Administración pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que dedica el capítulo 11 de su título VII a la regulación del Consejo Consultivo de La Rioja; Castilla-La Mancha, Ley 8/1995, de 21 de diciembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; y, finalmente, Aragón, Ley 1/1995, de 16 de febrero, del presidente y del Gobierno de Aragón, que dedica su título VI a la creación de una Comisión Jurídica Asesora.

La organización de la función consultiva autonómica presenta notable variedad²⁷¹: si bien hay comunidades que le atribuyen una función de control de la estatutoriedad de las normas, la mayoría no son más que un órgano consultivo al uso o lo que es lo mismo, meros apéndices jurídicos de los gobiernos respectivos, toda vez que la forma de composición de los consejos entra en clara contradicción con el principio de independencia. «Ciertamente, frente al criterio previamente seguido por el legislador autonómico catalán y canario, y con la excepción del Consejo Consultivo de Andalucía —que corrige la dependencia del Consejo respecto del ejecutivo, por la vía de combinar consejeros natos y electivos—, los de Baleares, Valencia o Galicia —compuestos, todos ellos, sólo de consejeros electivos de libre nombramiento del gobierno— son órganos que pueden quedar enfeudados en su labor dictaminadora a los intereses de quien los ha nombrado: y ello tanto por la forma de designación de los miembros que han de componerlos, como por la posibilidad de que tales miembros sean ree-

269. Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre. Art. 44 «El Consejo de Estado informará los Reglamentos generales que la Comunidad Autónoma dicte en ejecución de las leyes estatales. Igualmente informará el Consejo de Estado los expedientes de revisión de oficio de actos declarativos de derechos en que se aprecie nulidad de pleno derecho o infracción manifiesta de las leyes.» La segunda generación de Estatutos cambia radicalmente la cuestión. Así el art. 129 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, recoge la figura del Consejo consultivo y garantiza su autonomía orgánica y funcional.

270. La sentencia constituye a juicio de este autor como «verdadero pistoletazo de salida en la carrera para ocupar la posición del Consejo de Estado. BLANQUER CRIADO, D.V. op. cit. p. 22

271. realiza un estudio completo TORNOS MAS, J. «La posición institucional de los Consejos Consultivos», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 12, 2009.

legibles, lo que, obviamente, es susceptible de actuar como un elemento reforzador de aquella dependencia. Hasta tal punto esto es así que a nuestro juicio no sería exagerado afirmar que, realmente, en el terreno político, y al margen de los principios jurídicos proclamados en sus leyes reguladoras, los consejos consultivos creados, por ejemplo, en Galicia, Baleares, Valencia y, en menor medida, Andalucía, presentan unos perfiles que los hacen parecerse mucho más a típicos órganos de *staff and line* que a órganos de naturaleza consultiva en sentido estricto. Algo que no tendría mayor gravedad si los legisladores autonómicos no hubieran pretendido dotar a esos mismos órganos de la legitimidad que se supone en un órgano de naturaleza consultiva —legitimidad derivada en gran medida de su independencia política, y no sólo de su preparación técnica— y de la que, por su propia naturaleza de órganos políticamente dependientes, carecen los que se suelen calificar como de *staff and line*.»²⁷²

Algo parecido sostiene el profesor TORNOS para quien «Frente a esta configuración, los Consejos Consultivos que se limitan a ser órganos de consulta del Gobierno y de la Administración pierden esta nota de ser entes institucionales de la respectiva Comunidad Autónoma, para pasar a ser órgano consultivo del poder ejecutivo. Esta calificación puede aplicarse al Consejo Consultivo de Aragón (artículo 58.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón), y a la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña.»²⁷³

En Cataluña son dos los organismos que llevan a cabo la función consultiva: la *Comisión Jurídica* (dependiente de la Generalitat)²⁷⁴ y el *Consell de Garanties Estatutàries* (independiente). «la singularidad catalana (el contar con dos instituciones consultivas) permite ver con más claridad la diferencia. Mientras que el *Consell de Garanties Estatutàries* se configura como institución de la Generalidad de Cataluña (artículos 2.2 y 76 y 77 del EAC) y debe ser regulado por una ley institucional básica (artículo 66.2 del EAC), la Comisión Jurídica Asesora se configura como el «alto órgano consultivo del Gobierno» (artículo 72.1 del EAC), sin que su regulación esté atribuida a una ley institucional básica.»²⁷⁵

272. BLANCO VALDES, R.L. «La función consultiva autonómica y su institucionalización tras la STC 204/1992: algunas reflexiones a propósito de la ley del consejo consultivo de Galicia» *Revista catalana de derecho público* n° 22, 1998, p. 120.

273. TORNOS MAS, J. «La posición institucional de los Consejos Consultivos» *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 12, 2009, p. 24. En el caso, de Euskadi el Decreto 187/1999, de 13 de abril, creó la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno Vasco, la cual, como advirtió la exposición de motivos de dicho decreto, nació con una vocación de provisionalidad a la espera de que una norma con rango de ley procediera a regularla. Ello tiene lugar con la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi. Destaca la particularidad de que queda excluido del ámbito de actuación de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi la actividad de las instituciones forales de los territorios históricos, reforzando con ello la correlación entre administración activa-administración consultiva.

274. Por acuerdo de 26 de mayo de 1918, la asamblea de la Mancomunidad de Cataluña, creó una Oficina de Estudios Jurídicos que se configura como la precursora de la actual Comissió Jurídica Assessora.

275. TORNOS MAS, J. «La posición institucional de los Consejos Consultivos» *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 12, 2009, p. 24

Las funciones de los dos consejos catalanes no son comparables: mientras que el Consell dictamina para el Parlament como órgano de depuración de la calidad estatutaria de las leyes catalanas (parangonable en cierta medida a una función de control previo de constitucionalidad propia del Tribunal Constitucional), la Comisión, en cambio, dictamina para la Generalitat y los entes locales. El modelo de Cataluña difiere muchísimo de las otras comunidades autónomas a la vez que da más independencia al dictamen sobre leyes. La carga de trabajo entre uno y otros es también muy dispar. Así, por ejemplo en 2013, el *Consell de Garanties Estatutàries* emitió 20 dictámenes frente a los 421 de la Comisión Jurídica.

Junto con ello, puede observarse también que existen algunos consejos autonómicos que añaden a las competencias consultivas tradicionales otras funciones propias de la legislación administrativa sectorial. Por ejemplo, en el caso de Castilla y León el consejo consultivo asume a coste cero las funciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales (organismo que se encarga de resolver reclamaciones en materia de contratación pública). Esto hace que, para entender su actividad, a los 883 dictámenes emitidos en 2013 haya que sumarle las 75 resoluciones sobre recursos contractuales que se elaboraron ese mismo año.

Y para examinar la cuestión de la posición institucional no solo deben examinarse el sistema de nombramiento, las competencias y las garantías de objetividad sino que también el régimen de personal al servicio de la institución resulta determinante.²⁷⁶ Un ejemplo reciente lo encontramos en la Ley Balear 1/2018, de 5 de marzo, de cuerpos y escalas propios del Consell Consultiu de les Illes Balears.²⁷⁷

Más información sobre su normativa reguladora, informes y demás aspectos puede consultarse en la siguiente webgrafía:

01 Andalucía	https://www.consejoconsultivodeandalucia.es/
02 Aragón	http://www.aragon.es/OrganosConsultivosGobiernoAragon/OrganosConsultivos/ch.ConsejoConsultivoAragon.detalleDepartamento
03 Asturias, Principado de	http://www.ccasturias.es/ConsejoConsultivo.html
04 Balears, Illes	http://www.consellconsultiu.es/?idioma=es-ES
05 Canarias	http://www.consultivodecanarias.org/
06 Cantabria	
07 Castilla y León	https://www.cccyl.es/es

276. cfr. nuestro análisis ut infra a propósito de la STC 87/2018 y el cuerpo de Letrados del Consejo Consultivo de Galicia.

277. BOIB núm. 30, de 8 de marzo de 2018.

08 Castilla - La Mancha	https://consejoconsultivo.castillalamancha.es/
09 Cataluña	http://cja.gencat.cat/ca/inici
10 Comunitat Valenciana	http://portales.gva.es/cjccv/
11 Extremadura	http://www.ccex.es/
12 Galicia	http://ccgalicia.es/
13 Madrid, Comunidad de	http://www.madrid.org/cja/
14 Murcia, Región de	https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=1609&IDTIPO=100&RASTRO=c\$m22660,127,1603
15 Navarra, Comunidad Foral de	http://www.cfnavarra.es/consejonavarra/
16 País Vasco	http://www.comisionjuridica.euskadi.eus/x84-home/es/
17 La Rioja	https://www.ccrioja.es/

De todo lo anterior puede desprenderse que si bien la función consultiva no es vital para el entramado institucional de una organización política, cumple una relevante función de asesoramiento y control *ex ante* en garantía de la legalidad de la actuación administrativa. Esta función se ha plasmado en una notable constelación de organismos sin que compartan un mínimo denominador común —a excepción de la colegialidad— que parece sería exigible: el carácter ajeno a la función activa y la independencia que debe ofrecer su saber técnico-jurídico.

Para BLANQUER, la cuestión se sustancia en la diferencia entre órgano de control y órgano de asesoramiento. Si la función de los consejos consultivos se asemeja a la de un órgano de vigilancia y control de la legalidad, la función es cuasi-jurisdiccional y requiere de unas garantías reforzadas de objetividad e independencia de criterio. Si en cambio, se trata de un órgano de asesoramiento de soluciones jurídicas a problemas con los que deban enfrentarse las políticas administrativas, no se exigen las mismas garantías. «El perfil de un órgano de asesoramiento en asuntos de gobierno, no requiere esos mismos rasgos: no se trata de un órgano indefectible; su régimen de funcionamiento es más flexible y menos formalizado; el estatuto de sus miembros no se inspira necesariamente en la búsqueda de la independencia de criterio. Mientras que un órgano de control en materias de Administración puede ser utilizado también como órgano de asesoramiento en asuntos de gobierno sin necesidad de modificar su configuración constitucional y legal, no sucede lo mismo a la inversa: un órgano de asesoramiento en asuntos de gobierno que carezca de la debida independencia no puede ser además un órgano de control».²⁷⁸

278. BLANQUER CRIADO, D.V. *Consejo de Estado y autonomías*. Tecnos, Madrid, 1994. p. 31

En cualquier caso, la cuestión es de enorme calado al implicar la posibilidad de sustitución en bloque del Consejo de Estado por otros organismos autonómicos. Y la pregunta que inmediatamente surge es la relativa a si el órgano consultivo de la Comunidad autónoma que vaya a sustituirle debe reunir determinadas características. «No es difícil adivinar la preocupación que late en este sentido en la Sentencia citada 204/1992, en la que se habla de dicho órgano consultivo de la Comunidad Autónoma como «equivalente» al Consejo de Estado, «semejante», «de características parecidas», y el Tribunal Supremo (por ejemplo su Sentencia citada de 14 de enero de 1992) habla incluso más claramente de órgano consultivo «homologable» al Consejo de Estado.

Es evidente que si dicho órgano consultivo no reúne las características específicas para hablar propiamente de un órgano consultivo en sentido estricto, no se estaría alcanzando la garantía que se pretende y, con ello, se estaría incluso vulnerando la propia Ley Orgánica del Consejo de Estado (e indirectamente la Constitución) en cuanto dispone la intervención del Consejo de Estado (de un órgano consultivo genuino en definitiva) en relación con determinadas materias.

Constituye éste un problema de solución casuística, debiendo analizarse caso por caso si el órgano consultivo de la Comunidad Autónoma que pretenda sustituir al Consejo de Estado es o no homologable a éste».²⁷⁹

Si la doctrina constitucional afirma la relevancia, no del órgano sino de la función, el estudio pormenorizado de algunos consejos autonómicos pondría de relieve como no ha habido inconveniente en desnaturalizar la función consultiva externa hasta convertirla en un mero asesoramiento de parte. De manera algo cruda, la descentralización descontrolada conlleva la de-constitucionalización de la función consultiva y su clara alineación con un órgano meramente asesor. No se trata solamente de una dimensión cuantitativa —pasar del monopolio a la diversidad como han considerado algunos autores²⁸⁰— sino de un verdadero reconocimiento de la escasa entidad constitucional de la función.

El desarrollo de la función consultiva autonómica ha puesto de manifiesto, por lo general, que el supremo órgano consultivo —del Estado o de la Comunidad— puede ser más que un sistema de garantías para el ciudadano, un simple trámite auxiliar de la función administrativa activa.²⁸¹

279. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. «La función consultiva de las Administraciones públicas con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista de Administración Pública* nº 133, 1994, p. 151.

280. GARRIDO MAYOL, V. «Veinticinco años de función consultiva», *Revista de Derecho Político* nº 58-59, 2003-2004, p. 575.

281. «De los órganos consultivos autonómicos no cabe esperar en absoluto, dada su composición, estructura y posición institucional, la misma objetividad y calidad de juicio que confiamos encontrar en el Consejo de Estado» FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. Prólogo a BLANQUER CRIADO, D.V. *Consejo de Estado y autonomías*. Tecnos, Madrid, 1994. p. 13. Otra interpretación es, sin embargo posible: dado que el legislador y la doctrina constitucional no han tenido reparo en transitar este proceso descentralizador, será que no hay tanta diferencia entre la propia función del Consejo de Estado y la que hayan de desarrollar los homólogos autonómicos.

Hay dudas incluso de que el diseño —o mejor dicho su ausencia— proporcione una necesaria estabilidad y previsibilidad de criterio. Al descentralizarse la función consultiva se desvanece la unidad de criterio y cada órgano puede construir de manera sensiblemente distinta instituciones como la responsabilidad administrativa o la revisión de oficio. Si bien el art. 149.1.1 CE garantiza un mínimo tratamiento común e igual de todos los españoles en el procedimiento administrativo, nada de ello se traslada a la función de asesoramiento. No hay una prevalencia de la doctrina consultiva estatal sobre la autonómica sino una peligrosa libertad de criterio jurídico. De este modo, el Estado, al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE ni puede imponer al garante²⁸² ni puede imponer la garantía misma.

4. EL INFORME CORA (2013)

Por Acuerdo del Consejo de Ministros del 26 de octubre de 2012 se decidió la creación de la llamada Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) con el objetivo de estudiar y realizar propuestas para mejorar la eficiencia y eficacia de la actividad pública, reduciendo su coste sin —teóricamente— afectar la calidad de los servicios prestados. En otras palabras, a juicio del Ejecutivo del Presidente Mariano Rajoy, existía un margen de mejora en el complicado diseño institucional español que una vez eliminadas duplicidades e ineficiencias, permitiría un significativo ahorro de costes. La CORA dividió los trabajos en cuatro subcomisiones:

- Duplicidades administrativas. Tiene por objeto identificar y eliminar duplicidades y reforzar los mecanismos de cooperación, de modo que se abarate el coste de la actividad administrativa.
- Simplificación administrativa. Revisará las trabas burocráticas que dificultan la tramitación de los procedimientos administrativos con el fin de conseguir una mayor simplificación que redunde en beneficio de los ciudadanos.
- Gestión de servicios y medios comunes. Tiene por objeto centralizar actividades de gestión que, por ser similares o de la misma naturaleza, puedan desempeñarse de forma unificada o coordinada, aprovechando así en mayor medida los medios públicos.
- Administración institucional. Se analizará la distinta tipología de entes que la componen, se revisará el marco normativo y los modelos que en él se identifican como óptimos.

282. BRAVO-Ferrer DELGADO, M. «Consejo de Estado y Estado de Autonomías» *Revista española de derecho administrativo*, nº 60, 1988, págs. 569-596.

Como resultado de los trabajos, CORA elaboró un informe²⁸³ que fue presentado al Consejo de Ministros del 21 de junio de 2013 con un conjunto de hasta 218 medidas. Específicamente para lo que a nosotros interesa, la Subcomisión de Duplicidades administrativas dedica un apartado específico (letra F, pp. 99-101) a órganos consultivos de fiscalización y defensores del pueblo que por su interés debemos reproducir íntegramente:

«F. ÓRGANOS CONSULTIVOS, DE FISCALIZACIÓN Y DEFENSORES DEL PUEBLO

Situación actual

La Constitución española de 1978 estableció un modelo de Estado flexible, abierto y en el que las CC.AA. tenían la capacidad de desarrollar sus funciones y estructuras hasta los límites que la propia Constitución permitía.

Este desarrollo autonómico ha fraguado un modelo territorial en el que junto al Estado conviven 17 estructuras político-administrativas que han tendido a reproducir el modelo estatal.

La reproducción de dicho modelo ha favorecido la existencia de 17 cámaras legislativas, con sus correspondientes Presidentes de Comunidad y Gobiernos autonómicos —lo cual no hace sino reflejar el modelo institucional previsto en la Constitución para ciertas CC.AA.—, pero también ha derivado hacia la multiplicación de otros órganos que, si bien previstos en la Constitución para el Estado, presentan al menos en principio, algunas dudas acerca de su operatividad y eficiencia cuando su número se multiplica.

Destacan, por su relevancia, los numerosos Órganos de Control Externo (OCEX), Defensores del Pueblo y Consejos Consultivos que han proliferado en nuestras CC.AA.

En todos estos casos, los órganos autonómicos desarrollan competencias idénticas a las de los correspondientes estatales, limitadas a la Administración respectiva. Pero en el caso de los OCEX, se da la paradoja de que el Tribunal de Cuentas del Estado puede también fiscalizar a la administración autonómica, incluso siguiendo mandatos del poder legislativo, lo que propicia la aparición de ineficiencias en la gestión de los medios públicos y una mala calidad de los resultados.

En los tres ámbitos, existen CC.AA. que carecen del organismo en cuestión, sin que, como se indica a continuación, se vea mermada la satisfacción del interés público.

Propuesta

No se cuestiona la competencia de las CC.AA. para crear dichos órganos, sino que se trata de reflexionar acerca de la idoneidad, eficacia y eficiencia que tienen estos órganos, y más aún, en un periodo de crisis como el actual.

Es por ello que, tras un análisis detenido y pormenorizado de los órganos autonómicos de esta naturaleza, se plantea la posibilidad de racionalizar el entramado **organizativo que se ha creado en las CC.AA. en torno a las figuras del**

283. Disponible en https://administracion.gob.es/pag_Home/dam/jcr:4c4e8573-6220-4b6a-9397-8f95e566b42a/INFORME-LIBRO.pdf

Defensor del Pueblo, los Órganos de Control Externo y los órganos consultivos autonómicos.

(...)

(...)

Órganos consultivos autonómicos

En la actualidad conviven en nuestro sistema territorial junto con el Consejo de Estado, otros 17 Consejos Consultivos autonómicos correspondientes a 16 CC.AA. (la Comunidad Autónoma de Cataluña cuenta con dos instituciones: Consejo de Garantías Estatutarias y Comisión Jurídica Asesora, mientras que la Comunidad de Cantabria no tiene órgano propio). Con carácter general, las funciones de las instituciones autonómicas son similares a las del Consejo de Estado pero limitadas a los respectivos Gobiernos y Administraciones de la Comunidad.

Nadie pone en duda el prestigio del Consejo de Estado, ni de su habilidad para asesorar a las CC.AA. que lo precisen. De hecho, esta posibilidad existe, con carácter potestativo.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con las otras instituciones, la normativa autonómica ha atribuido al respectivo órgano consultivo la emisión de dictámenes en asuntos que exceden en número elevado aquellos que corresponde informar al Consejo de Estado. El grueso del número de informes que emiten los órganos autonómicos por esta causa se refiere a reclamaciones de responsabilidad patrimonial de escasa cuantía contra la administración autonómica.

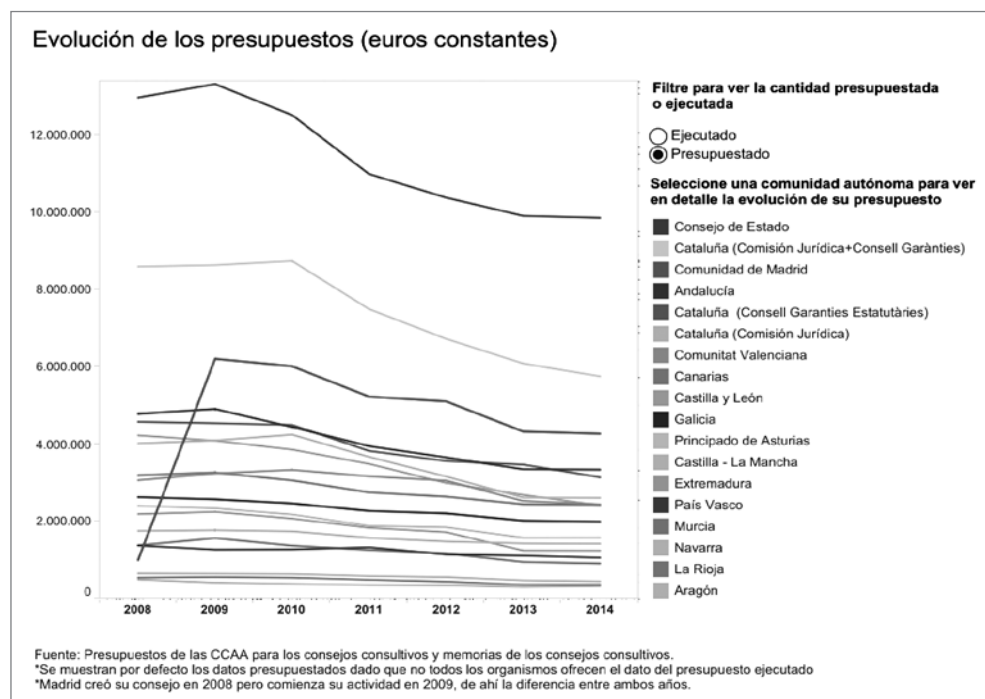
La racionalización de la estructura de la función consultiva solo podría acometerse si se dan dos condiciones: en primer lugar, **la modificación de las normas autonómicas**, de modo que se limitase la emisión de dictamen preceptivo en aquellos asuntos en los que resulta ahora obligado para el Consejo de Estado (por ejemplo, elevando la cuantía de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial a un mínimo de 50.000 euros, que es el que determina la obligatoriedad del informe del órgano a nivel estatal). Hecho esto, podrían **asumirse por el Consejo de Estado las funciones desarrolladas por los Órganos Consultivos de las CC.AA., lo que supondría un ahorro para las CC.AA. del presupuesto dedicado a mantener aquéllos.**²⁸⁴

Hay que notar como la reflexión de la CORA no es excesivamente brillante ni justifica convincentemente qué áreas presentan duplicidades susceptibles de eliminarse. Las propuestas son igualmente imprecisas, sugiriendo tanto una desinstitucionalización como una recentralización. Nada se dice sobre la influencia de la doctrina constitucional que ha llevado hasta esta situación. La cuestión clave —una vez afirmada la imperiosidad de la función consultiva— radica en donde debe ejercerse, ya sea en una institución del Estado (como antes de 1992) o mediante un servicio jurídico autonómico sin rango institucional (como hace Cantabria), a la vez que se afirma que esta segunda opción en nada perjudica «la satisfacción del interés público». Esta reflexión sería igualmente aplicable al conjunto de la función consultiva, es decir al propio Consejo de Estado.

284. Las negritas son del texto original.

La cuestión termina de distorsionarse por el hecho de que muchas CCAA se apuntaron entusiastamente a las posibilidades que abría la reforma de 2004 (LO 3/2004, de 28 de diciembre), es decir, a la entrada de ex presidentes y altos cargos como miembros de las instituciones consultivas o asesoras.²⁸⁵ En 2014, sólo 7 de los 16 consejos consultivos autonómicos estaba formado exclusivamente por juristas.

En un reportaje publicado por el periódico El Mundo, firmado por las periodistas Verónica Ramírez y Marta Ley con el inequívoco título de «¿Cuánto le cuesta el consejo consultivo de su CCAA?» y que vio la luz el 9 de diciembre de 2014, se aportan algunos datos interesantes.²⁸⁶



285. https://www.antena3.com/noticias/espana/que-son-y-cuanto-nos-cuestan-al-ano-los-consejos-consultivos_201801255a69e8790cf25543027b3722.html. Francisco Camps cobra 58.000 euros al año como miembro del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana. A eso hay que sumar el sueldo de su secretaria, 48.000 euros, y el del chófer, 34.000. En total, Camps le cuesta a las arcas públicas 140.000 euros anuales. El cierre del Consejo Consultivo de Madrid dejó sin el puesto a tres expresidentes. A Alberto Ruiz Gallardón, que en 2014 dimitió como ministro de Justicia y en menos de 48 horas ya formaba parte del Consejo Consultivo de Madrid, también a Ignacio González y a Joaquín Leguina, al que enfadó mucho esta decisión. Sin embargo, todavía hay varios expresidentes autonómicos que siguen formando parte de estos organismos por todo nuestro país. En Extremadura, preside el Consejo el último consejero de Administración Pública de Extremadura, Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno (67.293 euros), o encontramos tres expresidentes en el de Galicia: el centenario Gerardo Fernández Albor (fallecido en 2018), Emilio Pérez Touriño y Fernando Ignacio González Laxe (58.659 euros).

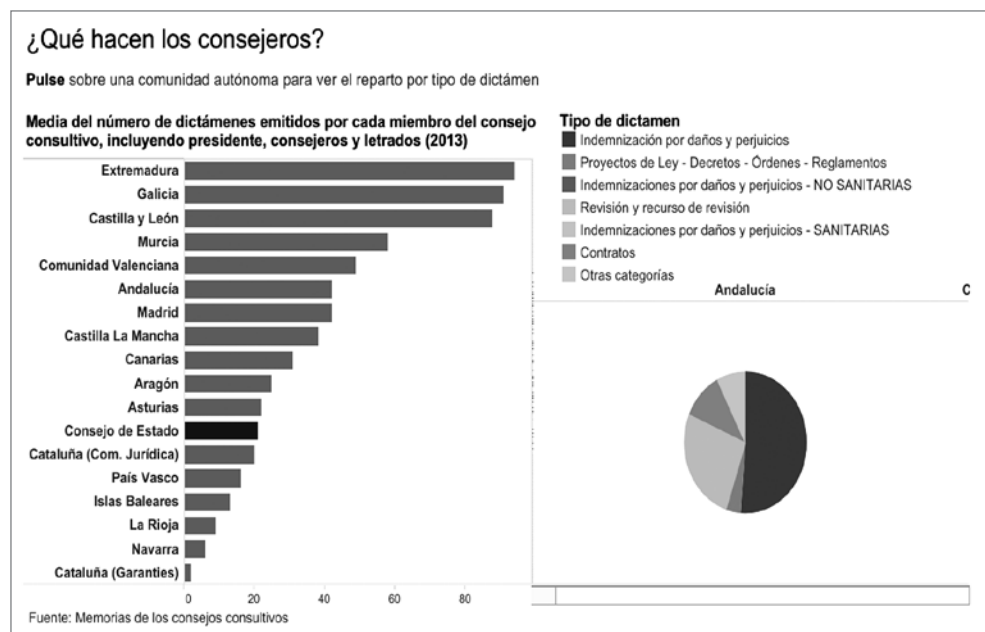
286. <https://www.elmundo.es/grafico/espana/2014/12/09/54774cf1268e3e7b2f8b456d.html>

En general puede observarse como el conjunto de los organismos asesores de las CCAA supone un coste que dobla el del gasto estatal. La mayoría de los consejos consultivos tienen un presupuesto de 4M de euros o inferior, exceptuando Cataluña y Madrid, lo que parece lógico dada la dimensión de esas dos Comunidades. El consejo autonómico de mayor presupuesto (si se excluye de Cataluña la cifra asignada al Consell de Garanties Estatutaries, heredero del Consell Consultiu), es el de Madrid. En el otro extremo, el de menor presupuesto es el de Aragón, donde los consejeros cobran por dietas de asistencia y número de informes realizados.²⁸⁷ La cuestión que, sin embargo, no se aborda es qué ahorro supondría la aplicación de alguna de las propuestas de la CORA, es decir, la desinstitucionalización o la recentralización de la función consultiva en el Consejo de Estado. O alternatively, una medida más drástica que supondría revisar la preceptividad del informe consultivo para algunos supuestos. Para ello, se manejan también las siguientes cifras expresadas en los gráficos.



Unos son más caros y otros más baratos pero no todos tienen la misma actividad. **Galicia, Extremadura y Castilla y León** son los consejos que mayor número de dictámenes emiten en relación al número de consejeros y letrados con los que cuentan.

²⁸⁷. La comparación de los datos tiene la dificultad de la gran diversidad de situaciones a las que se aplican. No es lo mismo una Comunidad grande que una pequeña y no es lo mismo un Consejo consultivo numeroso que uno más reducido.



Salta a la vista que las cuestiones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración protagonizan el grueso del trabajo de los consejos consultivos. Esta actividad previa a la emisión del acto administrativo se presenta como una garantía para el ciudadano aunque no está claro en cuántos casos la intervención consultiva previa evita la judicialización del asunto. Dicho en otras palabras, no existen datos sobre el número de expedientes de reclamación de responsabilidad que se resuelven en favor del reclamante. Con todo, la cuestión importante sería dilucidar si esta actividad consultiva podría desarrollarse igualmente por el Consejo de Estado al no presentar especificidad de derecho autonómico y ser deseable un tratamiento homogéneo para todos los reclamantes con independencia de quien sea la Administración prestadora, por ejemplo, del servicio público sanitario.²⁸⁸

El ejemplo de Cantabria demuestra como no es imprescindible la clonación institucional en el nivel autonómico. No se goza de menor autonomía ni de menor autogobierno por el hecho de no tener consejo consultivo, tribunal de cuentas o defensor del pueblo. Al no tener un consejo propio, Cantabria remite sus consultas al Consejo de Estado. Y aun así, es la región que menos dictámenes ha necesitado. Según la memoria de 2011 del Consejo de Estado, sólo se

288. Para RODRÍGUEZ OLIVER, «ninguna diferencia ofrece, por ejemplo, la revisión de oficio o la nulidad de las concesiones en razón de ser una u otra esfera administrativa quien las constituya o declare: antes bien, deben ser idénticos los principios formales y materiales en que se apoye la resolución administrativa (...)» RODRÍGUEZ OLIVER, J.M. «Las competencias consultivas del Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas» *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 33, 1982, p. 259.

emitieron 29 dictámenes sobre Cantabria. Eso es así porque el Consejo de Estado no se ocupa de las reclamaciones cuya indemnización sea inferior a 50.000 euros. ¿Y esos ciudadanos quedan abandonados? No, porque la Dirección General del Servicio Jurídico del Gobierno cántabro se ocupa de ello.

Pero no toda la cuestión está en la recentralización. En 2013 el total de los dictámenes emitidos por los diferentes consejos consultivos fue de 7.504. El Consejo de Estado, también en 2013, elaboró 1.344. Resulta evidente, como explica la vicesecretaria del Consejo Consultivo de Aragón, Miriam Gracia, que «el Consejo de Estado, con los medios que tiene, no lo podría asumir». Por tanto, la desaparición de los consejos autonómicos tampoco puede efectuarse sin redimensionar al Consejo de Estado. Siguiendo el citado reportaje de *El Mundo*²⁸⁹ resulta que Francisco Rubio Llorente, a la sazón presidente del Consejo de Estado pidió a Esperanza Aguirre, presidenta de la Comunidad de Madrid, que les hiciera «el favor de agilizar la constitución del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid porque lo tienen todas las comunidades excepto Cantabria» [tampoco tienen Ceuta y Melilla], y por «no tener que estar, con una carga adicional, elaborando informes para la Comunidad de Madrid». Es decir, la duplicidad que se denuncia se impulsa en parte por las propias instituciones del Estado.

5. EL DECLIVE

A partir del muy vago informe CORA, empiezan a surgir iniciativas encaminadas a la reversión de la institucionalización de la función consultiva autonómica.²⁹⁰ Más débil es en cambio el movimiento recentralizador. Veamos algunos de ejemplos:

5.1. Galicia

Varias disposiciones de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2017, de 8 de febrero, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación, se encaminan a la reordenación del personal letrado al servicio del Consejo Consultivo. Muy sintéticamente la reordenación consiste en la supresión del cuerpo de letrados del Consejo Consultivo de Galicia, procediéndose a la «integración» de los funcionarios del extinto cuerpo en la escala de letrados de la Xunta de Galicia. El conjunto de las disposiciones fue recurrido ante el Tribunal Constitucional por el grupo parlamentario confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.

289. <https://www.elmundo.es/grafico/espana/2014/12/09/54774cf1268e3e7b2f8b456d.html>

290. La cuestión sigue viva en la actualidad. Según recoge *La Razón*, 1 de enero de 2019, «El pacto de gobierno entre PP y Cs para la Junta de Andalucía contempla hasta 90 medidas que anuncia cambios en profundidad en la estructura de la Junta. El Consejo Consultivo, está entre los organismos que PP y Cs han acordado expresamente eliminar.» Marta Maldonado «La supresión del Consejo Consultivo restará control externo a la Junta» Disponible en <https://www.larazon.es/local/andalucia/la-supresion-del-consejo-consultivo-restara-control-externo-a-la-junta-GB21201700>

En la **STC 87/2018**, de 19 de julio se abordan distintas cuestiones en relación a las alegaciones del recurso de inconstitucionalidad. Así, se examina (i) si supone una ley singular que impide su control en la jurisdicción contencioso-administrativa; (ii) si puede efectuarse la reordenación sin alterar la relación de puestos de trabajo ya aprobada como prescribe el Estatuto Básico del Empleado Público o; (iii) si se vulnera el derecho a la negociación colectiva.

Pero para nuestro específico interés, el recurso también argumenta si el nuevo régimen de personal (desinstitucionalización de los técnicos Letrados), rompe la equivalencia institucional y de garantías que exige la Constitución para el ejercicio de la función consultiva. Razonan los recurrentes que la existencia de un cuerpo de personal letrado propio reafirma la independencia del órgano como administración de control, garantiza la coherencia de su cuerpo doctrinal y contribuye, de modo relevante, a la calidad de sus dictámenes. Este aspecto se analiza en el FJ 5º donde el Tribunal establece que:

«se hace necesario partir de la mencionada STC 204/1992 que los recurrentes erigen en criterio rector de su reproche de inconstitucionalidad.

La citada Sentencia fue dictada en una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que, al resolver un recurso contencioso-administrativo contra un reglamento autonómico, consideró que el artículo 23.2 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado (LOCE), vigente a la sazón, que establecía que el dictamen del citado órgano era «preceptivo para las Comunidades [Autónomas] en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado», podía representar un sistema de control de las Comunidades Autónomas no previsto en el artículo 153 de la Constitución y vulnerar al mismo tiempo la potestad de autoorganización que a las Comunidades Autónomas garantiza el artículo 148.1.1 CE. Fue en este contexto en el que la STC 204/1992 resolvió que la intervención preceptiva del Consejo de Estado en determinadas actuaciones de las Comunidades Autónomas establecida en el precepto entonces enjuiciado (art. 23.2 LOCE) era una exigencia legítima al amparo del artículo 149.1.18 CE, pero que esa exigencia de la normativa estatal debía cohonestarse con la autonomía organizativa de las Comunidades Autónomas establecida en el artículo 148.1.1 CE, de modo que éstas pudieran sustituir la mencionada consulta al Consejo de Estado por la intervención de un órgano superior consultivo «equivalente», «semejante» o «de las mismas características» que el Consejo de Estado, asegurando siempre su «independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica».

Con posterioridad a la citada Sentencia, la Ley 4/1999, de 13 de enero, añadió a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, la siguiente disposición adicional decimoséptima:

«1. Para el ejercicio de la función consultiva en cuanto garantía del interés general y de la legalidad objetiva las Comunidades Autónomas, los Entes Forales se organizarán conforme a lo establecido en esta disposición.

2. La Administración consultiva podrá articularse mediante órganos específicos dotados de autonomía orgánica y funcional con respecto a la Administración activa, o a través de los servicios jurídicos de esta última.

En tal caso, dichos servicios no podrán estar sujetos a dependencia jerárquica ya sea orgánica o funcional, ni recibir instrucciones, directrices o cualquier clase de indicación de los órganos que hayan elaborado las disposiciones o producido los actos objeto de consulta, actuando para cumplir con tales garantías de forma colegiada.

3. La presente disposición tiene carácter básico de acuerdo con el artículo 149.1.18 de la Constitución».

Y en la actualidad, tras la derogación de la Ley 30/1992 por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas [disposición derogatoria única 2 a)], el vigente artículo 7 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, rubricado «Órganos consultivos», dispone, de forma prácticamente idéntica, lo siguiente:

«La Administración consultiva podrá articularse mediante órganos específicos dotados de autonomía orgánica y funcional con respecto a la Administración activa, o a través de los servicios de esta última que prestan asistencia jurídica.

En tal caso, dichos servicios no podrán estar sujetos a dependencia jerárquica, ya sea orgánica o funcional, ni recibir instrucciones, directrices o cualquier clase de indicación de los órganos que hayan elaborado las disposiciones o producido los actos objeto de consulta, actuando para cumplir con tales garantías de forma colegiada».

El carácter formalmente básico de este precepto deriva de su rango de ley y de la declaración como tal base del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE) contenida en el artículo 1 y la disposición final decimocuarta de la Ley. Y en cuanto a su contenido, el precepto cumple igualmente con las condiciones materiales de las bases en cuanto impone solamente unas condiciones mínimas para que pueda entenderse cumplida eficazmente la función consultiva externa exigida por normas estatales en garantía del interés general, del sometimiento de la Administración a Derecho y de los derechos de los interesados, dejando al mismo tiempo a las Comunidades Autónomas un amplio margen para organizar este servicio.

De esta sucesión normativa se deduce que ni la STC 204/1992 invocada en el recurso (enjuiciando el art. 23.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado), ni la normativa estatal vigente aprobada el amparo del artículo 149.1.18 CE (art. 7 de la Ley 40/2015), imponen la existencia de un cuerpo especial de letrados al servicio de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas análogo al cuerpo de letrados del Consejo de Estado previsto en el artículo 15 de su Ley Orgánica reguladora. Y en consecuencia, la supresión del cuerpo especial de letrados del Consejo Consultivo de Galicia y la reordenación del personal letrado a su servicio efectuada por las disposiciones recurridas no puede ser considerada contraria a la Constitución por este motivo.» (FJ 5º)

En definitiva, el Tribunal avala —con referencia además a la última reforma de las leyes administrativas— la desintitucionalización. No es fundamental para la garantía del ejercicio de la función consultiva disponer de una institución independiente.

Además de lo anterior, se distingue igualmente entre Letrados del Servicio Jurídico (administración activa) y Letrados del Consejo (administración consultiva). Los Letrados pasan ahora a integrar la escala general de la Xunta de Galicia pero siguen siendo funcionarios inamovibles y ejercen sus funciones bajo la dirección de los consejeros del Consejo Consultivo. Eso les debería garantizar la objetividad e independencia de criterio pese a no constituir un cuerpo funcionarial separado.

En definitiva, el recurso de inconstitucionalidad se desestima. A modo de augurio, no es descabellado pensar en que el siguiente paso, una vez suprimido el cuerpo de letrados diferenciado, será la integración del Consejo Consultivo como un órgano más de la Administración gallega.

5.2. Madrid

La Comunidad autónoma de Madrid ha sido el estandarte de este movimiento de declive de la función consultiva autonómica. Por Ley de la Asamblea de Madrid 7/2015, de 28 de diciembre, se procedió a la supresión del Consejo Consultivo.

La Ley ofrece algunas explicaciones en su Preámbulo: «A pesar de la encomiable y rigurosa labor que ha desempeñado y con el fin de racionalizar la Administración con un menor coste para los ciudadanos, se decide suprimir el Consejo Consultivo de la Comunidad, sin que ello suponga una merma de los derechos de los ciudadanos ni de los principios de imparcialidad e independencia que rigen el funcionamiento de la Administración Pública.

Con el objetivo de aunar las necesidades de racionalización de la Administración con la agilidad y eficacia que supone la conservación de estas funciones en el ámbito de la propia Administración de la Comunidad de Madrid, las funciones que hasta ahora desarrolla el Consejo Consultivo pasarán a desarrollarse por órganos o instituciones integrados dentro de la estructura administrativa de la Comunidad de Madrid.

Así, la función consultiva se ejercerá por los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid mediante la creación de una Comisión Jurídica Asesora, tal y como prevé la Disposición adicional decimoséptima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dotándola de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica, como exige la STC 204/1992, de 26 de noviembre.»²⁹¹

291. Pese a ser casi tres meses posterior, la ley madrileña no incorpora la actualización que supone la referencia al artículo 7 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En definitiva, la justificación de la medida legislativa se encuentra en el principio de estabilidad presupuestaria y austeridad, sostenibilidad y racionalización del sector público lo que obliga a priorizar la prestación de los servicios esenciales y reducir aquellos gastos que no sean absolutamente imprescindibles.

La función consultiva que hasta ahora era ejercida por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid pasa a articularse a través de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid. A tal fin se crea la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en el seno de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, podrán ser sometidos a consulta del Consejo de Estado todos aquellos asuntos a los que el Consejo de Gobierno reconozca especial trascendencia o repercusión.

A diferencia del extinto Consejo, la actual Comisión está íntegramente compuesta por entre 8 y 12 vocales, todos ellos funcionarios de carrera y Letrados de la Comunidad con un mínimo de 10 años de antigüedad y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. El presidente de la Comisión Jurídica Asesora será nombrado por Decreto del Consejo de Gobierno, de entre los vocales y a propuesta de estos.

La Comisión Jurídica Asesora ejercerá su función consultiva respecto de la actividad de la Administración General de la Comunidad de Madrid, sus organismos autónomos y entidades de derecho público dependientes de la misma, las entidades locales y las universidades públicas de la Comunidad de Madrid.

De conformidad con lo dispuesto en la disposición final 2ª de la Ley madrileña 7/2015 se dictó el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

En el año 2017 se han recibido un total de 564 solicitudes de dictamen, de las cuales el 51,06% (288 solicitudes) provenían de Consejerías, el 47,34% (267) de Ayuntamientos y el 1,6% (9) de universidades.²⁹² No consta desglosado el presupuesto de la Comisión por lo que la comparación resulta un poco arriesgada. Como explica la Memoria del primer año de funcionamiento (2016), «la Comisión carece de presupuesto propio y sus instalaciones las comparte con otros órganos de la Comunidad. Por ello la única partida presupuestaria identificable es la relativa al personal que, durante el año 2016, ascendió a un total (trienios excluidos) de 575.589,76 euros. De esta forma el ahorro en cuanto al funcionamiento asciende a un 86,06 % sobre el del Consejo Consultivo.»²⁹³

5.3. Extremadura

De forma coetánea a la experiencia madrileña, Extremadura procedió a la aprobación de la Ley 19/2015, de 23 de diciembre, por la que se deroga la Ley

292. Memoria de la Comisión para el año 2017. Disponible en <http://www.madrid.org/cja/images/adjuntos/memoria2017.pdf>

293. <http://www.madrid.org/cja/images/adjuntos/memoria2016.pdf>

16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura. A diferencia de Madrid, sin embargo, el Estatuto de Autonomía de Extremadura prevé expresamente la existencia de un órgano consultivo dotado de autonomía orgánica, funcional y presupuestaria (arts. 15.2 y 45 de la LO 1/2011, de 28 de enero).²⁹⁴

La ley expresa los mismos fundamentos de ahorro y racionalización del gasto público para proceder a la supresión del Consejo. Además de ello, la Exposición de Motivos «desliza» la voluntad de crear «un órgano verdaderamente profesionalizado», lo que no deja de ser un reconocimiento implícito de las deficiencias del anterior.

La eliminación del Consejo va paralela a la creación de la Comisión Jurídica de Extremadura. Pese a afirmarse su autonomía orgánica y de personal, se trata de un órgano administrativo colegiado (presidente y cinco vocales).

Los vocales serán nombrados mediante Decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta de quien ostente la titularidad de la Consejería con las competencias de Administración Pública, entre funcionarios de carrera con la categoría de Letrados o Técnicos Superiores Especialidad Jurídica, de la Junta de Extremadura, de la Asamblea de Extremadura o de cualquier administración pública, siempre que reúnan las condiciones, experiencia, cualificación y cualquier otro requisito que, en su caso, se determine. Deberán llevar en servicio activo en dicha categoría o especialidad más de diez años y no haber ocupado en los últimos diez, cargo público o de naturaleza eventual. Los funcionarios nombrados serán declarados en situación de Servicios Especiales.

Todos los miembros de la Comisión Jurídica de Extremadura prestarán sus servicios en régimen de dedicación exclusiva y estarán sujetos al régimen de incompatibilidades de los miembros del Consejo de Gobierno. El desempeño de estos puestos no será compatible con cargo alguno de representación popular ni con el desempeño de cualquier cargo político o administrativo, el desempeño de funciones directivas en los partidos políticos, sindicatos o asociaciones con ánimo de lucro, ni con toda clase de empleo al servicio de los mismos.

Los empleados públicos del extinto Consejo Consultivo, así como los trabajadores laborales, se integrarán en la Administración de la Junta de Extremadura en las condiciones establecidas en la normativa que les resulte de aplicación. Se garantizarán los derechos retributivos y de carrera consolidados. Quienes ostenten la condición de funcionarios de la Junta de Extremadura y se encuentren en alguna de las excedencias previstas por la legislación reingresarán en su puesto de trabajo de origen o uno de la misma categoría y retribuciones que se creará al efecto, ello sin perjuicio de la consolidación de los derechos anteriormente reconocidos. El cuerpo de letrados del Consejo Consultivo se integrará como el Cuerpo de Administración Especial del Grupo A1 en la función pública de la Junta de Extremadura. Los funcionarios y puestos de trabajo correspondientes a

294. Según el precepto, son instituciones estatutarias, dotadas de autonomía orgánica, funcional y presupuestaria, el Consejo Consultivo, el Consejo de Cuentas, el Consejo Económico y Social y el Personero del Común.

dicho cuerpo que se integran en la Junta de Extremadura se adscribirán a la Abogacía General de la Junta de Extremadura.

Resulta también de singular importancia el encargo a la nueva Comisión de las competencias en la tramitación y resolución de los recursos especiales en materia de contratación.

El cambio de modelo es especialmente disruptivo para el caso de Extremadura pues se constata que precisamente la reforma del Estatuto de autonomía que acomete la LO 1/2011, dotaba de un mayor perfil institucional al Consejo consultivo. La doctrina ha destacado incluso la atribución al mismo de funciones de control cuasi jurisdiccional en lo relativo tanto a la resolución de conflictos entre instituciones de autogobierno como al examen de compatibilidad con la Constitución española y el mismo Estatuto extremeño de las leyes dictadas por la Asamblea.²⁹⁵

Sea como fuere, el cese de los antiguos Consejeros provocó que uno de ellos recurriera ante la jurisdicción ese acto. En realidad como veremos, no se trata propiamente de cuestionar el acto administrativo (Resolución de la Consejera de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Extremadura de 29 de diciembre de 2015, por la que se comunicó a los miembros del Consejo Consultivo de Extremadura que en virtud de la Ley autonómica extremeña 19/2015, de 23 de diciembre de derogación de la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura, se había producido su cese automático con fecha de efectos de 31 de diciembre de 2015) sino a través del recurso, cuestionar la constitucionalidad misma de la norma. Como indica la Sala del Tribunal Superior de Justicia, «El núcleo del debate es quizás, más simple de lo que se pretende y consiste en determinar si la Ley Autonómica 19/2015 puede derogar a la Ley 16/2001 y si el contenido de la citada Ley derogatoria, supone una extralimitación de competencias constitucionales de manera aparente y clara, al vulnerar de forma flagrante el Estatuto de Autonomía aprobado por Ley Orgánica 1/2011».

Por STSJ de Extremadura de 10 de octubre de 2016²⁹⁶ se desestimó el recurso. La sentencia fue objeto de recurso de casación admitido a trámite por ATS de 3 de febrero de 2017.²⁹⁷

Como hemos visto, la Ley 19/2015 suprimió el citado órgano consultivo autonómico pese a que el Estatuto de Autonomía de Extremadura, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, hacía referencia a

295. ALVAREZ GARCÍA, V. «Las funciones cuasi-jurisdiccionales de los Consejos consultivos autonómicos: el ejemplo extremeño» *Revista Española de la Función Consultiva* nº 17, 2012.

296. STSJ EXT 1013/2016 - ECLI: ES:TSJEXT:2016:1013

297. ATS 719/2017 - ECLI: ES:TS:2017:719A. La cuestión planteada reviste interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia desde dos perspectivas que la parte recurrente suscita, esto es; 1º) porque la resolución judicial aplica normas sobre las que no existe doctrina jurisprudencial en el sentido y perspectiva que aquí interesa; y 2º) porque se ha discutido en el proceso, y así lo recoge la sentencia de instancia, sobre la validez constitucional de una norma con rango de Ley, sin que puede afirmarse con suficiente evidencia, ya en el momento inicial del trámite casacional, que sea manifiestamente improcedente elevar en su momento la pertinente cuestión de constitucionalidad (artículo 88.2.d) LJCA).

dicho organismo como una de las «instituciones estatutarias, dotadas de autonomía orgánica, funcional y presupuestaria» (artículos 15.2 y 78.2), lo regulaba y le atribuía diferentes competencias en diversos preceptos del Estatuto (artículos 44.2, 45 y 65.3).

Así, para la sentencia impugnada en casación y para la Junta de Extremadura, la ley autonómica se limitaba a derogar una ley anterior (la que creó y reguló el citado órgano consultivo), y ha sido dictada en el ejercicio de las competencias constitucionales y estatutarias exclusivas asumidas, ejerciendo así un poder de autoorganización legislativo. Y consideran que no puede dudarse de la constitucionalidad de la norma por vulneración de las previsiones del Estatuto (en las que se menciona y regula dicho órgano consultivo), porque las previsiones estatutarias siguen intactas en lo que respecta a la posibilidad de crear un órgano consultivo y las eventuales funciones que éste pudiera tener, pero su existencia depende de la voluntad del legislador, el cual decidirá si debe crearse o mantenerse dicho órgano por motivos de oportunidad o presupuestarios. Se argumenta que la existencia de dicho órgano, a diferencia de otros (asamblea, presidente o órgano de gobierno), no es obligatoria, pudiendo el legislador optar por suprimirlo y atribuirle sus funciones a otros órganos diferentes. Todo ello lleva al tribunal a entender que no existe vulneración ni de la Constitución ni del Estatuto de Autonomía, y consecuentemente no existe vulneración del derecho a la inamovilidad del cargo invocada por el recurrente.

Por el contrario, el consejero recurrente sostenía que tanto la existencia misma de este órgano consultivo en la Comunidad Autónoma de Extremadura como el bloque competencial propio tiene un reconocimiento estatutario institucional e indisponible para el legislador autonómico ordinario, por lo que la ley autonómica que lo suprimió infringe los preceptos del Estatuto que contemplan y regulan dicho organismo (artículos 15.2, 44.2, 45 y 65.3) y la jurisprudencia constitucional sobre la alteración de las normas contenidas en un Estatuto de Autonomía y la jerarquía en el sistema de fuentes. Y, así mismo, se infringe el artículo 23.2 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional relativas al derecho al cargo y su permanencia en él, al entender que la autonomía funcional del Consejo Consultivo aparece vinculada con el derecho al cargo y a permanecer en el mismo (inamovilidad) por lo que al desaparecer el órgano se infringe este derecho.

En definitiva, la cuestión planteada en casación versa sobre si una ley autonómica, a consecuencia de la cual se ha producido el cese del recurrente en su condición de vocal, puede suprimir el Consejo Consultivo de dicha Comunidad Autónoma, derogando la ley que lo creó y reguló, o si, por el contrario, ello no resulta posible al existir una reserva estatutaria que impide su supresión sin modificar previamente el Estatuto.

La **STS de 24 de julio de 2017**²⁹⁸ resuelve la cuestión por ella misma sin elevar cuestión de constitucionalidad. Según el FJ 4º, «La Ley 19/2015 no suprime la previsión del Consejo Consultivo de Extremadura como órgano estatutario. Lo

298. STS 3001/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3001

que hace la Ley de la Asamblea de Extremadura, en virtud de las facultades que prevé el propio Estatuto de Autonomía de Extremadura, es derogar el desarrollo normativo existente del mismo, por las causas que se expresan en su exposición de motivos, lo cual no es óbice para que en un futuro se pueda de nuevo regular y volver a poner en funcionamiento. La supresión de este órgano no afecta a la autonomía de la Comunidad y corresponde a las potestades propias de autoorganización de la misma en materias de su competencia (artículo 148.1.1 de la Constitución y artículo 9.1 del Estatuto).

En el Estatuto de Autonomía de Extremadura las instituciones de la Comunidad Autónoma, Asamblea, Presidente y Junta de Extremadura, están directa y plenamente configuradas en el texto estatutario, tanto en cuanto a su estatus y composición como en lo relativo a sus atribuciones; mientras que los «Órganos o instituciones de relevancia estatutaria» recogidos en el Estatuto en el Capítulo V como «De otras instituciones estatutarias», del Título II, que regula la «Organización institucional de Extremadura. Poderes de la Comunidad», y precisan de desarrollo legislativo para determinar todas o alguna de las siguientes funciones: composición, competencias, régimen jurídico, organización y funcionamiento. Así se recoge en el artículo 46 del Estatuto para el Consejo de Cuentas, artículo 47 para el Consejo Económico y Social, y artículo 48 para el Personero del Común.

Se trata de un órgano instrumental de la misma al igual que lo es la previsión estatutaria del Consejo de Cuentas, el Consejo Económico y Social, y el Personero del Común. Estos órganos derivan del principio de autonomía organizativa y en su virtud se pueden crear cuantos órganos se estimen oportunos o se juzgue necesario para su propio autogobierno. En este sentido, entre otras, la STC 247/2007, de 12 de diciembre (FJ 12º) cuando establece —y menciona los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas— que «se trata de instituciones no previstas constitucionalmente, aunque algunas de ellas se incluyeran ya en los primeros Estatutos de Autonomía. (...) En todo caso, hemos considerado suficiente la cobertura implícita que ofrece la potestad autoorganizatoria de las Comunidades Autónomas (...) para posibilitar que aquéllas puedan crear dichos órganos u otros similares y, por tanto, incluirlos en los Estatutos, siempre que ello se realice «dentro de los términos» de la Constitución (artículo 147.1 CE), es decir, siempre que su regulación concreta no infrinja las previsiones constitucionales».²⁹⁹

Ahora bien, **una cosa es que se pretenda dar relevancia estatutaria a un órgano y otra cosa distinta es que este o estos órganos se eleven al mismo plano que las instituciones de las Comunidades Autónomas establecidas en la Constitución**. Así las instituciones básicas de la Comunidad Autónoma son las

299. La sentencia constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón contra el art. 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en el concreto tema del controvertido derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad.

contempladas en el artículo 152.1 de la Constitución: la Asamblea, el Consejo de Gobierno y el Presidente.

Por lo tanto, los órganos estatutarios son entes instrumentales creados en virtud del principio de autonomía organizativa que precisan para su puesta en marcha una ley que les desarrolle. En virtud de ello, la Asamblea de Extremadura puede tanto no proceder a su desarrollo (como así ocurre con el Personero del Común y el Consejo de Cuentas) como proceder, asimismo por Ley, a su derogación, como se ha realizado en el caso del Consejo Consultivo, y tal situación no vulnera «el bloque de la constitucionalidad».

Por ello, el no desarrollo o posterior derogación de los entes instrumentales creados por ley (como es el caso del Consejo Consultivo de Extremadura) previstos en los Estatutos de Autonomía no vulnera «el bloque de la constitucionalidad» ya que la Constitución no fija pauta sobre la creación o no de «otras instituciones» de las Comunidades Autónomas ni de su obligatoriedad de puesta en marcha.

Aun previsto en el acervo estatutario, lo relevante es su simple existencia legal y así se puede crear o se puede suprimir o abolir por decisión del legislador autonómico conforme a la propia normativa estatutaria que exige Ley de la Asamblea aprobada por mayoría absoluta.

El Consejo Consultivo de Extremadura no es un órgano o institución básica, sino de relevancia estatutaria que puede, o no, existir. Se trata de una mera previsión sujeta o condicionada a su creación o regulación que corresponde a la Asamblea de Extremadura.»

Esta larga cita de la STS permite obtener algunas conclusiones: la garantía o reserva institucional que la Constitución confiere a determinadas instituciones no abarca a sus homólogas autonómicas. La regulación del Consejo Consultivo no está blindada por su previsión estatutaria. Se trata en el mejor de los casos de órganos con relevancia estatutaria —de similar modo a como se califica al Consejo de Estado de órgano de relevancia constitucional. La doctrina constitucional protege la función consultiva en tanto que garantía del interés general y la legalidad objetiva. En otras palabras, se protege a la función pero no específicamente al órgano o institución, pudiendo el poder legislativo proceder a alterar el régimen legal. La cuestión, mucho más cercana a la jurisdicción constitucional que a la legalidad ordinaria que debería limitar el pronunciamiento TS, se revela como de un enorme calado, no solo para los consejos autonómicos.

El TS contextualiza la naturaleza contingente de los órganos autonómicos con otros ejemplos: «otras Comunidades Autónomas ya han procedido de igual manera a suprimir órganos que han sido considerados en sentido amplio como «institucionales» por la garantía que presuponían, bien por duplicidad de funciones con los del Estado o bien por considerarlos innecesarios han sido suprimidos mediante una ley derogatoria. Así, por ejemplo: Defensor del Pueblo de Murcia (Ley 14/2012, de 27 de diciembre); Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha (Ley 12/2011, de 3 de noviembre); Procurador General del Principado de Asturias (Ley 2/2013, de 21 de junio); Consejo Económico y Social de Madrid (Ley 8/2012, de 28 de diciembre), Cantabria (Ley 2/2012, de 30 de mayo), Castilla-

La Mancha (Ley 13/2011, de 3 de noviembre); Consejo Consultivo de Madrid (Ley 7/2015, de 28 de diciembre), entre otros.»

Cabe recordar que, dada la situación económica por la que pasan todas las Comunidades Autónomas (como en la de Extremadura se refleja en la exposición de motivos de la Ley 19/2015) intentan racionalizar y optimizar recursos públicos, como ha sido recomendado por el informe de 21 de junio de 2013 de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas.³⁰⁰ De aquella finalidad de simplificación de estructuras, principios de austeridad, sostenibilidad y racionalidad, así como reducción de gastos y reordenación del sector público, se hacen eco las distintas leyes citadas.» (FJ 7º)

Por todo ello, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación y fija la siguiente doctrina legal:

- una ley autonómica, como la Ley extremeña 19/2015, de 23 de diciembre, que legitima y da pie a los actos impugnados en el proceso puede, sin atentar al sistema de fuentes y al principio de jerarquía, suprimir el Consejo Consultivo de Extremadura atendiendo a las previsiones contenidas en el Estatuto de Autonomía;
- la supresión de dicho organismo y consecuentemente el cese de uno de sus miembros, pese a la expresa previsión y referencia a la autonomía orgánica y funcional de este organismo en diversos preceptos del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma, no vulnera su derecho al cargo.

BIBLIOGRAFÍA CAPÍTULO VI.

- ALONSO GARCÍA, R. *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*. Civitas, Madrid, 1992.
- ALVAREZ GARCÍA, V. Las funciones cuasi-jurisdiccionales de los Consejos Consultivos autonómicos: el ejemplo extremeño» *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 17, 2012
- BALLBE, M. y MARTÍNEZ, R. *Soberanía Dual y Constitución Integradora*. Ariel, Barcelona, 2003
- BLANCO VALDES, R.L. «La función consultiva autonómica y su institucionalización tras la STC 204/1992: algunas reflexiones a propósito de la ley del consejo consultivo de Galicia» *Revista catalana de derecho público* nº 22, 1998
- BLANQUER CRIADO, D.V. *Consejo de Estado y Autonomías*. Tecnos, Madrid, 1994
- BRAVO-FERRER DELGADO, M. «Consejo de Estado y Estado de Autonomías» *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 60, 1988, págs. 569-596.
- CARRILLO DONAIRE, J.A. «Las competencias consultivas del Consejo de Estado en relación a las Comunidades Autónomas. El fin de una larga controversia

300. Vide ut Supra apartado 4 de este capítulo.

- (Comentario a la STC 204/1992, de 26 de noviembre)» *Revista Andaluza de Administración Pública* nº 15, 1993.
- COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA. «La función consultiva en la España actual» *Revista Española de la Función Consultiva* nº 7, 2007.
- FONT I LLOVET, T. «Función consultiva y Estado autonómico» *Revista de Administración Pública* nº 138, 1995.
- GALERA VICTORIA, A. *Constitución, función consultiva y Estado autonómico*. Madrid, Civitas, 2007.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. «La función consultiva de las Administraciones públicas con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas» *Revista de Administración Pública* nº 133, 1994
- GARRIDO MAYOL, V. «La función consultiva en el sistema constitucional español: Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos» en ALVAREZ CONDE, E. (Coord.) *Administraciones públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*. INAP, Madrid, 1998.
- GARRIDO MAYOL, V. «Veinticinco años de función consultiva» *Revista de Derecho Político* nº 58-59, 2003-2004.
- HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, G. «El Letrado del Consejo de Estado» en DIEZ-PICAZO, L.M. *El oficio de jurista* Madrid, Siglo XXI, 2006.
- LOPEZ BENÍTEZ, M. «Nuevas consideraciones sobre la posición del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas» *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 64, 1989
- LOPEZ MENUDO, F. «El Consejo de Estado como presunto modelo de los órganos consultivos autonómicos» *Documentación Administrativa* nº 244-245, 1996.
- MENDIZÁBAL ALLENDE, R. de «Un apunte sobre el diseño constitucional de la función consultiva» *Actualidad Administrativa*, n. 7-8. Julio-Agosto 2017.
- MUÑOZ MACHADO, S. «La posición constitucional del Consejo de Estado y sus competencias consultivas en relación con las Comunidades Autónomas» *Revista Andaluza de Administración Pública* nº 6, 1991.
- NEVADO-BATALLA MORENO, P. «Función consultiva y garantía del Estado de Derecho (A propósito de un debate desleal)» *Revista Española de la función consultiva* nº 23, 2015. Disponible en <http://laadministraciónaldía.inap.es/noticia.asp?id=1505193>
- OLIVER ARUJO, J. «El Consejo de Estado y los órganos consultivos de las comunidades autónomas.» *Revista de Estudios Políticos* nº 98, 1997
- RODRIGUEZ OLIVER, J.M. «Las competencias consultivas del Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas» *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 33, 1982.
- RUBIO LLORENTE, F. «La función consultiva en el Estado de las autonomías» *Revista Española de la Función Consultiva* nº 2, 2004.
- RUIZ MIGUEL, C. *Consejo de Estado y Consejos consultivos autonómicos*. Dykinson, Madrid, 1995
- TOLIVAR ALAS, L. «Estado autonómico y función consultiva» *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 22, 2014.

- TORNOS MAS, J. «La posición institucional de los Consejos Consultivos» *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 12, 2009.
- TRIGUERO ORTIZ, O. *El Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos*. Dykinson, Madrid 2015.
- TRUJILLO FERNÁNEZ, G. «La función consultiva en las Comunidades Autónomas: sus órganos específicos y sus relaciones con el Consejo de Estado» *Documentación Administrativa* nº 226, 1991.
- VICTORIA BOLIVAR, S. «La función consultiva en las CCAA» *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 4, 1999.

Capítulo VII

LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

Si hasta ahora hemos discurrido acerca de la función consultiva en tanto que función de asesoramiento legal de las Administraciones públicas, queda por abordar una cuestión conexas: la defensa letrada de la Administración pública. La Administración es objeto de pleitos y reclamaciones de los que conoce ordinariamente la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, en los juicios en los que es parte el Estado se hará imprescindible una representación y defensa legal. Esto que hoy nos parece obvio, es relativamente moderno pues no es hasta finales del siglo XIX cuando se articula en estos términos.

Los primeros antecedentes de la cuestión se remontan a los Intendentes y Delegados de Rentas incardinados en el Ministerio de Hacienda, que se encargaban de defender los intereses económicos de la Administración. Por lo general, la posición de defensa de los intereses públicos era asumida por el Ministerio Fiscal.³⁰¹ La primera época exhibe una dualidad entre representación en juicio y defensa letrada de manera que los Fiscales debían recabar el asesoramiento de los Letrados de Hacienda o más tardíamente, de los Letrados del Estado. Además, ya establecida la exclusividad de la representación legal de los Abogados del Estado, éstos siguen ejerciendo labores consultivas en tanto que responsables de los departamentos de asesoría jurídica de los Ministerios. En suma, la Abogacía del Estado no solo defiende a la Administración en juicio sino que desarrolla una importante función consultiva que, como veremos, se duplica a menudo con la de la propia administración consultiva.

301. Cuyo origen no es ajeno tampoco a la cuestión de la percepción de rentas y tributos y de ahí su proximidad etimológica.

1. ORÍGENES. LA DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONTENCIOSO

Puede situarse como antecedente remoto de la cuestión la existencia del Cuerpo de Asesores de la Superintendencia de Hacienda al final del reinado de Carlos III (Real Orden de 13 de mayo de 1786). Sin embargo, como explica GILBERT, «se trataba de designar personas que eran del agrado del Rey a quienes se encomendaban asuntos gubernativos y judiciales en un sistema de justicia retenida. El sistema, en general, no funcionó correctamente: los asesores lo eran por poco tiempo, había una cierta instrumentalización del puesto al servicio de la carrera profesional de los afectados, fracasó la jurisdicción especial, habiendo de nombrarse una comisión para resolver los asuntos pendientes y residenciando las apelaciones en las Audiencias, proliferaron los asesores en las direcciones generales del Ministerio de Hacienda, etc».³⁰²

Mediante Real Decreto de 28 de diciembre de 1849 se crea la Dirección General de lo Contencioso con la finalidad de hacer más eficaz la deficiente actuación administrativa de defensa del Estado ante los Tribunales antes descrita. Como detalla igualmente SARMIENTO, «En la época (segunda mitad del S. XIX) que se analiza, la defensa de los intereses del Estado se llevaba a cabo por parte del Ministerio Público, esto es, el Ministerio Fiscal, como defensor en juicio de los intereses patrimoniales de la Hacienda Pública. Ahora bien, tal defensa de la legalidad se llevaba a cabo con total desconexión del Ministerio correspondiente, era el Ministerio Fiscal quien decidía bajo su responsabilidad la procedencia o no de interponer las correspondientes demandas, o contestar a las demandas, esta actitud daba lugar a una desconfianza total de la Hacienda Pública hacia el Ministerio Fiscal y es lo que Bravo Murillo intentó evitar con la norma de 28 de diciembre de 1849. Así, en la Exposición de Motivos de la misma establece expresamente que «para completar la organización del Ministerio de Hacienda es de necesidad establecer una Dirección de lo Contencioso encargada especialmente de emitir dictamen en los negocios cuya resolución pueda producir acciones ante los tribunales de Justicia o los administrativos y de promover y facilitar la defensa de los intereses de toda especie, tocantes a la Hacienda Pública, y que ante los mismos tribunales se ventilen.»³⁰³

De modo análogo a estas iniciativas, es comúnmente reconocido que se debe a Juan Bravo Murillo la primera norma de carácter general sobre empleados públicos: el RD de 18 de junio de 1852. «Con este decreto se sentaron las normas orgánicas de los cuerpos generales administrativos, excluidos por tanto los cuerpos especiales, hasta 1918. Su articulado fijó las categorías administrativas (salvo los puestos llamados subalternos), las clases dentro de cada una de ellas, sus

302. GILBERT, Miguel Ángel. *La formación histórica del cuerpo de Abogados del Estado*. Global Law Press, Sevilla, 2016, p. 59

303. SARMIENTO LARRAURI, J.I. «Los Abogados del Estado, antecedentes históricos» Foro, Nueva Época, núm. 6/2007: pp. 73-92. Disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/viewFile/FORO0707220073A/13575>, p. 78. Paréntesis añadido.

sueldos y la forma de acceso, que incluía la necesidad de pasar una oposición para entrar en la categoría inicial de oficiales (aunque hasta un tercio de las plazas se pudieran cubrir directamente con aspirantes), los órganos disciplinarios y de personal y los derechos y obligaciones de sus miembros. También reguló la promoción entre categorías y dentro de estas.»³⁰⁴ Así pues, la creación de la Dirección General se enmarca en un proceso de profesionalización funcional más amplio.

«Pero frente a otros modelos europeos de funcionarios, adoptados también por regla general en el segundo tercio del siglo XIX, el español no exigía ninguna titulación académica formal, aunque para presentarse a aspirante sí resultase necesario «tener título académico o diploma que presuponga estudios, y la conveniente preparación, o haber obtenido calificación favorable en examen público» (art. 13. 3). Un segundo rasgo del modelo creado por Bravo Murillo era que los funcionarios ministeriales (a veces llamados de los cuerpos generales, por contraposición a los cuerpos especiales) no eran inamovibles: es más, el artículo 44 del citado decreto señalaba que los funcionarios no podrían pedir explicación escrita de su separación, suspensión o traslado. Con ello se abría la puerta de par en par a la cesantía, la separación de funcionarios por decisión de sus jefes: carecemos de una serie continuada de cesantes pero su número fue importante a lo largo del siglo, reflejo del uso de los empleos administrativos como caja de recompensas, por cuanto que los cesantes hacían hueco a la entrada de «recomendados», clientes políticos o personales de los dirigentes ministeriales. En tercer lugar, la carrera profesional se vinculaba a la antigüedad pero dejando un amplio margen a las decisiones de los jefes, lo que de nuevo, según todos los indicios, favorecía el desarrollo de las lealtades personales y políticas. En cuarto lugar, ni en el reclutamiento ni en la promoción de empleados se atuvieron las sucesivas direcciones ministeriales a las normas de 1852: en el Sexenio se anularon disposiciones de 1864 y 1865 y, tras una encendida denuncia del clientelismo en la Administración por parte de los gobiernos anteriores, se decidió de forma paradójica que el ingreso y el ascenso quedaran al arbitrio de los ministros».³⁰⁵

MARTÍN-RETORTILLO, en la que es la obra de referencia obligada en esta cuestión, efectúa la contextualización general de las reformas de Bravo Murillo. «Se trata de abordar la situación existente, dispar, caótica y carente de unidad, y consecuentemente, ineficaz» Ello se acomete mediante una reordenación de los funcionarios existentes de manera dispersa y mediante la idea de que «el asesoramiento en Derecho de la Administración debe proyectarse a la defensa en juicio de los intereses de aquélla. Es así como, ya desde el comienzo, se engar-

304. PAN-MONTOJO, J. «El Estado según los altos funcionarios de la Hacienda española, 1881-1936.» *Historia y Política*, 36, 2016 75-101. Disponible en <https://recyt.fecyt.es/index.php/Hyp/article/view/35903/32404>

305. PAN-MONTOJO, J. «El Estado según los altos funcionarios de la Hacienda española, 1881-1936.» *Historia y Política*, 36, 2016 75-101. Disponible en <https://recyt.fecyt.es/index.php/Hyp/article/view/35903/32404>

zan las dos funciones consultiva y contenciosa de la Dirección General. La defensa de los intereses del Estado en los dos aspectos señalados requiere de una lógica unidad de criterio que, estableciendo la necesaria coordinación permita plantear a tal fin una acción homogénea y consecuente.»³⁰⁶

Lo que creemos más relevante para nuestro estudio es la inicial función consultiva de los letrados adscritos a la Dirección de lo Contencioso. No se trata de defender directamente a la Administración sino de ser consultados por los Fiscales que habían de comparecer en el pleito. Esta inicial función consultiva será la que después se unirá a la propiamente jurisdiccional. La primera Dirección General, como puede intuirse, poco tiene que ver con un órgano directivo moderno, pues se halla sometida a fuertes carencias económicas —se habla incluso de asedio presupuestario— donde la mayoría de los abogados que prestaban servicio lo hacían sin sueldo. El 15 de febrero de 1850 se aprueba su reglamento.

«La Dirección General de lo Contencioso, así concebida, estaba llamada a ser un núcleo de influencia. Un centro de asesoramiento y dirección, de coordinación y, sobre todo, de control. No disponía de extensiones que le permitieran llegar a los pleitos sino por vía de consulta. Era necesario un instrumento que posibilitara que los «agentes inferiores» concurrieran al objetivo común de la defensa de los intereses de la Hacienda Pública. Su carencia era un inconveniente para la finalidad última buscada con la Dirección. Juan Bravo Murillo fue consciente de ello y, para lograr la efectividad del nuevo centro directivo, en apenas seis meses dictó el Real Decreto de 7 de julio de 1850, en cuya virtud los Abogados Fiscales de las subdelegaciones de rentas defenderían en todo proceso a la Hacienda Pública y serían ellos quienes formularían en su nombre las demandas.»³⁰⁷

La Dirección General sufrirá varias vicisitudes en pocos años, en consonancia con el tumultuoso siglo XIX español. El Real Decreto de 29 de diciembre de 1854, la suprimió y se creó al propio tiempo la Asesoría General del Ministerio de Hacienda, con la misma organización e idénticas facultades en cuanto a la consulta gubernativa y la dirección de lo contencioso. Se establecía la necesidad de prestar mucho mayor cuidado y diligencia que antes a los numerosos pleitos que ponen derechos o intereses del Estado en controversia judicial.

Ello no obstante, y después de algunas reformas que disminuyeron la importancia de la Asesoría General, ésta fue suprimida por Decreto (1869) y restaurada en los Decretos-Leyes de 26 de Julio y 26 de Agosto de 1874, con la plenitud de sus anteriores facultades consultivas y resolutivas. La restauración se debe a la voluntad del Ministro de Hacienda Juan Francisco Camacho.

No será hasta el Real Decreto de 10 de marzo de 1881, cuando en la citada Dirección General y en sustitución de la Asesoría General del Ministerio de Hacienda, se crea ya el Cuerpo de Abogados del Estado con funciones consultivas

306. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. *La defensa en Derecho del Estado. Aproximación a la historia del cuerpo de Abogados del Estado*. Civitas, Madrid, 2013 2ª ed. p.39

307. GILABERT, M.A. *La formación histórica del cuerpo de Abogados del Estado*. Global Law Press, Sevilla, 2016, p. 70

y de defensa en juicio manteniéndose su vinculación inicial al Ministerio de Hacienda, en el que se sitúa la actividad económica del Estado. Pese a su posterior adscripción al Ministerio de Justicia, resulta claro el origen del cuerpo.³⁰⁸

Se produce en todo este tiempo una tensión entre cuerpos generales y cuerpos especiales. Igualmente, dentro de los jurídicos, entre cuerpos de Abogados del Estado, cuerpo Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia, Letrados de la Dirección General de Registros y Notariado y Letrados del Consejo del Estado.³⁰⁹ Sea como fuere, la creación del cuerpo de Abogados del Estado puso de manifiesto la incompatibilidad entre las funciones del Ministerio Fiscal y la defensa de los propios intereses del Estado. Está pacíficamente aceptado que la fórmula de la autorización y la consulta previa de los fiscales a los Abogados del Estado en los juicios no funcionaba adecuadamente.

La cuestión organizativa se entremezcla con la jurisdiccional y con el fuero especial de Hacienda (suprimido en 1868)³¹⁰ y la propia jurisdicción contencioso-administrativa esbozada en la Ley Santamaría de Paredes de 1888. «La exposición de motivos del Real Decreto de 10 de marzo de 1881 se refería a las dificultades del Ministerio Fiscal para garantizar la unidad de doctrina en la defensa de los intereses de la Hacienda pública debido a sus múltiples y diversas ocupaciones. Miguel e Ibargüen apuntaba razones más profundas, dando cuenta de la incompatibilidad de la doble dependencia de los fiscales de la Dirección General de lo Contencioso y del Fiscal del Tribunal Supremo, así como del conflicto que se producía cuando el fiscal apreciaba en un pleito determinado el interés de la ley, a la que presentaba, contrario al interés particular del Estado.»³¹¹

308. Con carácter general, hay que reconocer que los cuerpos funcionariales en España tienen su origen en los Ministerios de Hacienda y de Fomento. «En este (último) centro nacieron los primeros cuerpos especiales, los cuerpos de ingenieros, en los que se combinaron continuidades con tradiciones hispanas, particularmente con las gestadas en algunas armas del Ejército y la Marina en el XVIII, con criterios de reclutamiento, pautas formativas y discursos nuevos hasta dar lugar a un modelo distinto de funcionario. Los cuerpos de ingenieros civiles reproducían el formato y el espíritu de corporaciones estamentales aunque con criterios de selección meritocráticos, una formación tecno-científica y un discurso de servicio a la nueva noción abstracta de Estado. Se trataba de funcionarios inamovibles cuya promoción dependía de la antigüedad y del mérito probado ante sus pares. Tenían además un elevado nivel de autogobierno y una posición potencialmente privilegiada en términos de sueldo, por cuanto que el reparto entre categorías de sus integrantes era objeto de una regulación específica. Finalmente, los ingenieros ascendían incluso cuando se hallaban fuera del servicio activo y disfrutaban de posibilidades de excedencia ilimitadas, con lo que podían transitar del espacio público al privado, del empleo funcional al ejercicio liberal o asalariado de la profesión, hasta el punto de difuminar los límites entre ambas esferas.» PAN-MONTOJO, J. «El Estado según los altos funcionarios de la Hacienda española. 1881-1936.» *Historia y Política*, 36, 2016 75-101. Disponible en <https://recyt.fecyt.es/index.php/Hyp/article/view/35903/32404>. Paréntesis añadido.

309. Cfr. epígrafe 4 del capítulo V. Ut supra.

310. Decreto del gobierno provisional de 6 de diciembre de 1868. DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R. *La guerra de los jueces. Tribunal Supremo vs Tribunal Constitucional*. Dykinson, Madrid, 2012, p. 182. Para una caracterización del período anterior: LORENZO JIMÉNEZ, J.V. «La Jurisdicción de Hacienda a finales del Antiguo Régimen» *ADHE*, tomo LXXXII, 2012.

311. MIGUEL E IBARGÜEN, L.M. «La jurisdicción de Hacienda y la representación del Estado en juicio» *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* vol. 30 n° 60, 1882. Citado por GILABERT, M.A. *La formación histórica del cuerpo de Abogados del Estado*. Global Law Press, Sevilla, 2016, p. 152

En definitiva, el nacimiento de la justicia administrativa supuso obligatoriamente un modelo distinto de defensa letrada. Por Real Decreto de 16 de marzo de 1886, se atribuye la representación y defensa del Estado ante los tribunales a los Abogados del Estado, en exclusiva.³¹²

Incluso yendo más allá de lo anterior, la doctrina mejor autorizada vincula la cuestión con una reforma y modernización general de la Administración, para superar el estado rudimentario de la cosa pública en la España de la época. A causa del mal funcionamiento administrativo y la falta de diligencia de quienes ostentaban su representación y defensa «tienen su arranque y explicación, ni más ni menos, que el planteamiento inicial de la jurisdicción contencioso-administrativa, el estatus privilegiado de la Administración, el principio de ejecutividad de los actos administrativos, el *solve et repete*, la vía gubernativa previa a las acciones civiles, la especialidad del fuero del Estado, la vía administrativa previa a la contenciosa y todo un largo etcétera, comprensivo de no pocas instituciones fundamentales de nuestro sistema administrativo que aparecen esbozadas y más o menos definidas al regular las funciones y cometidos de la Dirección General de lo Contencioso y del Cuerpo de Oficiales Letrados de la Hacienda pública. Esa es la mejor defensa del Estado, la fundamentación básica de todas estas instituciones.»³¹³

Los Abogados del Estado «recuperan» su origen tributario con el Real Decreto de 10 de marzo de 1900, por el que el ministro Raimundo Fernández Villaverde encarga a la Dirección General de lo Contencioso la liquidación y cobro del impuesto de derechos reales y transmisiones. Al final de la Restauración es destacable también como se generaliza la presencia de los Abogados del Estado «incrustados» en la estructura ministerial. Así, es común que exista un Abogado como jefe de la asesoría jurídica de cada departamento con funciones consultivas y de asesoramiento.

Por Real Decreto-Ley de 21 enero 1925 se aprobó el Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso y del Cuerpo de Abogados del Estado y el 18 de junio del mismo año se aprueba su Reglamento orgánico.³¹⁴ Ambas son normas dictadas durante la Dictadura del General Primo de Rivera, siendo el impulsor de las mismas, un político joven proveniente de las filas del maurismo, que fue Direc-

312. Pese a ello, puede argumentarse que las inercias organizativas son muy poderosas. Como curiosidad destaca que más de un siglo después, por Circular de la Abogacía del Estado 4/1991, se ordenó que los miembros del cuerpo «se abstengan de delegar por escrito la representación y defensa procesal del Estado tanto en los Registradores de la Propiedad como en los funcionarios del Ministerio Fiscal en los juicios de que deban conocer los juzgados o Tribunales establecidos en poblaciones que no fuesen capitales de provincia». La recoge IRURZUN MONTORO, F. «Capítulo IX. La Abogacía del Estado del Siglo XX al XXI (1984-2013)» en MARTÍN-RETORTILLO, S. *La defensa en Derecho del Estado. Aproximación a la historia del cuerpo de Abogados del Estado*. Civitas, 2013, 2ª edición actualizada, p. 330.

313. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. *La defensa en Derecho del Estado. Aproximación a la historia del cuerpo de Abogados del Estado*. Civitas, Madrid, 2013 2ª ed. pp. 71-72. Con cita de SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Madrid, 1973. Reeditado por IUSTEL, Madrid, 2006.

314. Gaceta de Madrid nº 170, de 21 de junio de 1925.

tor de Administración Local y Ministro de Hacienda con la Dictadura, José Calvo Sotelo, quien era, a su vez, Abogado del Estado.

«La norma de 1925 constituye fundamentalmente una refundición de normas existentes, procedentes en su mayor parte de Real Decreto Ley de 12 de enero de 1915. La estructura es en cuatro capítulos. El primero, dedicado a la organización de la Dirección de lo Contencioso, y del Cuerpo de Abogados del Estado, y los tres restantes, al enjuiciamiento del Estado y las funciones que a aquellos corresponden en el orden judicial, en el administrativo y en el contencioso-administrativo. En el primer artículo se definen las funciones de la Dirección General de lo Contencioso, como centro superior consultivo y directivo de todos los asuntos contenciosos de naturaleza civil, criminal y administrativa que tenga interés la Administración pública, y tiene a su cargo todo lo concerniente a los impuestos de derechos reales y transmisión de bienes y sobre los bienes de las personas jurídicas. También ejerce la labor de inspección y dirección de todos los asuntos y servicios encomendados a los Abogados del Estado y la obligación de asesorar en Derecho a la Administración central y en especial al Ministro de Hacienda.

Al Cuerpo de Abogados del Estado se le define en el art. 2 como una carrera especial facultativa, de escala cerrada, en la que sólo se puede ingresar por oposición y una vez que hayan tomado posesión están habilitados para ejercer todas las funciones y servicios propios de su cargo, y cabe citar que se suprime la clasificación de los Abogados del Estado en las categorías administrativas de los Cuerpos Generales de la Administración del Estado (Estatuto Maura, Ley de Bases de 22 de julio de 1918, acerca de la condición de los funcionarios de la Administración civil del Estado, que en su base primera dispone que los funcionarios son técnicos o auxiliares, los primeros con tres categorías). De nuevo la separación de la normativa general.

La separación del servicio corresponde al Ministro de Hacienda, previo expediente y con audiencia del interesado, el resto de las sanciones eran impuestas por el Director General de lo Contencioso. El art. 3 del texto normativo establecía de una forma clara y meridiana que los Abogados del Estado estaban sometidos a la Dirección de lo Contencioso independientemente del destino que tuviesen, esto es, no estaban sometidos a la dirección de su destino, sino que siempre estaban bajo la autoridad del Director de lo Contencioso.

Por último, cabe citar el art. 4, en el que se establecía que en todas las plazas de la Administración, excepto las pertenecientes a Cuerpos Especiales organizados por ley, para las que se requiriese la condición de Letrado, con miembros del Cuerpo de Abogados del Estado, era reservable una serie de funciones en el ámbito de la Administración pública, en la línea de los grandes cuerpos del Estado, quedando los miembros de este Cuerpo a cargo de la Dirección de lo Contencioso como dispone el art. 5, ya que corresponde a la primera dar las instrucciones a los segundos.»³¹⁵

315. SARMIENTO LARRAURI, J.I. «Los Abogados del Estado, antecedentes históricos» Foro, Nueva Época, núm. 6/2007: pp. 73-92. Disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/viewFile/FORO0707220073A/13575>, pp. 89-90.

El reglamento de 1925 pervivió hasta 1943 (Decreto de 27 de julio de 1943) y éste, a su vez, hasta la aprobación del vigente Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el actual Reglamento del Servicio Jurídico del Estado. Lo que puede apreciarse desde 1925 hasta la norma vigente es una expansión constante de la presencia de los Abogados del Estado en Ministerios, Organismos Autónomos, órganos constitucionales y jurisdicciones extranjeras. No se trata de una redefinición de su naturaleza sino de una adaptación a los cambios legales y organizativos de cada momento. Ello ha llevado a afirmar que «Estado de Derecho y Abogado del Estado son dos conceptos inseparables. Enunciado de un auténtico corolario que, en el terreno de las conclusiones prácticas, permite constatar, consecuentemente, cómo a medida que se profundiza en las exigencias sustantivas que el Estado de Derecho comporta, hay un aumento inequívoco y permanente de las funciones encomendadas a los Abogados del Estado.»³¹⁶

2. LA ABOGACÍA DEL ESTADO MODERNA

Pese a lo que acabamos de afirmar —aumento sostenido y constante de las tareas de asesoramiento y defensa— las dimensiones de la Abogacía del Estado habían permanecido relativamente estables desde su creación a finales del siglo XIX. La Exposición de Motivos de la Ley 44/1972, de 22 de diciembre, sobre aumento de las plantillas del Cuerpo de Abogados del Estado, describe la cuestión: «Al crearse el Cuerpo de Abogados del Estado por el Real Decreto de diez de marzo de mil ochocientos ochenta y uno, se le asignó una plantilla de ciento veintinueve plazas, que en los cincuenta años transcurridos entre dicha fecha y la de treinta y uno de diciembre de mil novecientos treinta y cinco aumentó hasta doscientos veintiún puestos. Por el contrario, en los casi cuarenta años que van desde mil novecientos treinta y cinco hasta la actualidad, los efectivos del Cuerpo apenas se han alterado fijándose en la última modificación realizada por la Ley 58/1962 de 24 de diciembre, en un total de doscientas sesenta y dos plazas.

Los cambios acaecidos en la Administración Central del Estado desde mil novecientos treinta y seis, con un crecimiento en términos y direcciones imprevistos e imprevisible en aquellas fechas, ya lejanas; su natural repercusión en la Administración Territorial; la existencia de una Administración estatal autónoma prácticamente desconocida antes y hoy en constante progresión; el desarrollo, en fin, del Estado moderno en todas sus actividades, requieren, para contribuir a que éstas se mantengan dentro de los cauces jurídicos propios de un Estado de Derecho, contar en todo momento con el debido y oportuno asesoramiento, y aun así, la complejidad de las materias a que aquéllas se extienden, han hecho y hacen inevitable el aumento de los litigios en los que la Administración ha de ser parte.»

316. MARTÍN- RETORTILLO, S. *La defensa en Derecho del Estado. Aproximación a la historia del cuerpo de Abogados del Estado*. Civitas, 2013, 2ª edición actualizada, p. 315.

Por todo ello, se pone de manifiesto que la referida ley de 1972 intenta paliar las necesidades de plantilla del Cuerpo de Abogados, teniendo en cuenta todas las funciones que éste tiene encomendadas y el incremento cuantitativo que han experimentado, sumando a los 262 Abogados existentes un total de 50 plazas más hasta el año 1976. De todos modos, un Estado moderno parece indiscutiblemente poco atendido con una plantilla de 312 efectivos. En 1985 se publicó la mayor convocatoria de plazas al cuerpo de Abogados del Estado: otras 80 plazas.

La inicial vinculación al Ministerio de Hacienda de la Abogacía del Estado finaliza con el Real Decreto 850/1985 de 5 de junio, de organización de los Servicios Jurídicos del Estado.³¹⁷ En el Real Decreto se crea la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, dependiente del Ministerio de Justicia, que asume las competencias de la Dirección General de lo Contencioso, excepto los asuntos de naturaleza financiera y tributaria que quedan encomendados a los Servicios Jurídicos del Ministerio de Hacienda.³¹⁸

Antes de ello, y en virtud de la Disposición Adicional 9ª.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública, se crea el Cuerpo Superior de Letrados del Estado, en el que se integraron los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos de Abogados del Estado, Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia, Letrados de la Dirección General de Registros y Notariado y Letrados del Consejo del Estado.

El gobierno socialista introdujo con la reforma un intento de unificación de cuerpos Letrados. También la eliminación de la provisión de plazas simplemente para cubrir vacantes y se estableció la necesidad de una «relación de puestos de trabajo» vinculadas a las necesidades de cada uno de los servicios. También la jubilación forzosa de los funcionarios a los 65 años.

Esta disposición fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, donde se argumentaba, entre otras cuestiones que las disposiciones fueron introducidas en la fase de enmienda en el Senado cuando en realidad se trataba de cuestiones completamente nuevas. La Sentencia del Tribunal Constitucional **STC 99/1987**,

317. Nótese como la vinculación de la Abogacía con el Ministerio de Hacienda no era solo a los efectos de dependencia orgánica sino que se ejercía por parte de los Abogados una función netamente administrativa. Así, la Disposición Transitoria. 3ª del RD 850/1985, establece que: «Las competencias de la Dirección General de lo Contencioso del Estado en materia de gestión e inspección del impuesto sobre las sucesiones se ejercerán, en lo sucesivo, por las Direcciones Generales de tributos y de inspección financiera y tributaria, respectivamente. En tanto no se transfieran los correspondientes servicios a las Comunidades Autónomas, la gestión, liquidación e inspección de dicho impuesto se realizan por funcionarios dependientes de los citados centros. No obstante, hasta 31 de diciembre de 1985, los Letrados del Estado podrán seguir desempeñando las funciones de gestión del impuesto sobre las sucesiones según el actual.»

318. Los servicios jurídicos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria constituyen, como en general la agencia en su conjunto, un caso singular de organización administrativa que escapa ahora de nuestro objeto de estudio. Cfr. las reflexiones al respecto de IRURZUN MONTORO, F. «Capítulo IX. La Abogacía del Estado del Siglo XX al XXI (1984-2013)» en MARTÍN- RETORTILLO, S. La defensa en Derecho del Estado. Aproximación a la historia del cuerpo de Abogados del Estado. Civitas, 2013, 2ª edición actualizada, p. 355 y ss.

de 11 de junio, declaró inconstitucional esta unificación de Cuerpos, entre otras cosas por cuanto el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado lógicamente sólo podía ser suprimido o reunificado por Ley orgánica. Según el FJ 5º de la STC, «Se argumenta que una Ley ordinaria como la impugnada no puede modificar aspectos sustanciales de una Ley Orgánica, tal la citada del Consejo de Estado y en concreto de sus arts. 7.4, 10.1, 14 y 15. Estos preceptos se refieren al ingreso en el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado mediante oposición, al ascenso de Letrado Mayor entre Letrados por orden riguroso de antigüedad, a la provisión de Secretario General del Consejo entre Letrados Mayores y al acceso de Letrados Mayores al puesto de Consejeros Permanentes del Consejo. Se dice, en suma, que no puede extinguirse por Ley ordinaria un Cuerpo a través del cual ejerce su función consultiva el Consejo de Estado, regulado por Ley Orgánica (art. 107 C.E.), la cual determina su composición y competencia, indicándose así que los Letrados del Consejo de Estado componen en ciertos casos y modos el Cuerpo consultivo, como Secretario General y por su posibilidad de acceso a Consejeros Permanentes. En efecto. Desde la perspectiva de la inconstitucionalidad formal que se denuncia (falta de rango de Ley Orgánica) y a la vista de la literalidad del texto legal, es decir, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 22 de abril de 1980, es obligado aceptar la impugnación de la Ley aquí cuestionada en su Disposición adicional novena, 1.4, y declarar que ésta incide indebidamente en la primera. Ello es así porque la regulación que la Ley Orgánica hace del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado supone su incardinación en la composición (art. 107 C.E.) de este Órgano consultivo, inclusión que no puede calificarse de irrelevante, como se desprende de la lectura de los arts. 3, 4, 5, 7.4, 10.1, 14 y 15 de dicha Ley Orgánica 3/1980. De estos preceptos resulta la integración de Letrados en diversas instancias del Consejo constituidas por el Pleno, Comisión Permanente y Secciones. Siendo ello así, es obvio que sólo por Ley Orgánica puede disponerse su modificación estatutaria y su integración en otros Cuerpos, por lo que hecho ahora así por la disposición adicional de la Ley ordinaria que se impugna, debe ésta declararse inconstitucional por insuficiencia de rango y en lo que se refiere exclusivamente a la integración de dicho Cuerpo en los que la disposición enumera.»

Anulada esa Disposición por la resolución del máximo intérprete constitucional³¹⁹, por Ley 23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Ley 30/1984, de

319. Pese a ello, durante la pendencia del recurso de inconstitucionalidad se llegaron a realizar hasta dos convocatorias para el cuerpo único. Los aspirantes que las aprobaron quedaron integrados en el cuerpo de Abogados del Estado. El Consejo de Estado no dictaminó acerca de la Disposición adicional 9ª controvertida puesto que la misma se introdujo como enmienda en la tramitación parlamentaria. Lo explica Irurzun Montoro: «Hay que tener en cuenta que, al haberse realizado la creación del nuevo cuerpo a través de una enmienda parlamentaria, el Alto Órgano Consultivo no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre ella, al menos formalmente, con carácter previo. Éste elevó al Gobierno, ya aprobada la Ley, la moción 82/1984 (...) haciendo una propuesta que no suponía la inaplicación de la Ley, aunque sí limitaba sus efectos. Es decir, creación de un Cuerpo único, pero con dos Escalas, aprovechando las posibilidades abiertas con la ley, al distinguir entre Cuerpos y Escalas, y encomienda de determinadas funciones, las vinculadas al Consejo de Estado, sólo a la Escala de Letra-

2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública, se da nueva redacción a la citada Disposición Adicional en el sentido de que el Cuerpo Superior de Letrados del Estado pasa a denominarse Cuerpo de Abogados del Estado y se integran en él los funcionarios pertenecientes a los extinguidos: Cuerpo de Abogados del Estado, Cuerpo Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia y Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La actualización de 1984 del modelo de asistencia y presentación del Estado en juicio era necesaria. «La gestión tributaria —esto es la función de liquidación del impuesto de derechos reales— era, en realidad, un lastre para la evolución natural del Cuerpo de Abogados del Estado. No solo la modernización del sistema tributario superaba el sistema de liquidación de ese impuesto sino que distraía los medios necesarios para hacer frente a la imponente realidad a la que se iba a enfrentar la Administración en los siguientes tiempos: la litigiosidad masiva y el incremento notable de complejidad del ordenamiento jurídico»

Mención aparte merecen los cuerpos de Letrados de la Seguridad Social, cuyo origen puede situarse en la promulgación de la Ley de 27 de febrero de 1908, creadora del Instituto Nacional de Previsión, para que vea la luz la primera organización administrativa de seguridad social en España. Tras múltiples cambios organizativos, el todavía preconstitucional Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, simplificó la compleja organización que regía en este ámbito de la Administración, haciendo desaparecer gran parte de los organismos anteriores (Instituto Nacional de Previsión, Mutualismo Laboral, Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo, etc.) y sustituyéndolos por las actuales Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social. A raíz de esta reforma, se produjo la integración de los Letrados que entonces estaban al servicio de los distintos organismos que se extinguían, y pertenecían a Cuerpos diferentes, en un único cuerpo al servicio de todas las Entidades Gestoras y Servicios Comunes. Este proceso culminó formalmente con la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que ordenó expresamente la integración en su disposición adicional decimosexta, apartado 6.

También goza de un régimen especial la asistencia jurídica —consultiva y contenciosa— del Ministerio de Defensa a través del Cuerpo Jurídico Militar, tema que pese a su innegable interés escapa de nuestro estudio.³²⁰

dos al Servicio del Consejo de Estado (...) La propuesta no fue, sin embargo, aceptada.» recoge IRURZUN MONTORO, F. «Capítulo IX. La Abogacía del Estado del Siglo XX al XXI (1984-2013)» en MARTIN-RETORTILLO, S. *La defensa en Derecho del Estado. Aproximación a la historia del cuerpo de Abogados del Estado*. Civitas, 2013, 2ª edición actualizada, p. 319.

320. Sobre la distinción entre militares de espada y militares de pluma y la evolución del cuerpo jurídico militar de meros asesores al mando a verdaderos jueces de la jurisdicción militar (y su desfiguración en 1987 por la LO 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar) resulta imprescindible consultar PARADA, J.R. «Toque de silencio por la justicia militar». *Revista de Administración Pública* n° 127, 1992.

3. LA LEY 52/1997, DE LEY DE ASISTENCIA JURÍDICA AL ESTADO E INSTITUCIONES PÚBLICAS

La regulación vigente se halla en primer lugar en el artículo 551 Ley Orgánica del Poder Judicial, redactado por Ley Orgánica 19/2003; en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, que regula la Dirección del Servicio Jurídico del Estado-Abogacía General del Estado hoy ya definitivamente incardinada en el Ministerio de Justicia— y en el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.³²¹

El literal del art. 551 LOPJ prevé que:

1. La representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y disposiciones de desarrollo.

La representación y defensa de las entidades gestoras, servicios comunes y otros organismos o entidades de naturaleza pública, que conforme a la ley integran la Administración de la Seguridad Social, sin incluir, en consecuencia, la de las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, corresponderá a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, integrados en el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, sin perjuicio de que, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, tales funciones puedan ser encomendadas a Abogado colegiado especialmente designado al efecto.

2. La representación y defensa de las Cortes Generales, del Congreso de los Diputados, del Senado, de la Junta Electoral Central y de los órganos e instituciones vinculados o dependientes de aquéllas corresponderá a los Letrados de las Cortes Generales integrados en las secretarías generales respectivas.

3. La representación y defensa de las comunidades autónomas y las de los entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones públicas³²², salvo que designen abogado colegiado que

321. Reformado por Real Decreto 3/2007, Real Decreto 247/2010, de 5 marzo y por el Real Decreto 1003/2012, de 29 de junio. El Real Decreto 997/2003 ha sido desarrollado por Orden JUS/1492/2007 del Ministerio de Justicia de 21 de mayo de 2007. Por su parte, también la Ley 52/1997 ha sufrido algunas modificaciones puntuales, y en concreto por el art. 50 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, que modifica los artículos uno y trece, y la Ley 62/2003, que modifica el artículo nueve.

322. Sin ánimo de exhaustividad, constituyen ejemplos de ello: la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1996, de 5 de julio, de Organización de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Generalidad de Cataluña; Ley de la Comunidad de Madrid 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid; Ley de las Cortes Valencianas 10/2005, de 9 de diciembre, de asistencia jurídica a la Generalitat; Ley 5/2013, de 17 de octubre de ordenación del servicio jurídico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; Ley 7/2016,

les represente y defienda. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a las comunidades autónomas y a los entes locales en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y su normativa de desarrollo.

Por su parte, resulta también ilustrativa la Exposición de Motivos de la Ley 52/1997:

«La proclamación constitucional en los artículos 103 y 106 de los principios de sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho y de universalidad del control jurisdiccional de la actividad administrativa, junto con un creciente grado de conciencia ciudadana acerca de los medios previstos por el ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos y libertades, han venido a dar lugar en los últimos años a un importantísimo crecimiento del siempre ingente volumen de procesos judiciales en que son parte las diversas Administraciones públicas, configurándose, en lo que al Estado se refiere, un panorama litigioso de volumen e intensidad desconocidos en épocas anteriores.

Paralela y, a la vez, simétricamente a ello, las exigencias de una Administración pública, a la par que respetuosa con el Derecho, eficaz en todos los ámbitos de su actuación, imponen la necesidad de dotar a aquélla de medios adecuados y suficientes a la hora de hacer valer sus derechos e intereses ante los Tribunales de Justicia. Dicho de otro modo: la configuración de los instrumentos normativos, institucionales y personales susceptibles de garantizar que la sujeción de la actuación estatal al Derecho se vea correspondida con una eficaz tutela de sus intereses cuando tal actuación es cuestionada ante los Tribunales, se convierte en requisito ineludible para el correcto funcionamiento de toda Administración pública que pretenda responder a los requerimientos jurídicos y sociales de nuestra época.

Uno de los mecanismos con que, desde las postrimerías del siglo XIX, ha tratado de subvenirse a la particular situación del Estado cuando es parte de un proceso, está constituido por la regulación de las llamadas especialidades o prerrogativas procesales del Estado. La relevancia constitucional y la importancia de los fines e intereses a que sirve la Administración pública, la complejidad organizativa y estructural que, en función de aquellos fines, asume el Estado en nuestros días, así como las estrictas pautas de actuación que el ordenamiento impone a las Administraciones públicas en garantía de la correcta satisfacción de los intereses generales, determinan un peculiar «status» funcional y organizativo del Estado de cuya sustancia no participan las personas y organizaciones de índole privada. Así las cosas, si de ello resulta la existencia de un fundamento objetivo que razonablemente justifica la consagración de determinadas especialidades enervadoras del Derecho rituario común cuando el Estado es parte en un proceso ante los ór-

de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco; Decreto del Gobierno de Aragón 169/2018, de 9 de octubre por el que se organiza la asistencia, defensa y representación jurídica a la Comunidad Autónoma de Aragón.

ganos jurisdiccionales, no pueden dejar de tenerse presentes en ningún momento las exigencias derivadas de los principios constitucionales de igualdad y tutela judicial efectiva (artículos 14 y 24 de la Constitución), de tal suerte que las mencionadas especialidades procesales del Estado en ningún caso resulten atentadoras a los mencionados principios, ni supongan cargas desproporcionadas o irrazonables para la contraparte del Estado en el proceso.»

Así pues, la *ratio legis* de la norma es doble: de una parte garantizar que el Estado dispone de los medios humanos adecuados para su defensa en juicio y de otra, de los medios procesales de acuerdo con su especial condición de defensor del interés general. Junto con lo anterior, la Ley 52/1997 trata de armonizar en un solo texto un conjunto normativo confuso, asistemático y carente en muchos casos de rango preciso y, en demasiadas ocasiones, de contenido obsoleto o inconexo. La ley presenta una estructura en tres capítulos: capítulo I (artículos 1 a 4), donde se aborda el régimen de la asistencia jurídica, entendida como asesoramiento, representación y defensa al Estado (aspecto organizativo o estático); Capítulos II y III, sobre la posición procesal, ante los diversos órdenes jurisdiccionales, del Estado y Organismos públicos del él dependientes, así como de los Órganos Constitucionales, reduciendo al mínimo las reglas especiales extravagantes al Derecho procesal común (aspecto procesal o dinámico). Para nuestro propósito, centraremos el estudio en el primero de los aspectos.

Lógicamente son muchos los aspectos que la Ley remite a un ulterior desarrollo reglamentario imprescindible para desplegar toda su eficacia. Por ello, se efectuará un análisis conjunto de la Ley (1997) y de su Reglamento (2003).

YÁÑEZ DÍAZ describe el debate parlamentario que dio lugar a la aprobación de la Ley.³²³ Para algunos (IU) se trata de una mera «circular recordatoria de la legislación vigente». En parecidos términos el grupo parlamentario socialista calificó el texto de «refrito reglamentario». Según este autor, «Se observa así que el *leit motiv* de las enmiendas era considerar la ley como superflua y dictada a raíz del corporativismo del Cuerpo de Abogados del Estado. Junto a esa crítica de fondo se mezclaban, con desigual fortuna, críticas de técnica legislativa, a la existencia de un Servicio Jurídico propio de la Agencia Tributaria, a la defensa de funcionarios mezclada inoportunamente con la acción de regreso contra los funcionarios por daños cometidos en el ejercicio de sus funciones (artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), etc. (...) De esta manera, el debate de una Ley *a priori* aséptica desde el punto de vista político adquirió un marcado enconamiento incluso con alusiones personales, refriegas parlamentarias que para nada benefician el acierto en la elaboración de la norma.(...) En suma, la Ley 52/1997 si bien nació con el rechazo frontal de la oposición parlamentaria

323. YÁÑEZ DÍAZ, C. «Los Servicios Jurídicos en las Cortes y en la Asamblea de Madrid. Análisis de la tramitación parlamentaria de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas y de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º. 22, 2010. Disponible <https://www.asambleamadrid.es/RevistasAsamblea/ASAMBLEA%2022%20COMPLETA.pdf>

en su tramitación las posturas fueron acercándose de tal forma que acabo con un nivel de consenso aceptable.»

3.1. Ámbito subjetivo

Se asume por el Servicio Jurídico del Estado la asistencia jurídica, del Estado (art. 1.1) Hay pues una cierta pretensión de unidad o universalidad en las funciones del nuevo organismo y al hecho que la representación y defensa en juicio de la Administración General del Estado se confiera al Cuerpo de Abogados del Estado. Sin embargo, se reconoce inmediatamente en el mismo texto que se mantienen las competencias que corresponden al Cuerpo Jurídico Militar en el ámbito del Ministerio de Defensa; a la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores en materia de derecho internacional; así como la asistencia jurídica de la Administración de la Seguridad Social, encomendada a su Cuerpo de Letrados (art. 1.2.)

Cuando se trata del Ministerio de Defensa y organismos autónomos a él pertenecientes, entonces la función de asesoramiento corresponde al Cuerpo Jurídico Militar (art. 1.1 párrafo segundo). En relación con la jurisdicción militar, el artículo 10 de la Ley 52/1997 se remite a la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, ésta, en su artículo 464, establece que sin perjuicio de lo señalado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, se puede conferir la función de representación y defensa a un miembro del cuerpo jurídico militar destinado en las asesorías jurídicas de los mandos militares superiores; ello se hace a propuesta del Ministerio de Defensa, pero la decisión corresponde a la dirección del servicio jurídico del Estado.

En relación con la Seguridad Social (tanto las entidades gestoras como los servicios comunes de la Seguridad Social) es su propio Cuerpo de Letrados el que asume su representación y defensa en juicio. La coordinación y dirección de la asistencia jurídica de la Seguridad Social corresponde a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social. En cambio, cuando quien actúa no son las entidades gestoras ni servicios comunes de la Seguridad Social sino la Inspección de Trabajo, la defensa en juicio de los actos de ésta corresponde a los Abogados del Estado (salvo lógicamente en aquellas cuestiones en las que la Inspección de Trabajo depende de la respectiva Comunidad Autónoma).³²⁴

Respecto a los órganos constitucionales, se encomienda al Servicio Jurídico del Estado sólo la tarea de representación y defensa en juicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como regla general con la excepción de que las normas internas de los propios órganos constitucionales establezcan un régimen especial propio; régimen especial

324. Disposición adicional tercera de la Ley 52/1997 así como RD 947/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, que confieren a los Letrados de la Seguridad Social la función de representación y defensa en juicio y además la función de asesoramiento jurídico.

que encontraría su justificación en la autonomía institucional que la Constitución española pueda consagrar para estos órganos. Según el artículo 8 de la ley, «La actuación del Abogado del Estado ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas se regirá por lo dispuesto en las respectivas Leyes Orgánicas y demás disposiciones reguladoras de los mismos.»

También, las Cortes Generales, como es sabido, tienen su propio Cuerpo de Letrados; esto es una consecuencia de la autonomía parlamentaria recogida en el artículo 72 de la Constitución, y tales Letrados de las Cortes Generales se regulan en el Estatuto de Personal de las Cortes Generales.³²⁵

3.2. **Ámbito territorial**

En principio, la Abogacía del Estado está habilitada solo para representar a la Administración General del Estado, que, como es sabido, no es la única Administración pública del Estado conforme al art. 137 CE. Para que el Servicio Jurídico del Estado pueda prestar asistencia jurídica a las Comunidades Autónomas, el régimen previsto se difiere a un posible convenio (art. 1.3). Es cierto que con anterioridad a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los Abogados del Estado no sólo defendían al Estado y entidades dependientes de éste, sino que además asumían la defensa en juicio de las Corporaciones locales. Sin embargo, esta previsión desaparecería con la Ley Orgánica del Poder Judicial; ello tiene su lógica desde la perspectiva de la autonomía local y la eliminación de la tutela del Estado sobre las Corporaciones Locales. Y así, en la actualidad, el artículo 551.3 de la Ley Orgánica 6/1985 simplemente contempla que este Cuerpo de Funcionarios puede defender y representar asimismo a las comunidades autónomas y a los entes locales, en los términos previstos en la Ley 52/1997 y en la normativa de desarrollo de ésta.

325. Se prevé también la posibilidad de que se asuma por el Servicio Jurídico del Estado la representación y defensa de autoridades y empleados públicos, cualquiera que sea su posición procesal y en la forma más amplia posible, dejando al desarrollo reglamentario la concreción de los supuestos en los cuales pueda asumirse esta defensa. Según el art 2. Representación y defensa de autoridades y empleados públicos; «En los términos establecidos reglamentariamente, los Abogados del Estado podrán asumir la representación y defensa en juicio de las autoridades, funcionarios y empleados del Estado, sus Organismos públicos a que se refiere el artículo anterior y Órganos constitucionales, cualquiera que sea su posición procesal, cuando los procedimientos se sigan por actos u omisiones relacionados con el cargo.» Por tanto, la Ley 52/1997, en su artículo dos, permite la defensa y representación en juicio de funcionarios o autoridades dependientes del Estado, de sus órganos constitucionales o de entes dependientes del Estado, cuando se trate de procesos relativos a actos u omisiones realizados en ejercicio de su cargo. La cuestión se desarrolla en los artículos 45 y siguientes del reglamento. En este punto, hay que dar cuenta de la proposición de Ley 122/000063 presentada por el Grupo parlamentario Confederal de Unidos Podemos - En Común Podem - En Marea por el cual se exceptuaría de la representación y defensa de la Abogacía del Estado de los altos cargos en los procesamientos por delitos de corrupción en los negocios o de delitos contra la Administración pública. BOCG Serie B nº 81-I de 30 de enero de 2017.

El artículo 1 de la Ley 52/1997 se modificó por Ley 14/2000, a fin de posibilitar que asimismo, mediante los oportunos convenios, los Abogados del Estado puedan asumir la representación y defensa de las entidades locales, con el matiz antes indicado; y teniendo en cuenta en todo caso que lo más frecuente es que los municipios pequeños y carentes de recursos acudan más bien a los convenios con los servicios jurídicos de la respectiva Diputación Provincial, conforme al artículo 36 de la Ley 7/1985, de bases del régimen local. Estas previsiones se desarrollan en los artículos 15 y 16 del Real Decreto 997/2003, que prevé además la correspondiente contraprestación económica. Veremos con más detalle esta cuestión en el capítulo siguiente.

La Ley 52/1997 parece circunscribir en estos casos las funciones de los Abogados del Estado a lo que es la representación y defensa en juicio; pero de la regulación reglamentaria, que alude asimismo a asistencia jurídica, puede desprenderse que también pueden emitir dictámenes, en ejercicio de función consultiva o de asesoramiento jurídico, para esos otros entes públicos.

Más interesante es, sin embargo, la cuestión desde el punto de vista de la defensa de la Administración institucional (Organismos autónomos y entes públicos empresariales). De nuevo, la fórmula adoptada es la del convenio con las excepciones que pueda contemplar la normativa de cada ente. Desarrollaremos también este aspecto y la norma del artículo 5 (conflicto de intereses), en el capítulo siguiente. «Se consolida así un sistema dual de asistencia jurídica, con dos títulos diferentes para ostentarla y, en cierta medida, dos tipos diferentes de administraciones o entidades asistidas: los que por mandato legal han de acudir al Abogado del Estado, frente a los que lo hacen voluntariamente, y pueden, por tanto, atender sus necesidades acudiendo a los servicios de otros profesionales del derecho. Una posibilidad a la que en la práctica no han renunciado nunca ni la Administración General del Estado ni las entidades del Sector público, en especial en lo que se refiere a las funciones consultivas, aunque cuenten con los servicios de la Abogacía del Estado».³²⁶

Por último, se recoge una breve regulación de la representación y defensa del Reino de España en el ámbito internacional. Para la representación y defensa del Reino de España ante los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, los Abogados del Estado serán nombrados como agentes por el Ministerio de Justicia, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación. De manera análoga para los Abogados del Estado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros órganos internacionales competentes en materia de salvaguarda de los derechos humanos.

326. IRURZUN MONTORO, F. «Capítulo IX. La Abogacía del Estado del Siglo XX al XXI (1984-2013)» en MARTÍN-RETORTILLO, S. *La defensa en Derecho del Estado. Aproximación a la historia del cuerpo de Abogados del Estado*. Civitas, 2013, 2ª edición actualizada, p. 348

3.3. Estructura. Dirección del Servicio Jurídico del Estado- Abogacía General del Estado

La Dirección del Servicio Jurídico del Estado se caracteriza como Centro Superior Consultivo de toda la asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, tanto en su aspecto consultivo como contencioso. Según el artículo 3.1 «La Dirección del Servicio Jurídico del Estado es el centro superior consultivo de la Administración del Estado, Organismos autónomos y entidades públicas dependientes, conforme a sus disposiciones reguladoras en el caso de estas últimas, y sin perjuicio de las competencias atribuidas por la legislación a los Subsecretarios y Secretarios generales técnicos, así como de las especiales funciones atribuidas al Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 de la Constitución y en su Ley Orgánica de desarrollo.»

La Dirección del Servicio Jurídico del Estado y las unidades que la forman desempeñan sus funciones bajo la superior y única dirección del titular del Departamento ministerial en que se integra (Ministerio de Justicia). A su vez, las distintas Abogacías del Estado dependerán jerárquica y funcionalmente de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Las Abogacías del Estado tendrán en los distintos Ministerios el carácter de servicios comunes y, por tanto, bajo las competencias de dirección, organización y funcionamiento que respecto a estos servicios otorga la legislación a los Subsecretarios. Queda pues meridianamente claro el principio de unidad del centro y de dependencia de todos los abogados respecto de la Dirección.

En la actualidad, según su propia descripción³²⁷, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado se organiza en las siguientes Subdirecciones Generales, con las funciones establecidas en el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado:

- Subdirección General de los Servicios Consultivos
- Subdirección General de los Servicios Contenciosos
- La Abogacía del Estado en el Ministerio de Justicia-Gabinete del Abogado General del Estado.
- Subdirección General de Asuntos de la Unión Europea e Internacionales
- Subdirección General de Coordinación, Auditoría y Gestión del Conocimiento
- Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos
- Secretaría General

Dependerán, asimismo, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, orgánica y funcionalmente, las siguientes unidades con nivel orgánico de subdirección general:

327. <https://www.mjusticia.gob.es/ca/ministerio/organigrama/abogacia-general-estado> / estructura.

- Abogacía del Estado ante el Tribunal Supremo
- Abogacía del Estado ante la Audiencia Nacional
- Abogacías del Estado en los Departamentos ministeriales

Dependerán, igualmente, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, orgánica y funcionalmente, las siguientes unidades, con las funciones que establece el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado:

- La Abogacía del Estado ante el Tribunal de Cuentas
- Abogacías del Estado en la Administración periférica del Estado

Dependerán asimismo, orgánica y funcionalmente, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado los Abogados del Estado adscritos, en la forma prevista en la disposición adicional segunda, al Servicio Jurídico de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y las Abogacías del Estado que existen en los distintos organismos y entidades públicas.

La organización de la Abogacía del Estado responde al principio de unidad. A tal fin el artículo 12 del Real Decreto 1044/2018, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 595/2018, de 22 de junio, por el que se establece la estructura orgánica básica de los Departamentos Ministeriales, regula la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, con nivel orgánico de Subsecretaría, como órgano directivo de los servicios de asistencia jurídica al Estado y otras instituciones públicas.

El Abogado General es nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de Justicia.

Los Abogados del Estado, por el hecho de su nombramiento y toma de posesión en el destino, quedan habilitados para el ejercicio de todas las funciones y para el desempeño de todos los servicios propios de su cargo. (art. 4.1.) Los puestos de trabajo de las Abogacías del Estado que tengan encomendado el desempeño de las funciones descritas en la Ley se adscribirán mediante el desarrollo normativo adecuado con carácter exclusivo a los funcionarios del Cuerpo de Abogados del Estado, en el que se ingresará mediante oposición libre entre licenciados de Derecho (art. 4.2.)

Sin embargo, con datos referentes a 2015, de los 636 abogados que componían en ese momento la plantilla de abogados del Estado, 265 estaban en excedencia voluntaria y buena parte de ellos trabajaban en grandes bufetes, consultoras, auditoras o empresas, otros 60 en situación administrativa de servicios especiales. Ello significa que del total de 636, 325 (51% de la plantilla) está sin cubrir. De ese modo, el Ministerio de Justicia se ve obligado a contratar como

sustitutos para pleitos menores, a licenciados en derecho bajo la dirección de un abogado del Estado.³²⁸

La Memoria de la Abogacía General del año 2017³²⁹ ofrece los siguientes datos diacrónicos:

Evolución de efectivos (de 31 de diciembre de 2007 a 31 de diciembre de 2017)											
	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Dirección	256	254	263	253	260	242	234	235	240	256	243
Ministerios	78	84	83*	81*	77*	74*	72*	73*	71*	72*	73*
Servicios CC.AA.	2	5	4	4	3	1	1	0	0	0	0
Servicios Especiales	49	50	52	51	60	69	69	60	62	61	57
Exced. voluntarios	245	243	248	250	249	247	250	258	261	246	247
Puestos no reservad.	11	11	10	11	10	12	11	13	12	12	14
Total	641	647	660	650	659	645	637	639	645	647	634

La estructuración jerárquica que hemos explicitado comporta, lógicamente que, para que el Abogado del Estado pueda válidamente desistir de acciones o recursos, apartarse de querellas, o allanarse a las pretensiones de la parte contraria, precisará autorización expresa de la Abogacía General del Estado - Dirección del Servicio Jurídico del Estado que deberá, previamente, en todo caso, recabar informe del Departamento, Organismo o entidad pública correspondiente (art. 41) El informe deberá ser emitido por la unidad competente por razón de la materia y, en su caso, por el órgano autor del acto objeto del proceso. Los informes deberán contener los motivos jurídicos que fundamentan la disposición de la acción procesal. En los procesos en los que se ventilen pretensiones sobre derechos de la Hacienda Pública de cuantía superior a un millón de euros, el Departamento, organismo o entidad pública deberá acompañar al informe sobre la propuesta de allanamiento o desistimiento una memoria con la estimación de sus consecuencias económicas para la Hacienda Pública. La memoria deberá ser emitida por la unidad competente por razón de la materia.

Conforme a los artículos 36 y 41 del reglamento, el Abogado del Estado no puede ejercitar acciones, ni tampoco allanarse o desistir, si no se halla expresamente autorizado para ello. Se trata siempre de actuaciones bajo la dependencia de la Dirección de la Abogacía General (art. 32). Se prevé además la posibilidad,

328. RODRIGUEZ GUERRERO, L.F. «Un cuerpo de élite en excedencia. Radiografía de los altos cuerpos de la Administración» *Abora Semanal*, 9 octubre de 2015. Disponible en <https://www.ahorasemanal.es/un-cuerpo-de-elite-en-excedencia>

329. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429118669?blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DMemoria_de_la_Abogacia_General_del_Estado-Direccion_del_Servicio_Juridico_del_Estado_2017.PDF

Nótese como la cifra (311 abogados en 2015) es prácticamente igual a la de hace 40 años (312 abogados en 1976).

artículo 39 del reglamento y 14 de la Ley, de solicitar la suspensión del proceso para elevar consulta a la Dirección General —asimismo, artículo 54.2 LJCA 29/1998, para el caso en que el Abogado del Estado estime que la actuación pudiera no ser ajustada a Derecho.

3.4. Funciones

Los Abogados del Estado actúan tanto en funciones de asesoramiento jurídico (o función consultiva) como en función contenciosa (representación y defensa en juicio). No obstante, también se desarrollan ciertas funciones que no son encuadrables ni en una u otra. Así, la integración de los Abogados del Estado en los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias (art. 17 Reglamento) o en las secretarías de los tribunales económico-administrativos (art. 30 Reglamento) o la existencia de representación de la Abogacía del Estado en la Junta consultiva de contratación administrativa o su participación en las mesas de contratación del Estado.

En relación con la función contenciosa (arts. 31 y ss RD 997/2003) los Abogados del Estado actúan ante los jueces y Tribunales que integran el Poder judicial pero también ante el Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas y, en el ámbito internacional, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En todo caso, el artículo 31 del reglamento prevé la posibilidad de que el Gobierno, previa audiencia de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, excepcionalmente encomiende a un abogado colegiado la defensa en juicio del Estado en un caso concreto, ante un tribunal internacional o supranacional; la misma posibilidad se prevé para el caso de actuación ante tribunales extranjeros, si bien en este caso la designación del abogado *ad hoc* corresponde al embajador.

En los procedimientos arbitrales, sean de derecho interno o sean arbitrajes internacionales, el artículo nueve de la Ley 52/1997, redactado por Ley 62/2003, confiere amplias funciones a los Abogados del Estado para la defensa del Estado, órganos constitucionales, organismos autónomos estatales y entes públicos dependientes de ellos; si bien siempre previa autorización del titular del departamento correspondiente e informe de la dirección del servicio jurídico del Estado.

En relación a la función consultiva, las distintas facetas de la misma se comprenden en los artículos 20 y ss del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, y así por ejemplo el informe de anteproyectos de ley o de proyectos de normas reglamentarias; o la emisión de dictámenes sobre asuntos concretos; informes previos a la impugnación de actos y disposiciones autonómicas ante el Tribunal Constitucional, e informar los expedientes de lesividad —véase artículo 107 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)—. Destaca, sin embargo, que el Reglamento no enumera los asuntos que deben someterse a consulta. Sí en cambio, sobre el contenido de los

informes, los sujetos que pueden solicitarlos, así como su carácter ordinariamente facultativo y no vinculante.

Como es fácil apreciar, algunas de las funciones consultivas resultan parcialmente coincidentes con las funciones del Consejo de Estado o de las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios. La ley se limita a formular un pío deseo: las competencias consultivas se ejercerán sin perjuicio de las competencias que la legislación atribuye a Subsecretarios y Secretarios generales técnicos, haciéndose expresa reserva de las mismas.

En el Dictamen del Consejo de Estado nº 814, de 24 de julio de 2003 sobre el Proyecto de Decreto que contenía el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, dicho alto órgano consultivo incidió especialmente sobre las funciones consultivas. El Dictamen intenta diferenciar las funciones de asesoramiento jurídico de las de «consultoría administrativa» que llevan a cabo por otros órganos:

«Han de diferenciarse al respecto las facetas del «asesoramiento jurídico», que, tanto en su vertiente preventiva como contenciosa, están encomendadas al Servicio Jurídico del Estado y las actividades de «consultoría administrativa», entendida como la emisión y recolección de los diversos pareceres que contribuyen a la mejor preparación de las decisiones cada vez más complejas que deben adoptar los órganos administrativos.

Esas actividades de «consultoría administrativa» se desenvuelven en ámbitos que son ajenos al que es propio del citado carácter final de los informes de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

En efecto, la intervención de esos otros órganos consultivos no se refiere a la asistencia jurídica al Estado y entidades públicas a cargo del Servicio Jurídico del Estado, sino que sirve otras finalidades diferentes y está vinculada con la preparación de decisiones y regulaciones administrativas desde la óptica y dentro de las competencias que están legalmente atribuidas a determinados órganos administrativos.

Así lo refleja el artículo 20 del Proyecto de Reglamento, al recoger otras excepciones a la prohibición de informes ulteriores al de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, que se han introducido en el Proyecto de Reglamento atendiendo a comentarios efectuados por las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios de Justicia y de Administraciones Públicas (apartados segundo, c) y g), de antecedentes), como son:—De un lado, los informes a que pueden someterse los anteproyectos de Leyes y los proyectos de disposiciones de carácter general en aplicación de los artículos 22 y 24 de la Ley del Gobierno; —De otro, los informes que están legalmente atribuidos a las Subsecretarías y a las Secretarías Generales Técnicas ex artículos 15 y 17 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

No está de más destacar la creciente importancia que están adquiriendo esos informes dentro de la adecuada preparación de la actual actuación administrativa.

Todo ello lleva a la conclusión de que el artículo 20 del Proyecto de Reglamento no está adecuadamente conectado con la comentada proclamación del artículo 3 de la Ley 52/1997, por lo que, a fin de evitar posibles confusiones, sería preferible suprimirlo».

De nuevo, para YÁÑEZ DÍAZ, «Resulta criticable esa postura del Consejo de Estado por cuanto la misma carece de respaldo normativo alguno. En el seno de los procedimientos confluyen diversos órganos informantes. Sin negar la importancia de muchos de esos informes lo cierto es que, si hacemos abstracción de los puramente técnicos, muchos de ellos inciden sobre cuestiones jurídicas y es lógico que el Servicio Jurídico de la Administración pueda disponer de ellos antes de emitir su informe. Lo contrario sólo puede dar lugar a contradicciones que, no sólo perjudican a la Autoridad que ha de tomar la decisión, sino también a que se solicite el informe del Servicio Jurídico sobre versiones primitivas de acuerdos, proyectos normativos, etc., de tal forma que el Servicio Jurídico se convierte en una especie de corrector jurídico (en ocasiones incluso ortográfico) de un primer borrador que no ha sido sometido a trámite alguno, ya sea de audiencia pública, con organizaciones afectadas, etc.»³³⁰

Las Memorias de la Abogacía General no ofrecen datos desagregados del conjunto de la actividad. Sin embargo, si se toman como ejemplo los datos relativos a la actividad prestada por convenio, resulta que³³¹:

	2015	2016	2017
Actividad Consultiva	19.592	18.425	14.809
Actividad Contenciosa	6.090	5.487	5.948

Las cifras indican claramente la importancia cuantitativa de la actividad consultiva.

Llegados a este punto, aparece inmediatamente la cuestión polémica sobre la dependencia de la Abogacía del Estado de las líneas políticas del gobierno de turno. En otras palabras y huyendo de toda controversia inevitablemente enconada, resulta que el Abogado del Estado depende de un superior jeárquico que es un órgano directivo de la estructura gubernamental. El Abogado defiende siempre a su cliente (en este caso el Estado como conjunto), pero puede ser que haya contradicción entre las instrucciones del «cliente» y la autoritas del criterio técnico. Esta eventual fuente de conflictividad se acrecienta en el desempeño de las funciones consultivas. ¿Debe el abogado profesional asesorar sobre la legalidad o sobre la estrategia procesal?. ¿Debe el abogado plegarse al imperativo político de su cliente o debe hacer prevalecer el peso de su prestigio técnico como cuerpo de élite?. La cuestión no es fácil de resolver y menos en un estudio

330. YÁÑEZ DÍAZ, C. «Los Servicios Jurídicos en las Cortes y en la Asamblea de Madrid. Análisis de la tramitación parlamentaria de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas y de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid» *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n°. 22, 2010. Disponible <https://www.asambleamadrid.es/RevistasAsamblea/ASAMBLEA%2022%20COMPLETA.pdf>

331. Disponible en https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429118669?blobheader=application%2Fpdf&blobheadertype=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DMemoria_de_la_Abogacia_General_del_Estado-Direccion_del_Servicio_Juridico_del_Estado_2017.PDF

como este que quiere moverse en el terreno del análisis académico y propositivo. A nuestro juicio, en la función consultiva, la Abogacía del Estado debería estar libre de directriz política alguna pues el resultado de su trabajo se prestigia por la calidad técnica. En cambio, en la dirección de un concreto pleito, la cuestión podría ser más discutible, a pesar de que la politización de las funciones técnicas acaba siempre minando cualquier desempeño administrativo.³³²

3.4. Retribuciones

Las retribuciones de los Abogados del Estado dependen de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el destino que ocupan. Se trata normalmente de puesto de Nivel A1 y complemento de destino 28 a 30.

Junto con los complementos comunes a toda la función pública (de destino y específico) el sueldo de los abogados del Estado puede incluir también otro tipo de retribuciones: por pertenencia a consejos de administraciones de sociedades mercantiles; por ostentar la coordinación de uno o varios convenios con entidades y el opaco «complemento de productividad por objetivos». El sistema de cálculo y asignación de este complemento trimestral no es público. La Orden JUS/125/2019, de 5 de febrero, sobre delegación de competencias, establece que la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ejercerá por delegación de la Subsecretaría de Estado de Justicia, las siguientes funciones: «(...) e) La aprobación de los criterios para asignar el complemento de productividad por objetivos a los Abogados del Estado y resto de los funcionarios destinados en la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, así como la fijación de sus cuantías individuales. Asimismo, la asignación de las cantidades individuales del complemento periódico de productividad a los funcionarios adscritos a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, dentro del crédito total asignado; f) La aprobación de los criterios para asignar gratificaciones extraordinarias a los Abogados del Estado y resto de los funcionarios destinados, o en atribución temporal de funciones, en la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, así como la fijación de sus cuantías individuales.

Igualmente, la Memoria de la Abogacía General del Estado, del año 2014 menciona la existencia de dos Instrucciones: Instrucción 2/2014, de 12 de marzo, sobre criterios para la asignación del complemento de productividad por objetivos a los Abogados del Estado para el año 2014; Instrucción 3/2014, de 12 de

332. La divergencia que analizamos ha sido especialmente visible en la causa especial 20907/2017 vista por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (el llamado juicio al proceso independentista), con la remoción de la dirección del pleito del Abogado del Estado Edmundo Bal y con la posición de la Abogacía en relación a los efectos que debía tener un pronunciamiento del TJUE sobre el proceso y la extensión de la inmunidad de la condición de electo europeo sobre la situación del penado. Cfr. STJUE de 19 de diciembre de 2019 (cuestión prejudicial C-502/19, caso Junqueras Vies) y ATS de 9 de enero de 2020.

marzo, por la que se aprueba el sistema de evaluación y retribución de las coordinaciones de convenios de asistencia jurídica.

Existen también los abogados del Estado sustitutos. Se trata normalmente de funcionarios licenciados en Derecho que representan al Estado en pleitos bajo las instrucciones de la Abogacía del Estado a cambio de una remuneración, aunque también pueden ser licenciados en Derecho no funcionarios que son «habilitados» por el Ministerio de Justicia para representar al Estado en juicio (artículo 68 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio). Las retribuciones en esos casos dependerán de la productividad en concepto de gratificación por servicios extraordinarios fuera de la jornada normal (art. 23.3.d) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto de medidas de reforma de la función pública).³³³

Cuando un ciudadano pleitea contra la Administración pública y pierde, puede tener que asumir las costas del juicio. Surge pues inmediatamente la pregunta de ¿cómo deben calcularse los costes de la defensa letrada de la Administración? En principio podría pensarse que al tratarse de un funcionario del Estado, sería idóneo calcular el coste salarial del servicio. Sin embargo, hay que tener en cuenta como el art. 13 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas señala que la tasación de honorarios del Abogado del Estado se regirá, en cuanto a sus conceptos e importe, por las normas generales». El cálculo de la tasación de costas se efectúa pues en relación al mercado privado (Baremos Orientadores de los Colegios de Abogados).

En un ATS reciente³³⁴, la parte discutía la procedencia del sistema de cálculo de las minutas de los defensores públicos. Se alegaba que «los funcionarios jamás devengan ni perciben honorarios por la realización de actividades incluidas en sus puestos de trabajo y por lo tanto los funcionarios autonómicos no pueden emitir ni girar ni cobrar minuta alguna a la Diputación General de Aragón a la que sirven por los trabajos incluidos en las actividades de sus puestos de trabajo. A su vez, el Gobierno no puede abonar honorarios a sus funcionarios, por actividades que están incluidas en los puestos de trabajo de dichos funcionarios, so pena de incurrir en un presunto ilícito de malversación de caudales públicos.»

Lo mismo puede decirse del ATS de 10 de marzo de 2016³³⁵ donde el recurrente había impugnado una minuta de honorarios por excesiva al razonar que partiendo de los presupuestos generales del Estado para 2014, la labor que desempeñó el Abogado del Estado, haciendo un cálculo prudencial, su salario ascendía a 4.474€ brutos/mes, lo que supone 149,13€ brutos/día y calculando un total de tres días de trabajo efectivo, la minuta no podía superar los 447,39€.

333. En la Resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno R/0267/2016 de 12 de septiembre de 2016, se denegó el acceso a la información económica de los emolumentos percibidos por un funcionario que ejercía como Abogado del Estado Sustituto ante el FOGASA en Teruel al considerar que se vulneraría la protección de sus datos personales.

334. ATS 6234/2016, de 28 de junio de 2016. ECLI:TS:2016:6234A

335. ATS 2601/2016, de 10 de marzo de 2016. ECLI:TS:2016:2601A

El Tribunal ha rechazado siempre el razonamiento al considerar que el régimen profesional de un abogado y un Abogado del Estado no son equivalentes, no pudiendo sostenerse con rigor el principio de igualdad entre partes al no ser lo mismo la posición de la Administración que la del particular, sin que esa igualdad pueda existir en las defensas técnicas de cada parte. «los honorarios de que se trata corresponden a la actuación desarrollada por el Abogado del Estado, el cual está integrado en los servicios jurídicos de la Administración General del Estado, y en consecuencia ni puede percibir honorarios a cargo de esta (la retribución de sus servicios profesionales es la que legalmente perciba como funcionario) ni los honorarios devengados correspondientes a su intervención en el proceso, que deban correr a cargo de la parte contraria condenada en costas, pueden tener otro destino que su ingreso en las arcas públicas de la Administración a la que sirve (entre otros, Autos de esta Sala de 2 de octubre de 2008 —recurso de casación número 3254/2006— y 22 de julio de 2010 (JUR 2010, 361033) —recurso de casación número 4511/2002—).» (FJ 4º).

En definitiva, la relación funcional del Abogado del Estado con la parte que defiende y su régimen retributivo general debería ser una cuestión relevante a la hora de examinar la procedencia y la cuantía en la impugnación de costas.

Además, está también asentado en la jurisprudencia que el Abogado del Estado puede repercutir los gastos de representación (y no solamente los de defensa legal). Es decir, uno de los privilegios que tiene la defensa legal de las Administraciones es el poder aunar en una misma figura tanto la defensa legal como las funciones de representación que hace el procurador. Se permite con ello que las minutas de la Abogacía del Estado incluyan también el arancel correspondiente de la representación.³³⁶

Junto con lo anterior, nótese también que al ser la intervención del Abogado del Estado preceptiva *ope legis*, incluso el escrito de personación, que no se considera para los abogados privados como una actuación minutable, puede reclamarse como parte de la tasación de costas.³³⁷

Finalmente, para cerrar este apartado, hay que hacer mención también al régimen de incompatibilidades de los Abogados del Estado. Los abogados del Estado, como cualquier otro alto funcionario está sometido al estricto régimen de incompatibilidades lo que hace que muchos de ellos opten por las situaciones administrativas de servicios especiales o por la excedencia voluntaria. Sin embargo, existen también ciertos Abogados que obtienen la compatibilidad para simultanear el ejercicio privado con la carrera funcional. A raíz de una peti-

336. ATS 12475/2012, de 20 de diciembre de 2012. Paradójicamente, cuando la defensa pública decide acudir a un procurador para la función de representación, no se permite incluir su arancel en la minuta de honorarios del pleito puesto que ésta es una decisión voluntaria.

337. ATS 4679/2012, de 12 de abril de 2012. Ello ha dado lugar a la comparación entre los sueldos de la abogacía del Estado y el futbolista Ronaldo. Un escrito de personación de 7 líneas requiere unos cinco minutos de trabajo y puede presentarse por LEXNET de manera que no exige desplazamiento. Si se extrapola el ejemplo, ello supondría una retribución de 12.000 €/hora. Cfr. https://www.elconfidencial.com/espana/2018-01-31/abogada-estado-minuta-1000euros-escrito-siete-lineas_1514343/.

ción de información de un medio de comunicación, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno obligó en 2016 a la Abogacía del Estado a suministrar esta información respecto a 33 Abogados. Con esa información disponible resulta que: «Los abogados del Estado reciben una compatibilidad genérica para ejercer la abogacía, sin entrar en detalles. La resolución señala que deben hacerlo en horario que no coincida con el de su puesto de funcionarios. Sin embargo, la realidad es que algunos trabajan en su despacho. No son el único cuerpo de altos funcionarios que pueden aspirar a la compatibilidad. Los letrados del Consejo de Estado y los letrados de Cortes también pueden trabajar a la vez asesorando a sus órganos y en despachos privados.

En los abogados del Estado la compatibilidad se da con la condición de que no pleiteen contra la Abogacía del Estado. Nada les impide ir contra otras administraciones, comunidades autónomas o ayuntamientos. En la práctica, apenas se controla que su actividad no incurra en conflicto de intereses. Cuando llega a oídos de la Abogacía un posible problema, se le sugiere a esa persona que pase a la excedencia, según fuentes del cuerpo. Así evitan un contencioso de difícil pronóstico y un eventual escándalo».³³⁸

3. MODELOS COMPARADOS. FRANCIA E ITALIA

3.1. Francia

El concepto de Abogado del Estado no puede traducirse al francés por el término de «*Avocat de l'État*», puesto que en Francia no existe una figura enteramente semejante a la del Abogado del Estado español. Las funciones correspondientes al funcionario público español están atribuidas a diversos componentes del aparato estatal en el sistema jurisdiccional francés. En términos prácticos, podría postularse que la función de defensor de los intereses del Estado en un juicio está desempeñada por la Fiscalía General del Estado francés y que se encuentra notablemente fragmentada en cada uno de los servicios jurídicos de los distintos órganos administrativos. Por tradición, «cada administración defiende su propio contencioso-administrativo y es una regla nunca cuestionada, basada en la idea de que al servicio que ha tomado una decisión le corresponde defenderla cuando se pone en cuestión mediante un recurso por exceso de poder o mediante un contencioso de plena jurisdicción».³³⁹

Además de lo anterior, conviene trazar una distinción entre el orden judicial ordinario («*Ordre judiciaire*») y el contencioso-administrativo.

La Fiscalía del Estado francés —también llamado el «*Ministère Public*».— está compuesta por el «*Procureur de la République*» (ante los tribunales de primera

338. https://www.elconfidencial.com/espana/2016-05-09/abogados-estado-compatibilidad-actividad-privada-sector-publico_1195823/

339. CARRIOT, Clara «Modelo francés» en ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DEL ESTADO. *La asistencia jurídica al Estado en el Siglo XXI. I Congreso de la Abogacía del Estado*, Madrid 1999. Aranzadi, 2000, p. 171.

instancia) así como por el «*Procureur Général*» asistido por los «*Avocats Generaux*» (ante los tribunales superiores),

Los *Avocats Generaux*, ostentan la condición de «*Magistrats du Parquet*», es decir que son profesionales al servicio de la Fiscalía. No son abogados sino magistrados de formación y carrera que dependen del Ministerio de Justicia. Dado el papel que desempeñan ante la sociedad, ocupan la posición del Estado en juicio y constituyen la autoridad encargada de defender el interés público así como la correcta aplicación de la ley. De ahí su denominación de abogados generales (por referencia al interés general que representan). Los «*Magistrats du Parquet*» son, también, competentes para dirigir investigaciones junto a los servicios policiales y llevar a juicio a los presuntos autores de infracciones.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos consideró en el caso Vasssis y otros contra Francia (STEDH de 27 de junio de 2013)³⁴⁰, que el parquet francés no puede considerarse como una autoridad judicial en el sentido del artículo 5.3 de la Convención. Además, en una cuestión prioritaria de constitucionalidad promovida por la *Union Syndicale des Magistrats* relativa a la compatibilidad del sistema con el artículo 64 de la Constitución y con la CEDH, el *Conseil constitutionnel* ha estimado que la dependencia jerárquica de los fiscales establecida en el artículo 30 del código procesal penal no resulta contrario a la Constitución, ya que el Ministro de Justicia puede dirigir al ministerio público instrucciones generales de política penal pero no puede hacer lo propio a los magistrados del parquet respecto a asuntos individuales.³⁴¹

En el orden administrativo (*Ordre administratif*), no existe el concepto del «*Ministère Public*». Existe la figura del «*Rapporteur Public*» en las jurisdicciones administrativas de primera instancia, los tribunales superiores y en el Consejo del Estado, claro heredero de la figura del *commissaire du gouvernement*, del que mantiene el nombre hasta 2009.³⁴² Es un magistrado cuyas funciones le habilitan a exponer las cuestiones de Derecho del recurso, presentar su opinión así como sus conclusiones de manera independiente e imparcial. Se trata de una figura equivalente a la del Abogado General del Tribunal de Justicia de la UE. Sin embargo no puede participar en los debates contradictorios del juicio como haría un abogado que represente a una parte.

En el caso Kress c. Francia de 7 de junio 2001, el TEDH falló que la decisión de los asuntos por parte del rapporteur, suponía una vulneración del derecho a un juicio justo por un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1. CEDH).³⁴³ A

340. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{«itemid»: \[«001-121566»\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{«itemid»: [«001-121566»]})

341. Décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017. Disponible en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017680QPC.htm>

342. Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions.

343. disponible en

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{«fulltext»: \[«kress»\], «documentcollectionid2»: \[«GRANDCHAMBER», «CHAMBER»\], «itemid»: \[«001-64069»\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{«fulltext»: [«kress»], «documentcollectionid2»: [«GRANDCHAMBER», «CHAMBER»], «itemid»: [«001-64069»]}). En el caso, se expone una útil caracterización del contencioso-administrativo francés a los efectos del cumplimiento de las garantías de imparcialidad e independencia

partir de 2005, el comisario —hoy rapporteur— asiste a las deliberaciones pero no toma parte en ellas.

Además de lo anterior, existen supuestos en los que el Estado francés puede ser parte de un proceso judicial que implique una reclamación económica. En dichos casos, su representación y dirección letrada correspondería a la figura del «*Agent Judiciaire de l'État*». Fue creado en 1790 como «*Agent du Trésor*» y desde 1998, se atribuye dicha función a la Dirección de Asuntos Jurídicos (DAJ) del Ministerio de Economía y Finanzas de Francia. La Dirección tiene como misión tanto defender los intereses del Estado ante las jurisdicciones, como coordinar la actividad normativa y contenciosa del Ministerio como participar en la elaboración de leyes y reglamentos. Puede contar con el apoyo de unos 100 despachos de abogados nombrados mediante un sistema de concurso público.³⁴⁴

El mandato legal del «*Agent judiciaire de l'Etat*» le habilita para representar al Estado francés en los ámbitos civil y penal. Tiene el monopolio legal de su representación letrada dentro de las competencias que se le han atribuido en el artículo 38 de la ley reguladora Ley n° 55-366 del 3 de abril de 1955 modificado por el Decreto n° 2012-985 del 23 de agosto de 2012. También es competente para resolver litigios por medio de transacciones extra judiciales. Se regula su política de acciones en materia de transacciones por medio de una circular ministerial del 6 de abril de 2011 relativa al desarrollo de la práctica de las transacciones para la solución amistosa de litigios.

El «*Agent judiciaire de l'Etat*» tiene como papel fundamental la protección de los intereses económicos públicos. Interviene exclusivamente ante los tribunales del orden judicial, bien a petición de las administraciones, bien cuando es emplazado en el marco de un proceso (por parte del tribunal que conoce del asunto o por una de las partes). Puede solicitar indemnizaciones y prestaciones sociales a un funcionario del Estado que haya sufrido lesiones corporales, o interponer una acción ante un tribunal penal contra el autor de cualquier agresión sufrida por un funcionario. Puede actuar de manera propia o constituirse «*partie civile*» en un juicio penal.

Finalmente, defiende al Estado en los asuntos de accidentes causados por los funcionarios del Estado (por ejemplo, los daños causados por el mal funcionamiento del servicio público con relación a la justicia). También puede actuar en el ámbito del derecho social y de determinados derechos económicos y financieros.

que exige la CEDH. Cfr. igualmente, Robert Le Goff, «Le commissaire du gouvernement est mort, vive le commissaire !», *AJDA*, no 22, 19 juin 2006.

344. Puede encontrarse información completa sobre la creación y evolución de la función del «*Agent Judiciaire de l'Etat*» (desde 1790 hasta 2012) en https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/aje/article_aje-cjfi69.pdf

3.2. Italia

El sistema italiano de asesoramiento y defensa judicial se remonta a finales de 1700, cuando el despotismo ilustrado del Gran Ducado de la Toscana pre-liberal anticipó algunas de las conquistas de la Revolución Francesa. De hecho, una de las muchas reformas introducidas por Pietro Leopoldo en su Gran Ducado fue, en 1777, la institución del «*Avvocato Regio*», cuya tarea era proporcionar defensa judicial al Estado, en una posición sustancialmente igual a la de profesionales privados. Este sistema, llamado «pre-unitario», convivía, sin embargo con otros menos formalizados (Reino de Dos Sicilias), donde la publicación de la función alcanzó solo la supervisión de los litigios que defendían abogados privados.

ARBIZU describe claramente la tensión entre los dos modelos: «En el período inmediatamente anterior a la unificación, los Estados italianos habían regulado su representación y defensa en juicio según los dos grandes modelos vigentes en el momento. Unos, siguiendo el ejemplo austríaco, habían adoptado el sistema fiscal, precedente del institucional. Así, en Lombardía-Véneto se instauró la procura camerale de Milán y Venecia, y en Toscana, *L'Avvocatura Regia*, origen próximo de la *L'Avvocatura Erariale*. El último Abogado Real de Toscana, Giuseppe Mantellini, fue, a su vez, el primer Abogado General del Erario, destacando su avanzada concepción de la posición procesal del Estado en su obra *El Estado y el Código Civil*. Otros Estados, bajo influencia francesa, basaron su regulación en una jurisdicción administrativa retenida, en la que no se exigía postulación para la Administración Pública, y una jurisdicción ordinaria, residual en cuanto al contencioso con el Estado, en la que se acudía a la libre designación de profesionales del foro. En el Reino de Nápoles se instauró el agente de lo contencioso, copia del *agent judiciaire du trésor* francés, que no asumía directamente la defensa del Estado, sino que, tras una previa actuación consultiva de orientación, la encomendaba a un abogado. Este sistema era el vigente también en el Ducado de Parma.

Tras la unificación, ante la necesidad de un régimen común, el Real Decreto de 9 de octubre de 1862, número 915, generalizó el sistema napolitano con la creación de una dirección de lo contencioso-financiero en las capitales regionales y una dirección general en Florencia, primero, y en Roma, después.

Este modelo de libre designación fracasó estrepitosamente, debido, entre otras razones, a la dispersión de criterios sostenidos ante unos y otros Tribunales, lo que permitió la supervivencia de tradiciones jurídicas locales en la defensa del Estado.»³⁴⁵

La innovación toscana —revolucionaria en ese momento— se inspiró en la separación de poderes y la sumisión del poder ejecutivo (cuando actuaba como ciudadano privado) al poder judicial, de forma similar a lo que más tarde, a mediados del siglo XIX, se extendería por toda Europa. Las raíces históricas y

345. ARBIZU LOSTAO, E. «*L'Avvocatura dello Stato*. Asistencia, representación y defensa de la Administración en derecho italiano» *Revista de Administración Pública* n° 122, 1990, p. 483

culturales del sistema que, un siglo después, inspiró la institución de la *Avvocatura erariale* del reino italiano, el *Finanzprokurator* austriaco y la Dirección General del Contencioso del Estado español, deben buscarse en la Austria de María Teresa, donde la práctica administrativa anticipó el desarrollo del derecho administrativo.

En 1862 con la unificación italiana, aparece una institución compuesta por abogados-empleados públicos, a la que fue encomendada la defensa del Estado en los litigios fiscales. La «*Avvocatura erariale*» garantizaría una línea de defensa unitaria, una especialización profesional de alto perfil y una gestión económica eficiente. Se trata en definitiva de abogados de la Oficina del Tesoro. La *Avvocatura erariale* se organizó según los mismos criterios experimentados en la Toscana, cuando se llevó a cabo la reforma de las oficinas de la Fiscalía: lo que realmente sucedió es que los magistrados y las funciones de esas oficinas se trasladaron a las oficinas de la institución jurídica. Se hace de este modo visible la distinción entre el interés patrimonial del Estado (erario) y el interés general público.

SOLER TAPIA, describe esta doble opción. Surgen así dos corrientes contrapuestas, la que propugnaba la creación de un cuerpo de funcionarios integrado por abogados especializados en la defensa de la Administración. Y en el polo opuesto la que defendía la idea de atribuir la defensa del Estado al Ministerio Fiscal (*Pubblico Ministero*). Sin embargo prevaleció el primero de los dos enfoques, entendiéndose que no era posible refundir en un mismo órgano, como era el Ministerio Fiscal, la función de parte imparcial (asumida sobre todo pero no únicamente, en el ámbito penal) y la función de defensor de los intereses patrimoniales concretos del Estado. Es en este marco en el cual opera la reforma de los *Uffici* del contencioso puesta en marcha con la Ley de 28 de noviembre de 1875 n° 2781, y culmina con el reglamento de 16 de enero de 1876 n° 2914. Puede considerarse por tanto que con este reglamento nace la Abogacía del Estado italiana: la *Avvocatura dello Stato*.³⁴⁶

En el período entre las dos Guerras Mundiales, sendas reformas cambiaron significativamente la naturaleza y las funciones de la institución: en primer lugar, la *Avvocatura*, que antes era una rama del Ministerio de Finanzas, se convirtió en parte de la organización de la Presidencia de la Gabinete; en segundo lugar, el nombre cambió de «*Avvocatura erariale*» a «*Avvocatura dello Stato*» (en concordancia con el hecho de que ahora también estaba a cargo de la defensa del Estado en el ejercicio de sus funciones autorizadas). En el mismo sentido, se introdujeron normas especiales relativas a la competencia territorial de los tribunales en los casos relacionados con el Estado y la defensa de la *Avvocatura* se extendió a todas las administraciones estatales, incluidas aquellas dotadas de autonomía, e incluso con previa autorización, a las administraciones públicas no

346. SOLER TAPIA, E. «La Abogacía del Estado en España: un modelo particular de defensa jurídica del Estado en el seno de la Administración pública del Siglo XXI: diferencias con la *Avvocatura dello Stato* italiana» en *La Abogacía del Estado para una Administración del Siglo XXI*. Abogacía General DEL ESTADO. XXVIII Jornadas de Estudio. Ministerio de Justicia, 2007, p. 237.

estatales.³⁴⁷ Por tanto, las funciones se generalizan para todo el aparato administrativo-burocrático.

A partir de ese momento la *Avvocatura*, directa o indirectamente, lleva a cabo la protección del interés general del Estado, en lugar de confiar en la mera defensa judicial de los intereses de una sola administración (la de Hacienda).

De acuerdo con los principios básicos contenidos en el texto único refundido (Real Decreto n° 1611 de 30 de octubre de 1933, modificado por la ley 103 de 3 de abril de 1979), la *Avvocatura dello Stato* representa y protege todos los intereses económicos y no económicos del Estado y de otras administraciones no estatales sin límites de materia. Como es sabido, en Italia existe una distinción entre las jurisdicciones civil y penal (ordinaria) y la contencioso-administrativa (encargada en su cúspide al *Consiglio di Stato*). Esta dualidad se basaba originalmente en la diferencia entre un «derecho» del ciudadano, llamado *diritto soggettivo* (decidido por el juez civil ordinario) y un mero «interés» del ciudadano, llamado *interesse legittimo* (decidido por el juez administrativo). En el primer caso, el Estado es considerado en igualdad de condiciones con respecto al ciudadano privado; en el segundo caso, se considera al Estado en una posición de supremacía en comparación con el ciudadano. Algunos ejemplos de casos decididos por el juez civil se refieren a la responsabilidad extracontractual del Estado por negligencia médica en hospitales públicos o la responsabilidad contractual por contratos de arrendamiento o venta de bienes. En el otro lado, el juez administrativo conoce de asuntos que refieren a subvenciones públicas para empresas, autorizaciones para actividades comerciales, licitaciones para obras públicas, concursos públicos para funcionarios públicos, etc. Hoy en día, para evitar la incertidumbre sobre el juez competente, en algunos asuntos caracterizados por una combinación de derechos e intereses, la distinción entre las dos jurisdicciones se basa en dos listas de asuntos cada vez más especificados por la ley. Por ejemplo, todos los actos adoptados por las Autoridades Independientes deben ser recurridos ante el juez administrativo, según lo dispuesto expresamente por la ley. En cualquier caso, la *Avvocatura dello Stato* normalmente puede defender solo a las administraciones públicas. Por este motivo, la administración ferroviaria y la administración de correos, que se han transformado en sociedades anónimas, ya no pueden recurrir a la asistencia legal de la *Avvocatura dello Stato*.³⁴⁸

Las razones de la existencia de la *Avvocatura dello Stato* no son solo la necesidad práctica de gestionar, con una organización articulada, la enorme cantidad de disputas que surgen entre el Estado y el ciudadano sin la necesidad de contratar cada vez a un abogado privado —lo que puede llegar a resultar mucho más caro para el Estado— pero sobre todo el deseo de otorgar una doctrina

347. Ley 485 de 14 de julio de 1907; Real Decreto n° 1303 de 24 de noviembre de 1913; Real Decreto n° 2828 de 30 de diciembre de 1923.

348. Aunque el línea de principio ello es así, habría que diferenciar los casos de representación *ope legis* (administraciones territoriales) y representación convenial o facultativa. Cfr. BOTO ÁLVAREZ, A. *La Administración Instrumental en el proceso*. Ed. Reus, Madrid, 2011, pp. 231 y ss. cuando examina la asistencia jurídica al sector público en el Derecho comparado, con especial referencia a la posición de las agencias independientes, las universidades u otras formas societarias de derecho privado.

unitaria que también puede influir en la jurisprudencia sobre los límites dentro de los cuales un ciudadano puede atacar un acto administrativo.

La *Avvocatura dello Stato* pertenece a la estructura de la Administración y es totalmente independiente de su «cliente», es decir, la Administración, puesto que no tiene una relación de dependencia jerárquica con ella. En caso de desacuerdo, en la defensa de un caso específico, entre la Administración y la *Avvocatura dello Stato*, la divergencia es resuelta por el Ministro. Esta eventualidad, prevista por el artículo 12 de la ley de 1979, es un caso excepcional, ya que generalmente la Administración sigue el consejo de la *Avvocatura dello Stato*.

La *Avvocatura*, con el advenimiento de la descentralización constitucional definiendo al Gobierno cuando surge un conflicto entre los poderes del Estado o entre el Estado y las Regiones, en relación con los límites de sus respectivas competencias legislativas o administrativas o, eventualmente, en sentencias relativas a la admisibilidad de los referendos para la derogación de las leyes estatales. La *Avvocatura*, también tiene legitimación para elevar a la *Corte Costituzionale* la *questione di legittimità costituzionale*, o para cuestionar la adecuación constitucional de leyes regionales, en ambos casos a petición del Presidente del Consejo de Ministros.

Según la información oficial que se halla disponible³⁴⁹, hoy en día en toda Italia, hay 370 abogados estatales que se ocupan de más de 200.000 casos por año. De estas 370 personas, cerca de 70 son *Procuratori dello Stato* (Abogados Junior) y las restantes son *Avvocati dello Stato* (Abogados Estatales). Alrededor de 130 trabajan en Roma, atendiendo más de 60.000 casos por año. El coste total para la República italiana de toda la *Avvocatura dello Stato* es de alrededor de 160M€; por lo tanto, el coste promedio de un solo caso es de alrededor de € 800,00, que es mucho más conveniente para el Estado que lo que sería el costo de un abogado privado.³⁵⁰

Como es fácil suponer, el reducido número de miembros de la institución hace que, a menudo sea necesario delegar en profesionales del mundo privado la defensa de los intereses del Estado. Como explica la profesora BOTO, «entre los entes que no gozan del patrocinio de la *Avvocatura* y que tienen unas dimensiones territoriales o económicas relevantes (como el Comune di Roma o Milano), es frecuente la creación de servicios legales propios, formados por juristas que son reclutados directamente por el ente y que se integran en su personal. Se forma sí un *ufficio legale*, con una cierta autonomía dentro del ente en cuestión, al que se le confía la asistencia jurídica y contenciosa del mismo. A estos juristas se les confiere un mandato general de representación y defensa del organismo en litigio, quien, por razones de economía contable, tendrá que valerse de sus servicios de forma prioritaria; no obstante, lógicamente ese patrocinio no podrá ser exclusivo

349. <https://www.avvocaturastato.it/>

350. Un incentivo para aumentar la eficiencia de la defensa es el sistema de distribución de honorarios legales. De hecho, además del salario mensual ordinario, el Abogado del Estado también recibe, cada cuatro meses, una parte de los honorarios legales cobrados a través de los casos ganados. Cfr. Decreto 28 ottobre 2014. Criteri di determinazione del rendimento individuale ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114. (14A08715) (GU Serie Generale n.263 del 12-11-2014).

ni vinculante porque carece de peso institucional. (...) Al margen de estos supuestos de verdadera externalización de la asistencia contenciosa a las Administraciones públicas, hay otros casos en los que la Administración comparece en litigio asistida por un profesional privado en lugar de por la Avvocatura. Las apariencias no deben inducirnos a error, pues estos últimos son supuestos de delegación de funciones por parte de la Avvocatura en los que esta sigue siendo sin embargo la titular de la función de la asistencia jurídica. (...) Así, en virtud del artículo 2 del RD de 1933, las funciones de procuraduría pueden ser delegadas, para los juicios que tienen lugar fuera de la sede de la Avvocatura, en funcionarios de la Administración interesada o incluso en profesionales de ejercicio libre.³⁵¹

La institución ejerce también una importante función consultiva basada en su carácter de órgano técnico no dependiente. Algunos abogados del Estado italiano forman parte de las «oficinas normativas» de los Ministerios y suministran consultas para el abordaje de problemas jurídicos desde una perspectiva interna. Las consultas pueden referirse también a la interpretación general de una nueva ley para que el Departamento pueda aplicarla de la manera correcta, evitando varios litigios potenciales. En todos estos casos, las consultas son opcionales y el resultado no es vinculante. «A diferencia del sistema español que no contempla una norma similar, en Italia, la resolución de la Administración contraria al parecer de la Abogacía del Estado obliga al órgano autor del acto a motivar expresamente el porqué del disenso».³⁵²

Para convertirse en *Procuratore dello Stato* (abogado junior), se tiene que superar una oposición pública, que se considera muy selectiva, que consiste en tres exámenes escritos y un examen oral sobre ocho asuntos. Dos años después del nombramiento, se tiene derecho a participar en otro concurso público para convertirse en *Avvocato dello Stato*, que consiste en cuatro exámenes escritos y dos exámenes orales: uno sobre quince asuntos y otro sobre un caso simulado. A este segundo concurso, pueden participar también magistrados, abogados privados y funcionarios de administraciones públicas con cierta antigüedad. Quien decida no participar, debería convertirse, más o menos automáticamente, en *Avvocato dello Stato* después de 8 años (hoy en día esto ya no es así, debido a los límites del gasto público), pero normalmente la mayoría de los *Procuratori dello Stato* no esperan la promoción automática y participan en la segunda oposición, no solo por razones económicas, sino sobre todo para aumentar la calidad del trabajo y tener derecho a funciones que uno no puede cumplir como abogado junior, como alegar ante las jurisdicciones superiores.³⁵³

Todo este conjunto humano se encuentra dirigido por el *Avvocato Generale dello Stato*, cuya sede se encuentra en Roma y es nombrado con un decreto del Presidente de la República a propuesta del Primer Ministro y tras una delibera-

351. BOTO ÁLVAREZ, A. *La Administración Instrumental en el proceso*. Ed. Reus, Madrid, 2011, pp. 239-240.

352. SOLER TAPIA, E. op. cit. p. 248

353. Una ley de 1997 eliminó la distinción entre Procuradores y Abogados para la profesión liberal, pero no se aplica a los Abogados del Estado.

ción del Gabinete. Hay un Distrito de *Avvocatura* en cada sede de la Corte de Apelación, un total de 25, más o menos en cada Región de Italia, que son 20. Los abogados asignados a cada distrito defienden a las administraciones estatales ante el juez de primera instancia y el tribunal de apelación. Si hay que recurrir una decisión ante la Corte Suprema, la División del Distrito envía todos los documentos a la *Avvocatura Generale* en Roma, competente para las jurisdicciones superiores. Lo mismo ocurre con los casos ante los jueces administrativos: la *Avvocatura* del Distrito defiende al Estado ante los Tribunales Administrativos Regionales y para apelar una decisión ante el Consejo de Estado, todos los documentos deben transmitirse a Roma.

Igualmente, los consejos legales de particular importancia deben ser emitidos en Roma por el Comité Consultivo, compuesto por el Abogado General y por seis abogados estatales con una larga experiencia. El Comité Consultivo, que se reúne una vez al mes, también da las principales instrucciones generales para la coordinación de la defensa, resuelve las divergencias de opinión entre los Abogados que tratan casos similares y establece los criterios para asignar los casos.

«El Comité Consultivo, expresión del principio de colegialidad en el plano técnico-institucional, está presidido por el Abogado General del Estado, y compuesto, además, por seis abogados designados por el Consejo, entre los miembros del Cuerpo que ostenten la tercera categoría de abogado del Estado, que no ocupen el puesto de Secretario General y que no formen parte del Consejo. Sin perjuicio de poder consultarlo siempre que lo considere oportuno, el Abogado General debe necesariamente recabar el dictamen del Comité Consultivo en las cuestiones de especial relevancia y en el establecimiento de directrices generales para el tratamiento de asuntos contenciosos o consultivos.

Igualmente, el Comité Consultivo tiene atribuidos dos importantes cometidos. Por un lado, le corresponde dirimir, con audiencia de los interesados, las divergencias de opinión que sobre el tratamiento de un asunto contencioso o consultivo puedan surgir entre el abogado al que le ha correspondido y un abogado que ejerza funciones directivas sobre él (Abogado General, Viceabogado General o Abogado Jefe de Distrito). La doctrina ha resaltado la trascendencia de esta novedad introducida por la Ley 103 de 1979, en tanto supone sustituir un principio de prevalencia jerárquica por la decisión de un órgano colegiado dotado de auctoritas, entendiéndose que la colegialidad se ajusta más al respeto profesional que la jerarquía. Para que el Comité resuelva este tipo de conflicto interno es necesario que el abogado al que ha correspondido el asunto presente un informe escrito sobre el mismo y solicite su pronunciamiento. Para salvaguardar en todo caso la conciencia profesional del abogado, aun cuando el Comité haya expresado su opinión contraria, puede solicitar ser sustituido en ese asunto. Le corresponde también al Comité Consultivo la determinación de los criterios de reparto de asuntos con carácter general entre los funcionarios destinados en cada Abogacía.»³⁵⁴

354. ARBIZU LOSTAO, E. «L'Avvocatura dello Stato. Asistencia, representación y defensa de la Administración en derecho italiano» *Revista de Administración Pública* n° 122, 1990, p. 487-488. Con cita de

BIBLIOGRAFIA CAPITULO VII

- AAVV. *L'Avvocatura nei principali ordinamenti giuridici. Atti del Convegno Internazionale Roma-Napoli 22-23 maggio 1987*. Roma, 1990
- AAVV. *L'Avvocatura dello Stato verso il 2000 nel solco della tradizione. Atti del Primo Congresso Nazionale degli Avvocati e Procuratori dello Stato*. Firenze, 1989.
- AAVV. *La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Estudios en Homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*. Ibercaja-Aranzadi, Pamplona, 1999.
- ARBIZU LOSTAO, E. «L'Avvocatura dello Stato. Asistencia, representación y defensa de la Administración en derecho italiano» *Revista de Administración Pública* n° 122, 1990.
- ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DEL ESTADO. *La asistencia jurídica al Estado en el Siglo XXI. I Congreso de la Abogacía del Estado*, Madrid 1999. Aranzadi, 2000.
- BOTO ÁLVAREZ, A. *La Administración Instrumental en el proceso*. Ed. Reus, Madrid, 2011.
- DE FUENTES SANCHIZ, N. «El cuerpo de Abogados del Estado. Su constitución y su influencia en el derecho común» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n° 544, 1981.
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. «Algunas observaciones sobre la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas» *Tribunales de Justicia. Revista mensual de jurisprudencia, doctrina y práctica procesales*, n°2, 1998
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. «La figura del Delegado de Hacienda en la Administración española» *Hacienda Pública Española*, n° 73, 1981.
- GILABERT, Miguel Angel. *La formación histórica del cuerpo de Abogados del Estado*. Global Law Press, Sevilla, 2016
- LÓPEZ-MEDEL BASCONES, J. «La elaboración de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas» en AAVV *La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Estudios en Homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*. IberCaja-Aranzadi, Pamplona 1999.
- LORENZO JIMÉNEZ, J.V. «La Jurisdicción de Hacienda a finales del Antiguo Régimen» *Anuario de Historia del Derecho Español AHDE* tomo LXXXII, 2012
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. «Reflexión actual sobre la defensa en juicio de Estado» en *Estudios Jurídicos en Honor a José Gabaldón López*. Trivium, Madrid, 1990.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. *La defensa en Derecho del Estado. Aproximación a la historia del cuerpo de Abogados del Estado*. Civitas, Madrid, 2013 2ª ed.
- ORDUÑA REBOLLO, E. *Historia del Estado español*. Marcial Pons / Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2015.

Zecca, Emilio. «Rappresentanza e difesa in giudizio della pubblica amministrazione». *Enciclopedia del Diritto*, Milan, 1984.

- PALATIELLO, Giovanni y BRUNI, Alessandra. *La difesa dello Stato nel processo*. UTET, Torino, 2011.
- PAN-MONTOJO, Juan. «El Estado según los altos funcionarios de la Hacienda española, 1881-1936.» *Historia y Política*, 36, 2016 75-101. Disponible en <https://recyt.fecyt.es/index.php/Hyp/article/view/35903/32404>
- PARADA, J.R. «Toque de silencio por la justicia militar». *Revista de Administración Pública* n° 127, 1992.
- PAVONE, P. *Lo Stato in giudizio. Gli Enti pubblici ed Avvocatura dello Stato*. Milano, Guiffrè, 2002 (2ª ed).
- SANZ GANDASEGUI, F. «El Abogado del Estado» en DIEZ-PICAZO, L.M. *El oficio de jurista*. Madrid Siglo XXI, 2006.
- SARMIENTO LARRAURI, J.I. «Los Abogados del Estado, antecedentes históricos» *Foro, Nueva época*, núm. 6/2007: pp. 73-92. Disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/viewFile/FORO0707220073A/13575>
- SOLER TAPIA, E. «La Abogacía del Estado en España: un modelo particular de defensa jurídica del Estado en el seno de la Administración pública del Siglo XXI: diferencias con la Avvocatura dello Stato italiana» en *La Abogacía del Estado para una Administración del Siglo XXI*. ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. XXVIII Jornadas de Estudio. Ministerio de Justicia, 2007.
- YÁÑEZ DÍAZ, C. «Los Servicios Jurídicos en las Cortes y en la Asamblea de Madrid. Análisis de la tramitación parlamentaria de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas y de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid» *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n°. 22, 2010. Disponible en <https://www.asambleamadrid.es/RevistasAsamblea/ASAMBLEA%2022%20COMPLETA.pdf>

Capítulo VIII

OTROS ASPECTOS

Dedicamos este último capítulo al análisis de la función de asesoramiento legal en otras administraciones como son la local y las administraciones institucionales. La Administración local cuenta desde el Estatuto municipal de 1924 con funcionarios encargados de velar por la legalidad de la actuación administrativa (Secretarios) y económica (Interventores). Se trata de garantizar que el nivel administrativo con menos medios humanos y materiales, pueda contar también con el auxilio legal en la toma de decisiones. Junto con ello, se analizan la administración institucional e incluso la personificación privada del ejercicio del poder público mediante entidades empresariales. Finalmente está la cuestión, no tanto del asesoramiento, sino de la representación legal de las Administraciones y en especial el fenómeno reciente de la suscripción por parte de entes administrativos de pólizas de seguro de defensa legal que ofrecen aseguradoras privadas cuyos letrados intervienen en los pleitos de reclamación de responsabilidad por daños.

1. LOS CUERPOS LOCALES DE HABILITACIÓN NACIONAL Y LOS SERVICIOS JURÍDICOS PROPIOS DE LOS ENTES LOCALES

1.1. La cuestión constitucional de la autonomía local

La Administración local ha sido tradicionalmente —y lo es también en la actualidad— un semillero de innovación y diversidad, el primer escalón administrativo con el que tienen relación los ciudadanos y un destacado prestador de servicios básicos a la Comunidad. Entre las muchas peculiaridades que exhibe este nivel administrativo se encuentra la existencia de los secretarios e interventores locales. Se trata de Funcionarios de Administración Local con Habilitación

de Carácter Nacional, pero que dependen funcionalmente de cada entidad local. Se accede al cuerpo a través de un sistema de oposición y se concursa en las plazas libres de cada ciudad o provincia.

Históricamente, estos cargos eran electos por las propias corporaciones. La Constitución de Cádiz de 1812, establece en su artículo 320 que «Habrà un secretario en todo Ayuntamiento, elegido por éste a pluralidad absoluta de votos, y dotado de los fondos del común» y en el artículo 333 del mismo texto constitucional prevé que «La diputación nombrará un secretario, dotado de los fondos públicos de la provincia». Durante el siglo XIX hubo intentos de dar estabilidad funcional a esta figura, pero el tremendo grado de convulsión política que tuvo España a lo largo del pasado siglo XIX frustró los intentos. Pese a estas circunstancias políticas se intentó una reforma de este colectivo durante la revolución de septiembre de 1868.

«La gran reforma de los Secretarios de Administración Local vino de la mano del Director General de Administración Local durante la Dictadura del General Primo de Rivera, Calvo Sotelo, que elabora el Estatuto Municipal de 1924, y en el mismo se crea el cuerpo de Secretarios que ingresan por el sistema de oposición para luego, una vez superada esta situación, ser nombrados por las Corporaciones Locales. El nombre de Cuerpo Nacional no surge en esta norma sino en la ley Municipal de 1935, en concreto de 31 de octubre, que para referirse al colectivo objeto de estudio, emplea el concepto de cuerpo nacional.»³⁵⁵

Con la CE de 1978 se reconoce la administración local como división territorial del Estado (art. 137 CE) que goza de autonomía para la gestión de sus propios intereses. La reforma de la LOTC en 1999 creó un proceso constitucional *ad hoc* para proteger esa garantía. El Capítulo IV LOTC (arts. 75 bis y ss) regula el planteamiento de los conflictos en defensa de la autonomía local frente a las normas del Estado con rango de ley o las disposiciones con rango de ley de las Comunidades Autónomas que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada.

Al reconocer a las Comunidades un ámbito normativo en materia de legislación local, se crea un cierto recelo en lo que refiere a la existencia de estos cuerpos nacionales. En la STC 25/1983, de 7 de abril, se enjuició un conflicto de competencias entablado por el Gobierno Vasco en relación al Real Decreto 642/1981, de 27 de marzo, por el que se reguló el régimen de los concursos de traslado de los funcionarios de Cuerpos Nacionales de Administración Local, y contra la Resolución de 2 de mayo de 1981 de la Dirección General de Administración Local por la que se convocaron concursos de traslado para la provisión en propiedad de plazas a desempeñar por funcionarios de los Cuerpos naciona-

355. SARMIENTO LARRAURI, J.I. «Los Secretarios de Administración Local y el Estatuto Básico del Empleado Público» Actualidad Administrativa nº 16, 2010, p. 2. De modo más específico, AGIRREAZKUE-NAGA ZIGORRAGA, I., *Orígen de los funcionarios locales de habilitación estatal: los cuerpos nacionales*. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1996; ORDUÑA REBOLLO, E. «Historia de una profesión al servicio de la ciudadanía: secretarios, interventores y tesoreros de la Administración local española» en ORDUÑA REBOLLO, E. y MERINO ESTRADA, V. (Coords.) *Secretarios, interventores y tesoreros de la Administración local. Doscientos años al servicio de la ciudadanía*. Madrid, CUNAL, 2012.

les de Administración Local. En la resolución, el TC afirma la competencia estatal en los siguientes términos: «En el presente caso se trata de decidir si la selección de funcionarios pertenecientes a los cuerpos nacionales de Secretarios, Interventores y Depositarios de Fondos de Administración Local y su adscripción a plazas determinadas, pertenece o no al núcleo de las «bases» de la regulación de la materia indicada. Al resolver esta cuestión manejando el concepto de la jurisprudencia de este Tribunal que antes recordamos, tenemos que establecer que ha de considerarse como básica dentro del ordenamiento jurídico actualmente vigente la existencia de los cuerpos de funcionarios citados como cuerpos de carácter nacional y la selección de los funcionarios dentro de los citados cuerpos. Puede, asimismo, considerarse como básico que el sistema utilizado para la adscripción de tales funcionarios a plazas concretas sea el de concurso de carácter nacional, pues ello otorga a los funcionarios en cuestión una igualdad de oportunidades y permite una valoración objetiva de los méritos, garantizando asimismo los derechos de los administrados en la misma forma en todo el territorio nacional. Todo aquello que sea preciso para la preservación de la normativa de una institución considerada como básica, debe ser entendido asimismo como básico por vía de consecuencia o de conexión. De esta manera, si hemos considerado que es básica en el ordenamiento jurídico vigente la existencia de un cuerpo de funcionarios de alta cualificación, tiene que ser cierto que ha de poseer la misma connotación todo aquello que preserve la existencia de ese cuerpo y ello permitirá proscribir lo que lo haga desaparecer o lo menoscabe. En este sentido no se puede olvidar que la pretensión sostenida por los promotores de este conflicto, aunque a la corta pudiera conducir simplemente a una multiplicación de los concursos de posible solución, de acuerdo con unos cánones igualitarios e impugnables, en su caso, por la vía contenciosa administrativa, a la larga tiene que conducir a una fragmentación de los concursos, por la absoluta imposibilidad de atender a todos ellos simultáneamente, con la ulterior y muy probable consecuencia de facto, sino de iure, de que se produzca una cabal regionalización de los cuerpos en cuestión, en contra de lo que en la línea de partida de este razonamiento habíamos considerado como básico.» (FJ 4º)

Sentadas estas bases, se aprobó la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, cuya DTr. 7ª, diluía el carácter de cuerpos nacionales y remitía la cuestión a la legislación general sobre función pública. La Ley fue también objeto de recurso de inconstitucionalidad resuelto por la emblemática STC 214/1989, de 21 de diciembre. Para uno de los recurrentes (Generalitat de Cataluña) la institución se tildaba de poco coherente con las autonomías históricas y con su tradición municipalista y autonomista, y comparaba el sistema con la previa regulación que de los Secretarios e Interventores de las Corporaciones Locales hacía la Ley del Parlamento de Cataluña de 16 de julio de 1934 (arts. 213 y 233). Según se argumentaba, en el modelo republicano la selección se había de efectuar por la propia Corporación mediante concurso y con la intervención de la Generalidad sólo orientada a garantizar la preparación técnica de los candidatos a través del otorgamiento de la oportuna «Licenciatura» por parte de la Escuela de Administración Pública de Cataluña. De prosperar las

previsiones de la Ley 7/1985, razonaba la Generalitat, se resentiría gravemente el principio de la autonomía local con mengua también de las competencias autonómicas para intervenir en forma importante en todo lo que atañe a la vida local.³⁵⁶

En la STC 214/1989, se reafirma el carácter básico de la regulación de los cuerpos de habilitación nacional con un razonamiento de mayor calado: garantizar de manera generalizada en todas las Administraciones locales el correcto desempeño de cierto elenco de funciones que por su trascendencia misma rebasan el estricto interés local: «Es cierto que la LRBRL formalmente ha suprimido dichos Cuerpos, si bien esa supresión ha ido acompañada de la calificación como «funciones necesarias en todas las Corporaciones Locales» la de «Secretaría» y las de «control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación», quedando las mismas reservadas «a funcionarios con habilitación de carácter nacional» (art. 92.3.º). Por ello, de acuerdo con la doctrina de la sentencia constitucional que se acaba de citar, no hay lugar sino a reconocer como válida y ajustada plenamente a la Constitución la decisión del legislador estatal que, al amparo del art. 149.1.18.^a de la norma fundamental, ha fijado como básicas —y, por tanto, necesarias en todas las Corporaciones Locales determinadas funciones que, por su propia naturaleza quedan reservadas a determinados funcionarios con un específico grado de formación. Ese carácter básico, al servicio de garantizar de manera generalizada en todas las Administraciones Locales el correcto desempeño y desenvolvimiento de cierto elenco de funciones que, por su trascendencia misma, rebasan el estricto interés local y, más aún, autonómico, justifica, asimismo, que el Estado asuma, con plenitud de facultades, la fijación de los correspondientes programas de selección y formación de los funcionarios habilitados» (FJ 7º)

Con este marco legal se aprueban las siguientes normas de desarrollo: Real Decreto 1174/1987 de 18 de septiembre, sobre el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional; Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre Provisión de Puestos de Trabajo para Funcionarios de Habilitación Nacional; Real Decreto 834/2003, de 27 de junio, que modifica los sistemas de selección y provisión de puestos de trabajo de los funcionarios de Habilitación Nacional y Real Decreto 834/2003, de 27 de junio,

356. la cuestión no parece tan idílica como la presentan los recurrentes. En Cataluña, el asalto del poder revolucionario a los entes locales comenzó en 1933. El 14 de enero de 1933 el Consejo de Ministros transfirió a la Generalitat las competencias en materia local. Por Decreto de 6 de julio de 1933 y Orden de la misma fecha, se legalizaron los nombramientos de los militantes de Esquerra Republicana de Cataluña como Secretarios de Ayuntamiento. Los funcionarios del colectivo de Secretarios cesados en Cataluña llevaron sus casos a los tribunales que condenaron a la Generalitat a la reposición de los cesados, para superar este escollo la Generalitat aprobó una ley de fecha 9 de marzo de 1934 que violaba los principios más elementales del Estado de Derecho. La Llei de 16 de julio de 1934 intentó una estabilización de la situación sin perderse, sin embargo, las facultades de intervención de la Generalitat. Al final, como es conocido, los hechos de octubre de 1934 terminaron con la proclamación del Estado Catalán y la intervención militar. Cfr. MARQUES I CARBÓ, LL. *La Llei municipal de Catalunya (1933-1934)* Editorial Institut Municipal d'Història, Barcelona, 1977.

por el que se modifican los sistemas de selección y provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Habilitación Nacional. Finalmente, el Real Decreto 522/2005, de 13 de mayo, modifica los requisitos de integración de los funcionarios de Habilitación Nacional, que pertenecen a la subescala de Secretaría e Intervención.

La cuestión, sin embargo, lejos de quedar zanjada se reabre con la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, norma hoy derogada y sustituida por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público). Según el literal de la DA. 2ª de la Ley 7/2007:

«1.1 Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a funcionarios, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería.

1.2 Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter estatal:

a) La de secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

b) El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación.»

La escala de funcionarios con habilitación de carácter estatal se subdivide en las siguientes subescalas: Secretaría a la que corresponde las funciones contenidas en el apartado 1.2.a); Intervención-tesorería a la que corresponde las funciones contenidas en el apartado 1.2.b); Secretaría-intervención a la que corresponden las funciones contenidas en los apartados 1.2.a) y 1.2.b), salvo la función de tesorería.

Pero sin duda lo más destacable es la descentralización del régimen de los habilitados nacionales.³⁵⁷ El apartado 3º de la DA que comentamos determina que la creación, clasificación y supresión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal corresponde a cada Comunidad Autónoma. Igualmente, la convocatoria de la oferta de empleo corresponde a las Comunidades Autónomas. Asimismo es de competencia de las Comunidades Autónomas la selección de dichos funcionarios, conforme a los títulos académicos requeridos y programas mínimos aprobados reglamentariamente por el Ministerio de Administraciones Públicas. Las Comunidades Autónomas publicarán las convocatorias de las pruebas selectivas de los funcionarios con habilitación de

357. Cfr. ORTEGA ÁLVAREZ, L. «La incidencia del desarrollo del Estado autonómico sobre la concepción del sistema de la habilitación nacional de funcionarios locales». *Revista de Administración Pública* n. 153, 2000.

carácter estatal en sus Diarios Oficiales y las remitirán al Ministerio de Administraciones Públicas para su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Las Comunidades Autónomas remitirán la relación de funcionarios nombrados por las mismas al Ministerio de Administraciones Públicas para que éste proceda a acreditar la habilitación estatal obtenida y a su inscripción en el correspondiente registro. A estos efectos, en el Ministerio de Administraciones Públicas existirá un registro de funcionarios con habilitación de carácter estatal en el que deberán inscribirse los nombramientos efectuados por las Comunidades Autónomas, situaciones administrativas, tomas de posesión, cese, y cuantas incidencias afecten a la carrera profesional de dichos funcionarios. Este registro integrará las inscripciones practicadas en los registros propios de las Comunidades Autónomas.

Resulta indudable, pues, el aumento de competencias autonómicas sobre la materia. Para SARMIENTO se aprecia un «cambio revolucionario» en esta materia: «es en materia de provisión de puestos regulada en el apartado cinco donde el papel autonómico alcanza su clímax sobre los habilitados. El concurso es la forma ordinaria de provisión, aunque desde la aprobación de las Leyes 31/1991 y 10/1993, aprueba la cobertura de ciertos puestos por libre designación, en concreto en el artículo segundo de la citada ley 10/1993 es para los puestos dotados con un complemento de destino de nivel 30, procedimiento declarado constitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2000 de 5 de octubre.

En el concurso hay dos tipos de concursos anuales, el ordinario y el unitario. En el concurso ordinario —que es el principal— las Comunidades Autónomas regulan las bases comunes y la valoración de los méritos. Las Corporaciones Locales aprobarán el concurso ordinario anual con inclusión de la plazas vacantes que consideren oportuno convocar y luego las remiten a la Administración de la comunidad autónoma para su publicación. Las Corporaciones Locales resuelven los concursos y las resoluciones de los mismos van de nuevo a las Administraciones autonómicas y depuradas las resoluciones para evitar que se adjudique a un mismo concursante varias adjudicaciones de plazas, luego se procede a enviarlo al diario oficial de la Comunidad Autónoma y posteriormente se traslada al MAP, hoy Ministerio de la Presidencia del Gobierno, para su publicación en el BOE, y el giro copernicano es el de la valoración de los méritos que antes venía regulado en el artículo 99.1 de la LBRL y ahora con la disposición adicional segunda es cada comunidad Autónoma la que fija el porcentaje (en el artículo 99.1 los méritos de puntuación generales eran de un 65 por ciento, un 10 por ciento eran los méritos autonómicos y el 25 por ciento restante era de las corporaciones locales) puntuación que corresponde a cada uno de aquellos tres tipos de méritos, por lo cual puede producirse el caso de que en una Comunidad Autónoma el valor de los méritos generales sea marginal en relación a los méritos específicos o los méritos de determinación autonómica.

El concurso unitario es un concurso marginal en todos los sentidos de la palabra para todas aquellas vacantes que no se hayan podido cubrir en el concurso ordinario. (...) El concurso unitario es de carácter estatal y lo convoca el

MAP, hoy Ministerio de la Presidencia, el concurso ordinario es por supuesto del ámbito de la comunidad Autónoma en que estén ubicados las Corporaciones Locales, pero el unitario se convocará después de los concursos ordinarios y será por la experiencia del autor de este trabajo, lo que ningún funcionario de habilitación nacional quiera.»³⁵⁸

En definitiva, con la doctrina constitucional y la previsión del EBEP, son las Comunidades Autónomas las que efectuarán, de acuerdo con su normativa, los nombramientos provisionales de funcionarios con habilitación de carácter estatal, así como las comisiones de servicios, acumulaciones, nombramientos de personal interino y de personal accidental. Igualmente, el régimen disciplinario aplicable a dichos funcionarios se regulará por lo dispuesto por cada Comunidad Autónoma, correspondiendo al Ministerio de Administraciones Públicas solamente la resolución de los expedientes disciplinarios en los que el funcionario se encuentre destinado en una Comunidad distinta a aquélla en la que se le incoó el expediente. Los funcionarios con habilitación de carácter estatal se regirán por los sistemas de acceso, carrera, provisión de puestos y agrupación de funcionarios aplicables en su correspondiente Comunidad Autónoma, respetando lo establecido en esta Ley.

Las consecuencias de la descentralización del régimen de los secretarios no se limita a una mayor fragmentación y diversidad normativa. Podría suponer también una disminución de su garantía de independencia técnica. En la actualidad, los secretarios, para la obtención de un nombramiento provisional y después de superar la oposición, deben realizar entrevistas con el Alcalde o Concejal del municipio, en competencia con otros compañeros candidatos y tras las que se hacen llamadas para pedir referencias.

A lo anterior se añade una posibilidad contemplada en la normativa: el nombramiento accidental. «La discrecionalidad de la libre designación se ha proyectado, como consecuencia de las sucesivas reformas del régimen local en la libre designación de los Secretarios e Interventores, con sensible menoscabo de los controles jurídicos y económicos de las entidades locales (...)»³⁵⁹ En España cerca del 40% de las plazas de habilitados nacionales de los Ayuntamientos son accidentales (sin oposición y nombrados por las CCAA).³⁶⁰

El último hito normativo que merece nuestra atención es la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.³⁶¹ La reforma de

358. SARMIENTO LARRAURI, J.I. «Los Secretarios de Administración Local y el Estatuto Básico del Empleado Público» *Actualidad Administrativa* nº 16, 2010, p. 6

359. SANCHEZ BLANCO, A. «Historia y prospectiva de la Abogacía del Estado» en *La Abogacía del Estado para una Administración del siglo XXI. XXVIII Jornadas de Estudio de la Abogacía del Estado y la Dirección del Servicio Jurídico del Estado*. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p. 382

360. Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas, de fecha 14 de abril de 2014, de las retribuciones y de los sistemas de provisión y promoción de los puestos de intervención de las entidades locales. Disponible en <https://www.tcu.es/repositorio/0e2feccf-2fb1-4b45-a760-e10838463779/I1032.pdf>

361. ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, M.L. «Reflexiones sobre la nueva regulación de los funcionarios con habilitación de carácter nacional en la legislación de régimen local: ¿avance o retroceso?» *Revista Española de Derecho Administrativo* n. 170, 2015.

2013 pretende, en parte recuperar el modelo tradicional anterior al EBEP. Es decir, se refuerza en carácter estatal de la selección de los funcionarios y la clasificación y provisión de los puestos. Diacrónicamente, la cuestión se asemeja indudablemente al curso del río Guadiana. Sea como fuere, la LRSAL fue cuestionada también ante el Tribunal Constitucional en hasta once distintos procesos.³⁶² Para nuestro interés, cabe mencionar las SSTC 45/2017, de 27 de abril (recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Andalucía); 54/2017, de 11 de mayo (recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña); 93/2017, de 6 de julio (recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Cataluña); y 107/2017, de 21 de septiembre (conflicto en defensa de la autonomía local).

Respecto de la primera (STC 45/2017) se introduce en el apartado a) del FJ 3º una descripción narrativa de los cambios que ha supuesto la reforma introducida por la Ley 27/2013 respecto a los Secretarios e Interventores (Cuerpos Nacionales): «La LBRL transformó los clásicos cuerpos nacionales de secretarios, interventores y depositarios —luego tesoreros— en «funcionarios con habilitación de carácter nacional» y funciones de secretaría, comprensiva de la fe pública y del asesoramiento legal preceptivo, así como de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, contabilidad, tesorería y recaudación (art. 92.3). El Estado se reservó buena parte de las competencias relativas a este colectivo funcional, incluidas las de carácter ejecutivo: «la selección, formación y habilitación» de estos funcionarios «corresponde al Instituto de Estudios de Administración Local, conforme a las bases y programas aprobados reglamentariamente» (art. 98.1). No obstante, admitió la descentralización territorial de las pruebas de selección para el acceso a los cursos de formación, así como la delegación de esta formación en los institutos o escuelas de funcionarios de las Comunidades Autónomas (art. 98.1). A su vez, la convocatoria de los concursos «anuales» (ahora concursos «ordinarios») para la cobertura de las vacantes correspondía a las Comunidades Autónomas, si bien el Estado «determinará la fecha» de esa convocatoria y efectuará por sí, «supletoriamente», las que «no se realicen según lo previsto en esta Ley por las Comunidades Autónomas» (art. 99.2).

Reformas sucesivas ampliaron en alguna medida los márgenes de intervención de las propias entidades locales y las Comunidades Autónomas (disposición adicional octava de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre; Ley 10/1993, de 21 de abril, y disposición adicional novena de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre). La disposición adicional segunda LEEP acabó reconociendo a las segundas prácticamente todas las tareas de ejecución no encomendadas a las primeras: aprobación de la oferta de empleo público, convocatoria y realización de las pruebas selectivas (ajustada a los títulos académicos requeridos y programas mínimos aprobados reglamentariamente por el entonces Ministerio de Administraciones Públicas), nombramiento provisional, acumulaciones, comisiones de servicios y

362. PADROS REIG, C. «El control de constitucionalidad de la reforma local de 2013» *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 46 2017

nombramientos de personal interino y accidental, inscripción de nombramientos e incidencias en registros propios, así como resolución de los procedimientos disciplinarios, salvo los tramitados respecto de funcionarios situados en una Comunidad distinta de la que incoó el expediente (apartados 4, párrafos primero y segundo, 5.3 y 6, primer párrafo). Reservó al entonces Ministerio de Administraciones Públicas, además de la resolución de esos concretos procedimientos disciplinarios, únicamente la convocatoria del denominado concurso «supletorio» (ahora denominado «unitario»), remitiendo su régimen al desarrollo reglamentario e indicando que, en todo caso, las bases deberán incorporar los méritos generales, los de valoración autonómica y los que las Comunidades Autónomas hayan establecido con relación al conocimiento de la lengua; así como la recepción de «la relación de funcionarios nombrados» por las Comunidades Autónomas para su «acreditación» e «inscripción» en el «registro de funcionarios con habilitación de carácter estatal», que «integrará las inscripciones practicadas en los registros propios de las Comunidades Autónomas» (apartado 4, párrafos segundo y tercero).

El artículo 92 bis LBRL ha invertido claramente la tendencia indicada con el objetivo de «garantizar la profesionalidad y la eficacia del control interno» de la actividad local, así como «reforzar» la independencia de los funcionarios con habilitación de carácter nacional «respecto a las Entidades Locales en las que prestan sus servicios» (exposición de motivos de la Ley 27/2013). Mediante la reordenación de competencias (y la introducción de mayores restricciones a la libre designación como sistema de provisión), pretende asegurar la independencia de estos órganos de control respecto de las corporaciones controladas y, en general, alejar lo más posible del ente local la toma de decisiones sensibles relacionadas con secretarios e interventores, todo ello para asegurar su despolitización, así como unas condiciones mínimas de igualdad en el régimen de unos funcionarios «habilitados» con carácter «nacional». No obstante, la nueva regulación no llega a retomar el anterior sistema de cuerpos nacionales ni siquiera el régimen originario de la Ley de bases del régimen local sin que, por tanto, haya recentralizado el conjunto de tareas ejecutivas relativas a este colectivo funcional.» (FJ 3.a) STC 45/2017)

A juicio de la sentencia constitucional, se produce una cierta reconducción de la distribución competencial entre Estado y Comunidades en esta materia. Si hasta ahora la legislación estatal y el EBEP exhibían cierta deferencia con la regulación autonómica, ésta se restringiría ahora (sin volver al sistema central clásico). No resulta evidente que este discurso sea útil para examinar la cuestión de la vulneración de la autonomía local (cuestión ya zanjada en las SSTC 25/1983 y 214/1989). Sí, en cambio, para la cuestión de la vulneración de las competencias ejecutivas de las CCAA que ahora gozarían de un menor espacio normativo. En otras palabras, no se discute que existe un sistema de control sobre las entidades locales (legalidad y eficiencia del gasto) sino si esos controles necesitan de una actividad ejecutiva estatal (la convocatoria de concursos).

Y la cuestión clave está precisamente en determinar si la vuelta al sistema antiguo de concursos estatales vulnera las competencias ejecutivas autonómicas.

Como se dijo en la STC 25/1983 «todo aquello que sea preciso para la preservación de la normativa de una institución considerada como básica, debe ser entendido asimismo como básico por vía de consecuencia o de conexión». El régimen de concursos (estatal o autonómico) es básico o no según lo disponga el legislador ordinario (vía ley de Bases de Régimen Local o vía EBEP). Tan constitucional es una opción u otra si así lo estima el legislador básico. Por ello, el razonamiento competencial queda en manos del legislador estatal. Al final se recurre a la fórmula del «no vaciamiento competencial», es decir, la actual regulación es constitucional porque pese a extender el carácter de legislación básica a los aspectos meramente ejecutivos (concursos), no se dejaría a las CCAA totalmente al margen.³⁶³

Con ello, se da por bueno el razonamiento del Preámbulo de la Ley 27/2013: «con el objeto de reforzar su independencia con respecto a las Entidades Locales en las que prestan sus servicios los funcionarios con habilitación de carácter nacional, corresponde al Estado su selección, formación y habilitación así como la potestad sancionadora en los casos de las infracciones más graves». En definitiva, creemos que la *ratio decidendi* del juicio de constitucionalidad se balancea ambigüamente entre dos técnicas: la extensión de las bases hasta lo ejecutivo es imprescindible para garantizar el objetivo estatal (independencia de los funcionarios y su tarea); pero en el juego entre bases-ejecución, no se puede despojar a las CCAA de toda intervención (regla del no vaciamiento). Y con ello se afirma la constitucionalidad del precepto.

Menos interesantes resultan las SSTC 54/2017 y 93/2017 (recursos respectivamente del Parlament y de la Generalitat de Cataluña), así como la STC 107/2017 de 21 de septiembre (conflicto en defensa de la autonomía local) que se resuelven por remisión a la anterior.

En definitiva, interesa destacar como la existencia obligatoria de funcionarios habilitados nacionales para desarrollar la función de asesoramiento y garantía de legalidad de la actuación administrativa local no vulnera el principio de autonomía local. La autonomía para la gestión de sus propios intereses debe coexistir con un interés superior como es la garantía de profesionalidad, independencia y sometimiento al Derecho. Tampoco es contrario al orden constitucional el hecho de reducir el margen de intervención de las Comunidades autónomas en el sistema de selección y provisión de las plazas. El Estado retiene las bases de su régimen jurídico que le permite —si el objetivo así lo requiere— abarcar hasta actos ejecutivos como son los concursos. Los críticos más agoreros con la reforma local de 2013 han visto sus lamentos rechazados por la reciente jurisprudencia constitucional.

363. Mi compañero Amenós utiliza la gráfica expresión «centralización suave». Cfr. AMENÓS ÁLAMO, J. «Són els secretaris d'administració local una eina institucional adequada contra la corrupció?» *Revista Catalana de Dret Públic* nº 60, 2020, p. 22.

1.2. La actual regulación vigente

Todo el debate anterior tiene su último exponente con la aprobación del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. La norma tiene la virtualidad —ya de por sí encomiable— de aunar en una sola regulación lo que hasta ahora era una normativa confusa y dispersa.

El Decreto explicita en su exposición de motivos los siguientes objetivos: (i) Evitar los problemas de solapamientos competenciales entre Administraciones hasta ahora existentes; (ii) Reforzar el papel de la Administración General del Estado en relación con los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, al asumir la selección, formación y habilitación de estos funcionarios, así como la asignación de un primer destino; (iii) Asimismo, reforzar y clarificar las funciones reservadas a los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, al entender que son básicas para el funcionamiento de las Corporaciones Locales, especialmente la función interventora, para lograr un control económico-presupuestario más riguroso, en el marco del desarrollo del artículo 213 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, lo que contribuirá a mejorar la toma de decisiones por los cargos electos en el ejercicio del mandato representativo que tienen encomendado constitucionalmente. (iv) Garantizar una mayor profesionalidad y eficacia en el ejercicio de las funciones reservadas; y finalmente, (v) Permitir una gestión más eficaz y homogénea de este colectivo en todo el territorio nacional, dada la importancia de las funciones que desempeñan en las Corporaciones Locales, y su repercusión en el interés general

Para ello, se regulan, entre otros aspectos, tanto las funciones reservadas a los Secretarios, como las formas de provisión (temporal y definitiva) de los puestos.

Las funciones reservadas son la de fe pública y asesoramiento legal preceptivo (art. 3.1), que se desglosa en el apartado 3 en los siguientes aspectos:

- a) La emisión de informes previos en aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de miembros de la misma, con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubiere de tratarse el asunto correspondiente.
- b) La emisión de informes previos siempre que un precepto legal o reglamentario así lo establezca.
- c) La emisión de informe previo siempre que se trate de asuntos para cuya aprobación se exija la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación o cualquier otra mayoría cualificada.
- d) En todo caso se emitirá informe previo en los siguientes supuestos:
 - 1.º Aprobación o modificación de Ordenanzas, Reglamentos y Estatutos rectores de Organismos Autónomos, Sociedades Mercantiles, Funda-

- ciones, Mancomunidades, Consorcios u otros Organismos Públicos adscritos a la Entidad Local.
- 2.º Adopción de acuerdos para el ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las Entidades Locales, así como la resolución del expediente de investigación de la situación de los bienes y derechos que se presuman de su propiedad, siempre que ésta no conste, a fin de determinar la titularidad de los mismos.
 - 3.º Procedimientos de revisión de oficio de actos de la Entidad Local, a excepción de los actos de naturaleza tributaria.
 - 4.º Resolución de recursos administrativos cuando por la naturaleza de los asuntos así se requiera, salvo cuando se interpongan en el seno de expedientes instruidos por infracción de ordenanzas Locales o de la normativa reguladora de tráfico y seguridad vial, o se trate de recursos contra actos de naturaleza tributaria.
 - 5.º Cuando se formularen contra actos de la Entidad Local alguno de los requerimientos o impugnaciones previstos en los artículos 65 a 67 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.
 - 6.º Aprobación y modificación de relaciones de puestos de trabajo y catálogos de personal.
 - 7.º Aprobación, modificación o derogación de convenios e instrumentos de planeamiento y gestión urbanística.
- e) Informar en las sesiones de los órganos colegiados a las que asista y cuando medie requerimiento expreso de quien presida, acerca de los aspectos legales del asunto que se discuta, con objeto de colaborar en la corrección jurídica de la decisión que haya de adoptarse. Si en el debate se ha planteado alguna cuestión nueva sobre cuya legalidad pueda dudarse, podrá solicitar al Presidente el uso de la palabra para asesorar a la Corporación.
 - f) Acompañar al Presidente o miembros de la Corporación en los actos de firma de escrituras y, si así lo demandaren, en sus visitas a autoridades o asistencia a reuniones, a efectos de asesoramiento legal.
 - g) Asistir al Presidente de la Corporación, junto con el Interventor, para la formación del presupuesto, a efectos procedimentales y formales, no materiales.
 - h) Emitir informes cuando así se establezca en la legislación sectorial.

Deberá existir en todas las entidades locales un puesto de trabajo denominado Secretaría, cuya categoría se clasifica según la dimensión de la población. Existe la posibilidad de formar agrupaciones de secretarías (art. 9) para aquellas entidades locales que tengan escaso volumen de recursos. Además las entidades de menos de 500 habitantes y presupuesto inferior a 200.000 € podrán ser eximidas, asumiendo las funciones las Diputaciones, Cabildos insulares o entes supramunicipales (art. 16).³⁶⁴

364. Vide la cuestión en el siguiente apartado 2 de este capítulo, *ut infra*.

En el lado opuesto —grandes ciudades— la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, añadió el artículo 129 de la Ley 7/1985 de 2 de Abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, precepto encuadrado en el Capítulo que se dedica a la «Organización y funcionamiento de los órganos municipales necesarios» de los municipios de gran población del Título X. El precepto se ocupa en concreto de la asesoría jurídica. Sin perjuicio de las funciones reservadas al secretario del Pleno por el párrafo e) del apartado 5 del art. 122, existirá un órgano administrativo responsable de la asistencia jurídica al Alcalde, a la Junta de Gobierno Local y a los órganos directivos, comprensiva del asesoramiento jurídico y de la representación y defensa en juicio del ayuntamiento.

Junto con los cuerpos habilitados nacionales, pueden existir también colaboradores (art. 15.1). De este modo, las Entidades Locales podrán crear otros puestos de trabajo que tengan atribuidas funciones de colaboración inmediata y auxilio a las de Secretaría, Intervención y Tesorería. Estos puestos de trabajo estarán reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional y ejercerán sus funciones bajo la dependencia funcional y jerárquica del titular de la Secretaría, Intervención o Tesorería, respectivamente. A los citados puestos de colaboración, les corresponderán las funciones reservadas que, previa autorización del Alcalde o Presidente de la Corporación, les sean encomendadas por los titulares de los puestos reservados de Secretaría, Intervención y Tesorería. Asimismo, les corresponderá la sustitución de los titulares de los puestos de Secretaría, Intervención y Tesorería, en los casos de vacante, ausencia, enfermedad o concurrencia de causa de abstención o recusación legal o reglamentaria de los mismos.

En lo que refiere a la provisión de los puestos reservados, se establece la regla general del concurso de méritos (ordinario y unitario, éste último para puestos vacantes y desiertos). Los méritos que podrán alegarse se dividen en: generales, autonómicos y específicos, a determinar por el Estado los generales, la Comunidad los autonómicos y el ente Local los específicos, con una regla de distribución respectiva de 80%-15%-5%.

Junto con lo anterior, el Decreto regula también la excepcional provisión por libre designación. Para recurrir a este modo de provisión del puesto hace falta autorización del órgano competente de la Administración General del Estado, donde la entidad local previamente habrá tenido que acreditar la concurrencia de las circunstancias excepcionales que justifican la adopción de este sistema de provisión.

Cuando no fuese posible la provisión del puesto por los procedimientos previstos en los artículos anteriores del Real Decreto 128/2018, las Corporaciones Locales podrán solicitar a las Comunidades Autónomas el nombramiento, con carácter accidental (art. 52) o interino (art. 53) de uno de sus funcionarios con la preparación técnica adecuada. Respecto de los secretarios accidentales, se regula ahora, como novedad que el nombramiento debe recaer en un funcionario debiendo en todo caso pertenecer al grupo A1 el funcionario que vaya a ser nombrado con carácter accidental en los municipios de más de cinco mil habi-

tantes; para los de población inferior se exigirá que el funcionario propuesto cuente con una titulación universitaria, a ser posible, y con la necesaria preparación técnica adecuada. Pero en cualquier caso solamente se permite la provisión por nombramiento accidental a funcionarios de carrera de la propia entidad, no interinos, y menos aún personal laboral.

1.3. Dos ejemplos ilustrativos de los efectos de la omisión del Informe del Secretario

Por la propia importancia de la función de asesoramiento legal reservada a los funcionarios de habilitación nacional, podemos preguntarnos legítimamente por cuales son las consecuencias jurídicas de su eventual omisión. En otras palabras, ¿el informe del Secretario local es un mero trámite cuya omisión puede subsanarse o por el contrario es un requisito de validez del acto?. Para esta cuestión, podemos analizar dos sentencias recientes.

En la **STSJ Andalucía (Granada) de 15 de marzo de 2018**,³⁶⁵ se discute en apelación la falta de emisión de informe del Secretario del Ayuntamiento en un procedimiento de resolución por incumplimiento de un contrato de servicios informáticos. Para la Sala, «la omisión de los preceptivos informes del Secretario e Interventor del Ayuntamiento apelado, con carácter previo a la decisión de resolución del contrato, no se trata de un vicio que provoque la anulabilidad del acto porque, ex artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable *ratione temporis* al caso enjuiciado, carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, sino, más rectamente, constituye la omisión de un trámite esencial que comporta, ex artículo 62.1 e) del cuerpo legal citado, el grado de ineficacia más intenso: la nulidad de pleno derecho del acto administrativo. No se trata, pues, de qué tamaño defecto invalidante produzca o no indefensión, sino que su inobservancia acarrea la nulidad radical del acto producido sin la preceptiva intervención de los mentados funcionarios públicos, pues está prevista —su intervención, se entiende— en garantía del interés general anudada al ineluctable asesoramiento del órgano decisor.» (FD 3º)

Para llegar a dicha conclusión, el Tribunal Superior se apoya en la consolidada doctrina jurisprudencial de la Sala III TS (STS de 6 de marzo de 1989) por la cual, «(...) el antiformalismo de la Ley Jurisdiccional y la interpretación restrictiva en cuanto a la invalidación de los actos administrativos por vicios de forma, no puede conducir en el caso examinado a desconocer o ignorar la existencia de la omisión plena del necesario y preceptivo informe previo del Secretario de la Corporación Local; en efecto, no nos encontramos ante un caso de posible convalidación o subsanación, ni tampoco cabe admitir un acto tácito de apreciación de la legalidad de los acuerdos adoptados por la intervención del

365. Recurso261/2017; Sentencia 496/2018. ECLI:ES:TSJAND:2018.2169

Secretario a lo largo del expediente, pues la realidad es que existe una absoluta falta del informe preceptivo, es decir, no es que el informe fuese incompleto, o se presentase antes de la celebración de la sesión, pero no dentro de la mínima antelación fijada en el artículo 4.2 del Real Decreto 2513/82 o cualquier otra circunstancia irregular aunque subsanable a tiempo; en resumen nos encontramos ante la omisión de un preceptivo y necesario informe del Secretario, establecido como un presupuesto formal por una norma post-constitucional, y que recientemente ha sido valorado como requisito esencial por Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1986, 18 de febrero y 7 de diciembre de 1987; aceptar las alegaciones de la parte apelante sería tanto como no hacer caso de lo dispuesto en los preceptos citados respecto a la necesidad del informe previo del Secretario, que implica omisión de trámite esencial en ese concreto procedimiento administrativo, privándole de las exigencias formales indispensables para alcanzar su fin, pues esa infracción formal cometida ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa y acertada de la solución adoptada por la Corporación Local, dada que la finalidad del informe es ilustrar al órgano decisor, y ese fin no se obtendría, a menos que como dice la parte apelante, en el acuerdo del Ayuntamiento fuera absolutamente indiferente la existencia o inexistencia del informe del Secretario, lo que significa olvidar la importante función que en orden a propiciar la legalidad corresponde al Cuerpo de Secretarios de la Administración General y que el Legislador proclama al exigir dicho informe, tanto en el artículo 4 de la Ley 40/81 como en el Real Decreto 2513/82, que lo desarrolla y que sea previo a la adopción del acuerdo; y de aquí el que invalidar el procedimiento administrativo a partir de dicha omisión no sea opuesto a la racionalidad jurídica y a la realidad social en que se debe mover el Ordenamiento Jurídico»

La sentencia compara igualmente los efectos de la omisión del dictamen con la regulación de la función consultiva que se hace respecto del Consejo de Estado: «la parte apelante, (...) trae en apoyo de sus argumentaciones una Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1983, cuyo contenido no es aplicable al caso examinado por tratarse de otro bien distinto en el que se contempla no la omisión del preceptivo informe del Consejo de Estado, sino una tramitación administrativa en que se cumplió la petición de ese informe y que obtuvo la pertinente respuesta, aunque no a través de la Comisión Permanente, sino de una de las Secciones del Consejo de Estado».

Esta doctrina jurisprudencial ahora aplicada por el TSJ de Andalucía, ya había sido recogida con anterioridad por otro Tribunal Superior (STSJ Cataluña de 13 de febrero de 2001), donde también de forma meridianamente clara se razona que: «El artículo 163.1.b) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local, establece la necesidad del informe previo del Secretario de la Corporación para la adopción de los Acuerdos corporativos del Ente Local siempre que se trate de materias para las que la Ley exige un quorum de votación especial, entre las que cabe acoger la aprobación de los planes e instrumentos de ordenación urbanística, en virtud de la referencia expresada en el artículo 112.3 de la citada Ley de régimen local, al exigir el

voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

La naturaleza de este informe que debe considerarse preceptivo pero no vinculante es de asesorar a los miembros de la Corporación de la legalidad del Acuerdo que van a adoptar, compete a las funciones de asesoramiento legal que asume este funcionario público, al sentar el apartado tercero del citado precepto legal que los informes han de precisar la legislación aplicable en cada caso y han de determinar las propuestas de resolución que se adecuan a la observancia del ordenamiento jurídico administrativo vigente.

El Tribunal Supremo en sentencia de 6 de febrero de 1989, siguiendo la doctrina expuesta en las sentencias de 18 de febrero y 7 de diciembre de 1987, ha establecido la doctrina, que vincula a este órgano jurisdiccional, por su posición de intérprete supremo del ordenamiento jurídico que le atribuye el artículo 123 de la Constitución, de que la absoluta falta del informe preceptivo del Secretario, en los supuestos exigidos por el artículo 4.1 de la Ley 40/1981, de 28 de octubre, y consecuentemente en relación con el artículo 54 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, implica la omisión de un trámite esencial del procedimiento administrativo, privándole de las exigencias indispensables para alcanzar su fin, que motiva la declaración de nulidad del Acuerdo corporativo en los parámetros del artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». (FD 3º)

Una cuestión similar puede apreciarse en la reciente **STS de 12 de junio de 2018**³⁶⁶ a propósito de la intervención del Secretario local en la acreditación de la voluntad de interponer y sostener una demanda contencioso-administrativa. Como recordamos de las funciones reservadas al funcionario de habilitación nacional se cuenta la de informar preceptivamente la «Adopción de acuerdos para el ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las Entidades Locales» (art. 3.3. letra d) del RD 128/2018, de 16 de marzo). Dicho de otro modo, si bien el acuerdo para interponer un recurso corresponde a los órganos representativos municipales, éstos deben adoptarlo con el debido asesoramiento legal que proporciona el Secretario.

El art. 45.2. d) de la LJCA establece como requisito de admisibilidad de la demanda la «acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas». Es decir, la acreditación de la voluntad de la Corporación local para litigar. En la instancia, el TSJ de Castilla y León había acordado (STSJ Castilla y León de 15 de marzo de 2017) la inadmisión del recurso presentado por varios municipios al faltar este requisito.³⁶⁷ Ahora, en sede casacional, el TS aprecia interés casacional objetivo

366. ECLI:ES:TS:2018:2516.

367. Si bien es cierto que por los Ayuntamientos recurrentes se acompañó al escrito de interposición del recurso jurisdiccional, la correspondiente certificación, o bien el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento (como así se hizo en 16 de los 24 recursos) o bien el Decreto del Alcalde-Presidente

para la formación de jurisprudencia, consistente en determinar: «los supuestos y condiciones en que resulta exigible el informe o dictamen previo del secretario municipal legalmente previsto para la defensa de los bienes y derechos de las entidades locales», señalando como normas que deberán ser objeto de interpretación el art. 54.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, en relación con los arts. 69.b) y 45.2.d) de la LJCA debe fijar doctrina determinando.»

A juicio del TS, «la exigencia procesal establecida en el art. 45.2.d) de la Ley Jurisdiccional viene a dar certeza sobre la voluntad de las personas jurídicas de entablar las concretas acciones ejercitadas en el proceso, lo que se sujeta a una doble condición: la adopción del correspondiente acuerdo por el órgano que, según los estatutos o norma reguladora, resulta competente para manifestar la voluntad de la persona jurídica; y que la voluntad plasmada en el acuerdo responda al ejercicio de dicha competencia en los términos establecidos en tales estatutos o normas reguladoras, en cuanto delimitan y conforman las garantías para adoptar la decisión de entablar las acciones de que se trate.

Por lo tanto, la exigencia del art. 54.3 del TRRL participa de la naturaleza y alcance procesal que la jurisprudencia viene estableciendo respecto de dicho requisito procesal del art. 45.2.d), que tiene esa doble faceta de adopción del acuerdo para recurrir por el órgano competente y sujeción a las normas establecidas para su adopción.» (FD 3º)

«(...) como se recoge en la sentencia recurrida y se refleja en la sentencia de 7 de junio de 2006 (rec. 9483/03), a la que se remiten las que se citan en la instancia y que señala: «que los preceptos que se dicen vulnerados no ofrecen duda y son categóricos en la exigencia del cumplimiento de ese trámite que no es superfluo ni inocuo, sino que lejos de ello supone una garantía que no se confronta con el Derecho fundamental de tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de la Constitución y el art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder judicial en tanto que garantiza el uso reflexivo por las Corporaciones Locales de las acciones judiciales en la defensa de los intereses generales que representan. Sin que a lo anterior pueda oponerse que lo que se requirió a la Corporación fue que hiciese explícita su voluntad de refrendar la acción interpuesta por decisión del Alcalde, ya que si el Acuerdo se hubiese adoptado en presencia del Secretario éste hubiera emitido ese informe cumpliendo con la función de asesoramiento que legalmente le viene impuesta.

(como se hizo en los ocho recursos restantes) en el que se autorizaba la interposición de los citados recursos contra las resoluciones objeto de impugnación en el presente procedimiento, sin embargo, todos y cada uno de los 24 Ayuntamientos recurrentes se han limitado a adoptar referido Acuerdo del Pleno o mencionado Decreto de la Alcaldía, sin que previamente a la adopción de uno u otro se haya cumplido con lo dispuesto de modo preceptivo en el art. 54.3 del RDLeg. 781/1986, es decir, que previamente a adoptarse el Acuerdo del Pleno o el citado Decreto de la Alcaldía que autorizaba a interponer el recurso se haya recabado o emitido dictamen jurídico alguno, por el Secretario de la Corporación o por la Asesoría Jurídica, o en su defecto por un Letrado, que diera cumplimiento a lo dispuesto en el citado artículo.

Que la carencia de ese informe preceptivo comporta la nulidad del acuerdo adoptado sin el es doctrina consolidada de esta Sala, aún con determinadas matizaciones que sobre ello se han producido flexibilizando en algunos aspectos esa obligatoriedad, y así resulta de Sentencias entre las recientes como las de catorce y veinticinco de mayo de dos mil uno, de veintiséis de noviembre y tres de diciembre de dos mil dos y veintidós de julio de dos mil cuatro y así en la Sentencia de catorce de mayo de dos mil uno expusimos lo que sigue: «Como se pone de manifiesto, entre otras, en Sentencia de 14 de Diciembre de 1998 la Jurisprudencia de esta Sala ha venido matizando el requisito formal de acreditar la previa emisión del dictamen del Letrado para el acuerdo del ejercicio de acciones por las Corporaciones Locales, estableciendo que la sola falta de presentación inicial no es causa de inadmisión del recurso contencioso administrativo, pudiendo subsanarse en cualquier momento, incluso de forma convalidante; que no es imprescindible cuando se trata de procesos a los que es traída la Corporación en concepto de demandada o recurrida; que solo ha de producirse en el ejercicio inicial de las acciones y no para los sucesivos recursos o instancias; que el informe o dictamen puede incluso formularse «in voce», etc, pero lo que no ha dicho la Jurisprudencia ni podía hacerlo —como finalmente no tiene más remedio que reconocer la recurrente— es que dicho requisito formal no sea ya exigible.

En efecto, la necesidad de una previa opinión experta en derecho para la adopción de acuerdos de las Corporaciones Locales, sobre el ejercicio de acciones, para la que se dan amplias facilidades (puede prestarla el Secretario del Ayuntamiento, los Servicios Jurídicos de Asesoramiento Municipal, cuando existen y en defecto de ambos, cualquier Letrado), tiene por finalidad —aunque no sea vinculante— hacer más difícil que un órgano administrativo inicie un pleito irreflexivamente o sin conocimiento de lo que son sus derechos, el modo de ejercitarlos y las razonables posibilidades de obtener una respuesta favorable.

Esa finalidad, que es diferente a la que persigue la acreditación del Acuerdo de la Corporación, no se cumple si el dictamen, aunque sea verbal, no consta realmente pronunciado.

Ciertamente no es indiferente al interés general, tanto desde el punto de vista de las propias Corporaciones, como desde el común de los ciudadanos a los que sirven, que las instituciones administrativas referidas puedan sumergirse sin el adecuado conocimiento previo en una conflictividad jurídica estéril y por ello la exigencia de ese mínimo requisito de la procedibilidad, en la forma flexible que se viene interpretando, no puede considerarse contrario al principio de tutela judicial efectiva, del art. 24 de la Constitución» (FD 3º)

Y por ello se fija la siguiente doctrina: «(...) el requisito establecido en el art. 54.3 del TRRL, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, se integra en el supuesto regulado en el art. 45.2.d) de la Ley reguladora de esta jurisdicción, que establece la necesidad de acompañar al escrito de iniciación del recurso contencioso-administrativo: «el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del

documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado». De manera que la exigencia del art. 54.3 del TRRL participa de la naturaleza y alcance procesal que la jurisprudencia viene estableciendo respecto de dicho requisito procesal del art. 45.2.d), que tiene esa doble faceta de adopción del acuerdo para recurrir por el órgano competente y sujeción a las normas establecidas para su adopción. En consecuencia el ámbito de aplicación se refiere, de acuerdo con la Ley procesal, al ejercicio de las acciones correspondientes por las corporaciones locales en general, partiendo de la consideración de su legitimación al efecto, que supone la defensa de sus derechos e intereses, a los que se alude con la expresión «bienes y derechos» del art. 54.3. Todo ello moderado por los criterios de aplicación o exigencia de este requisito procesal y de subsanabilidad que se precisan por la jurisprudencia que se ha invocado en el proceso y la doctrina del Tribunal Constitucional indicada.» (FD 5º)

En suma, no cabe duda, pues, de que la jurisprudencia respalda el carácter preceptivo del informe del Secretario. Ello abre la puerta a una reflexión final: en los pequeños municipios, la función de asesoramiento en Derecho puede ejercerse incluso por un técnico letrado consistorial. En los grandes, dotados de unos mayores medios, corresponde siempre a la Secretaría del Ayuntamiento las funciones de fe pública y el asesoramiento legal preceptivo. El técnico Letrado es quien representa a la Administración en juicio mientras que el Secretario ofrece su asesoramiento y acredita la legalidad de la interposición (acuerdo municipal para el ejercicio de acciones judiciales), pero no dirige el pleito. En otras palabras, formalmente, no corresponde a la Secretaría la dirección de los servicios jurídicos del Ayuntamiento, aunque será usual, por su cualificada preparación, deber dirigirse a ella para obtener asesoramiento. Pese a la formulación teórica, hay que admitir que la división es algo vaporosa y que la realidad práctica puede desbordar fácilmente estas premisas.

2. LA PRESTACIÓN SUPRAMUNICIPAL DE SERVICIOS DE ASESORAMIENTO Y DEFENSA LEGAL

El art. 5 del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, atribuía a los servicios de asistencia técnica de las Diputaciones Provinciales, Cabildos, Consejos Insulares o entes supramunicipales, y a las Comunidades Autónomas uniprovinciales, las funciones reservadas a habilitados de carácter nacional en entidades locales cuando se dieran dos circunstancias: (i) que se tratara de entidades locales que hubieran sido eximidas de mantener el puesto y que no hubieran optado por la acumulación de funciones: (ii) que se tratara de entidades locales en las que circunstancialmente tales funciones no pudieran atenderse.

En la actualidad, dicho artículo ha sido derogado y sustituido por el art. 16 del Real Decreto 128/2018, que establece una previsión similar:

«Las funciones reservadas a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, en Entidades Locales eximidas, serán ejercidas por las Diputaciones Provinciales, Cabildos, Consejos insulares o entes supramunicipales, o, en su caso, mediante acumulación de funciones o agrupación para sostenimiento en común del puesto reservado.

Las Diputaciones Provinciales, Cabildos, Consejos insulares o entes supramunicipales incluirán, en sus relaciones de puestos de trabajo, los reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional necesarios para garantizar el cumplimiento de tales funciones. En todo caso garantizará en los municipios de menos de 1.000 habitantes la prestación de los servicios de secretaría e intervención y tesorería y recaudación.»

La asistencia por el nivel provincial supone una garantía de la prestación de los servicios de secretaría e intervención y tesorería y recaudación en los municipios de menos de 1.000 habitantes. Sin embargo, para aquellos que tengan creado y clasificado dicho puesto no implicará la supresión del puesto de Secretaría como reservado a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional de la subescala de Secretaría-Intervención.

Corresponde a la propia naturaleza de las Diputaciones el ejercicio de competencias de auxilio y prestación de servicios a los municipios de su provincia. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, supone un decidido avance en la provincialización de servicios. Este «reequilibrio» dentro del mundo local no supone *per se* un problema que afecte al principio de autonomía local: «(...) está al alcance del «legislador básico» «disminuir o acrecentar las competencias hoy existentes» (STC 109/1998, FJ 2, citando la STC 32/1981, FJ 3). Al regular facultades de coordinación provincial de la actividad municipal, el Estado desarrolla el «núcleo» funcional característico de la diputación, en cuanto entidad local «determinada por la agrupación de Municipios» (art. 141.1 CE). Puede adoptar previsiones básicas a este respecto, delimitando «las atribuciones de las Diputaciones Provinciales» (STC 109/1998, FJ 2). La regulación controvertida expresa una de las opciones posibles dentro de los amplios márgenes de configuración que la Constitución atribuye al legislador básico, en particular, para elegir la forma de alcanzar objetivos constitucionales indeclinables, como son la eficiencia en el uso de los recursos públicos (art. 31.2 CE) y la estabilidad presupuestaria «como norma de conducta a la que están sujetas las entidades locales (art. 135.2 CE)» [STC 41/2016, FJ 3 a)].» (STC 111/2016, de 9 de junio FJ 12 c)). Se observa, a la vez, una mayor intervención de la Administración General del Estado (MINHAP) a través de la aprobación de los planes provinciales.

Efectivamente, en la nueva redacción del art. 26.2 LRBRL que efectúa la citada Ley 27/2013 (LRSAL) se encuentra la participación del MINHAP en la elaboración del plan provincial. Dispone el precepto que:

Para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Ad-

ministraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera.

Esta es una función ejecutiva que no correspondería en principio al Estado dentro de las bases del régimen local y por ello se declara inconstitucional en la STC 111/2016, de 9 de junio, que entiende que pese a que la tutela MINHAP en la provincialización de servicios se engloba en el contexto más general de control del gasto y racionalización del coste de prestación de servicios públicos —de hecho, el propio art. 116 bis.2 establece entre las medidas que han de aprobarse en un plan económico-financiero local tanto «a) Supresión de las competencias que ejerza la Entidad Local que sean distintas de las propias y de las ejercidas por delegación» como «b) Gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la Entidad Local para reducir sus costes— ello no alcanzaría la provincialización obligatoria de las funciones reservadas a los Secretarios e Interventores.

En principio, de acuerdo con la sistemática global de la LRSAL parece lógico que la provincialización de los servicios se produzca en casos de dificultades financieras de los municipios. Si estos municipios deben incluir entre sus planes financieros la reducción del coste de sus servicios, el fundamento es la estabilidad presupuestaria aunque no tenemos conocimiento que ello se haya aplicado a los puestos de habilitados nacionales.

Lo mismo puede decirse si se relaciona el art. 26.2. con el 36 (Plan Único de Obras y Servicios. PUOS): la Diputación o entidad equivalente tiene competencia para a) aprobar anualmente un plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal, en cuya elaboración deben participar los Municipios de la Provincia. El plan, que deberá contener una memoria justificativa de sus objetivos y de los criterios de distribución de los fondos, podrá financiarse con medios propios de la Diputación o entidad equivalente, las aportaciones municipales y las subvenciones que acuerden la Comunidad Autónoma y el Estado con cargo a sus respectivos presupuestos. Sin perjuicio de las competencias reconocidas en los Estatutos de Autonomía y de las anteriormente asumidas y ratificadas por éstos, la Comunidad Autónoma asegura, en su territorio, la coordinación de los diversos planes provinciales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 de esta Ley. Cuando la Diputación detecte que los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, incluirá en el plan provincial fórmulas de prestación unificada o supramunicipal para reducir sus costes efectivos. El Estado y la Comunidad Autónoma, en su caso, pueden sujetar sus subvenciones a determinados criterios y condiciones en su utilización o empleo y tendrán en cuenta el análisis de los costes efectivos de los servicios de los municipios.

En este caso, el PUOS, se aprueba sin la tutela financiera del Estado. Es destacable como uno y otro prevén la adopción de fórmulas de prestación unificada o supramunicipal. La diferencia entre el PUOS (art. 36) y la medida prevista en el art. 26.2. es la provincialización directa y la tutela financiera. Sin vincularse directamente la participación del MINHAP a una situación de déficit de la administración prestadora, la previsión podría quedar huérfana de título competencial.

Sea como fuere, lo cierto es que para los municipios exentos y para los más pequeños se prevé la prestación provincial de los servicios de asesoramiento y defensa legal. La cuestión de la representación legal del municipio se planteó en la **SAN Sección Octava, de fecha 7 de febrero de 2018**.³⁶⁸ En el juicio visto en el procedimiento ordinario, la Abogacía del Estado había planteado, que la representación en juicio no podía ejercerse por el Letrado de la Diputación Provincial, pues no se había otorgado por el ente local dicha representación. Instaba, en definitiva, que el Ayuntamiento recurrente debía personarse con Procurador y ratificar las actuaciones practicadas en el procedimiento.

La Audiencia Nacional examina el supuesto y concluye que, en el presente caso, no es exigible la comparecencia mediante Procurador, siendo válida la que se ha efectuado a través del Letrado de la Diputación Provincial, llegando a esta conclusión con los siguientes razonamientos:

El artículo 551 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su apartado 3, dispone que «la representación y defensa de las comunidades autónomas y las de los entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones públicas, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a las comunidades autónomas y a los entes locales (...)». Por su parte, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local establece, en su artículo 36.1.b), como competencias propias de la Diputación o entidad equivalente «la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión (...)».

La Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas, atribuye al Cuerpo de Letrados de la Administración la representación y defensa en juicio de la misma. Disponiéndose que pueden establecerse convenios a fin de que los Abogados del Estado puedan representar y defender a las Corporaciones locales (artículo 1). El artículo 221.2 del Real Decreto 2568/1986 de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales establece: «De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54.4 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril y en el artículo 447.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la representación y defensa en juicio de los Entes Locales corresponderán a los Letrados que sirvan en los Servicios Jurídicos de los mismos, salvo que designen Abogado colegiado que les represente y defienda».

En el presente caso, el Letrado que actúa en el procedimiento está colegiado, y designado expresamente, para ejercer la defensa y representación de cualquier

368. . Recurso 504/2015. ECLI:ES:AN:2018:638

entidad local de la provincia ante cualquier instancia judicial o administrativa. Por ello no es exigible el otorgamiento de una representación distinta (STS de 24 de noviembre de 1994 (recurso 1829/1991); STS 8 de abril de 1996 (Recurso 2323/1992) y ATS de 12 de febrero de 2004, (recurso 4878/2002).

Lo cierto es que numerosas Diputaciones Provinciales cuentan con Reglamentos específicos que regulan la prestación del servicio de asistencia jurídica, económica y técnica a municipios. Sin ningún ánimo de exhaustividad podemos referirnos a: Reglamento del servicio de asistencia jurídica, económica y técnica a municipios de la Diputación Provincial de Salamanca (BOP nº 47 de 10 de marzo de 2015); Reglamento del servicio de asesoramiento a municipios de la Diputación Provincial de Segovia (BOP nº 135 de 9 de noviembre de 2018); Reglamento por el que se regula la asistencia en funciones públicas necesarias a los entes locales de la provincia de Teruel (BOP nº 220 de 17 de noviembre de 2004) o Exposición pública del proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica y Técnica a las Entidades Locales de la Región de Murcia (BORM nº 41 de 19 de febrero de 2019).

Conviene distinguir tres supuestos distintos: en primer lugar, la prestación de asistencia en materia puramente consultiva mediante la emisión de informes y la resolución de consultas (Murcia).

En segundo lugar, la defensa legal de las Entidades Locales en los procesos que sean parte tanto demandante, co-demandante o demandada, en pleitos contencioso-administrativos en cuanto sean de la competencia de los Tribunales y Juzgados de dicha jurisdicción en el ámbito territorial de la Comunidad o en los laborales y civiles en cuanto sean de la competencia de los Tribunales o Juzgados de tal jurisdicción o en el ámbito territorial de esta provincia. La asistencia letrada se prestará por un abogado designado por el Colegio de Abogados de entre aquellos de sus colegiados que han sido adscritos al turno de asistencia a Entidades Locales en virtud del convenio de colaboración suscrito entre la Diputación Provincial y el Colegio de Abogados, o bien por personal funcionario propio de la Diputación. La asistencia se prevé para los entes locales que carezcan de servicios jurídicos propios o aun cuando los posean, la complejidad del asunto haga necesaria la asistencia. Igualmente, los reglamentos suelen excluir la defensa de autoridades y funcionarios locales en procesos penales.

En tercer lugar, como sucede en el ejemplo de la Diputación Provincial de Teruel, puede contemplarse también la prestación provincial de funciones reservadas a funcionarios de habilitación nacional. Para los municipios que gocen de exención legal, «Aprobada la exención, y siempre que en el expediente se hubiere concretado la opción por este sistema, la Corporación Provincial, previa solicitud de la entidad local correspondiente, prestará la totalidad de las funciones de secretaría e intervención, con carácter permanente y continuado, mientras ostente esa condición, a través de los funcionarios de habilitación nacional adscritos a dicho servicio.» Igualmente en los supuestos de sustitución, ausencia o vacante, siempre que no sea posible la sustitución accidental.

En general, dada la crónica escasez de la maltrecha dotación económica de nuestro minifundismo municipal, parece que hay que admitir que muchos Ayun-

tamientos ni contarán con personal técnico-legal de plantilla ni tendrán la capacidad para contratar externamente esos servicios, de tal manera que el auxilio supramunicipal puede llegar a ser la única vía para garantizar un correcto ejercicio de la defensa legal. Esta opción, sin embargo, puede propiciar los conflictos entre defensa legal y secretario municipal. Cuando un Ayuntamiento contrata un abogado externo, lo normal es que este no conozca plenamente los detalles de la tramitación administrativa de un determinado asunto que se impugna en la jurisdicción. Deberá apoyarse pues en el propio secretario municipal para articular la defensa. Sin embargo, tampoco es inusual que el abogado externo acabe cuestionando el propio trabajo realizado en vía administrativa para justificar el fracaso del pleito contencioso. De este modo, la defensa legal y la secretaría acaban enfrentados por el asunto e intentan descargar lo que pueden ser sus propios errores.

3. LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS PARA EL DESARROLLO DE SERVICIOS DE ASESORAMIENTO Y DEFENSA DE ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS INDEPENDIENTES

Como hemos visto anteriormente, la Ley Orgánica del Poder judicial permite que los Abogados del Estado puedan, en los términos de la Ley 52/1997, defender y representar a los organismos y entidades públicas, así como a las sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, todos ellos integrantes de un concepto amplio o funcional de Administración pública. No es ahora el momento de bosquejar el distinto tratamiento de cada uno de los organismos según se trate de su régimen de personal, de contratación o de disposición presupuestaria. Pero sí podemos efectuar algunas reflexiones en relación a la defensa legal de los mismos en marcada diferencia tanto con la Administración General del Estado como entre ellos.

En lo que refiere, en primer lugar, a los Organismos públicos dependientes del Estado, corresponde a los Abogados del Estado la defensa de los organismos autónomos, tal como se desprende del artículo 551.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 1.1 de la Ley 52/1997. Esta es una atribución directamente normativa, sin necesidad de formalización de instrumento alguno. Y además de normativa, lo es en exclusiva, en el sentido de que se reserva precisamente a la Abogacía del Estado dicha función. En otras palabras, dichas administraciones instrumentales no pueden elegir quien les defienda ni pueden externalizar en un privado su defensa o internalizarla con personal propio.³⁶⁹

369. Ni tan siquiera en los casos donde aparezca un conflicto de intereses que colocaría a la Abogacía tanto en la parte demandante como demanda, no es posible que el ente decida por él mismo la contratación de un abogado externo. En esa situación, el conflicto debe resolverse evidentemente con el encargo distinto a cada una de las partes (no puede haber dos Abogados del

No sucede igual con el resto de entidades vinculadas al Estado o dependientes de éste. A este respecto, algunas de ellas ostentan la condición de administraciones públicas; y así las entidades públicas empresariales —si bien las mismas, conforme al artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, no siempre se consideran como administraciones a efectos de la contratación— o igualmente las agencias estatales, reguladas en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos, norma que se mantenía en vigor hasta que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley 40/2015, concluyera el plazo de adaptación de tres años desde la entrada en vigor de la citada Ley (Disposición adicional cuarta. Adaptación de entidades y organismos públicos existentes en el ámbito estatal).

A título de ejemplo, el Real Decreto 1403/2007, de 26 de octubre, aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.³⁷⁰ Su artículo 48 prevé el régimen de defensa legal de la Agencia en los siguientes términos: «la asistencia jurídica de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo será desempeñado por su Asesoría Jurídica, adscrita a la Dirección de la Agencia, al frente de la cual estará un Abogado del Estado, dependiente orgánica y funcionalmente de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, sin perjuicio de que en el marco de lo que establezca el Contrato de Gestión, en función de las necesidades de la Agencia, se pueda acordar la firma de un Convenio.»

Otras entidades no tienen siquiera esa consideración; y así pensemos en las fundaciones del sector público, reguladas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, o en las sociedades mercantiles de capital público estatal, cuya regulación se contiene en los artículos 111 a 117 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y en la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Y recordemos, por lo demás, que en relación con las entidades que sí ostentan la condición de administraciones públicas, algunas dependerán del Estado —como sucede con las entidades públicas empresariales— y otras simplemente estarán vinculadas al mismo pero estando atenuada su relación de dependencia con él —así, pensemos en el Banco de España o en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por no hablar de uno de los regímenes administrativos más peculiares que exhibe la organización administrativa española: la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

En relación a las Entidades Públicas Empresariales, reguladas en los artículos 103 a 108 de la Ley 40/2015, tales entidades pueden ser defendidas, representadas y asesoradas por los Abogados del Estado, siempre mediante el oportuno convenio en que deberá preverse la correspondiente contraprestación económica. A este respecto, el artículo 14 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, interpreta que, en realidad, corresponde a los Abogados del Estado la representación y defensa

Estado litigando entre ellos). Pero esa contratación no la decide el ente sino el propio Ministerio de Justicia que contratará el encargo con el profesional externo.

370. Hoy parcialmente modificado por el Real Decreto 1424/2012, de 11 de octubre.

en juicio, así como el asesoramiento jurídico en general, de estos entes públicos cuando su normativa así lo prevea³⁷¹; y cuando la normativa reguladora de la entidad no diga nada, entonces corresponderá a los Abogados del Estado el ejercicio de esas funciones siempre que —como ya dijimos— medie el oportuno convenio, con la correspondiente contraprestación económica. Esta previsión, conforme al artículo 14.1 del reglamento, es extensible a los restantes entes públicos vinculados o dependientes del Estado (del que, sin embargo, quedan excluidas las Universidades públicas). Esta previsión comprende por ejemplo a las agencias estatales (que conforme a la Ley 28/2006, —norma que como ya hemos señalado se mantuvo en vigor hasta 2016 y que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley 40/2015, se otorgó un plazo de adaptación de tres años desde la entrada en vigor de la citada Ley 40/2015, plazo que ha de finalizar el 2 de octubre de 2019. Ello puede ser importante, por ejemplo, para entes como las Autoridades Portuarias.

Para estas últimas, reguladas en el texto Refundido de la Ley Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, el artículo 17 del Real Decreto señala que el asesoramiento, representación y defensa en juicio corresponde a los Abogados del Estado, en los términos previstos en el propio Reglamento y en los convenios que puedan suscribirse; si bien no se descarta la posibilidad de que se asuma la defensa en juicio por abogados colegiados, si así lo decide el consejo de administración de la autoridad portuaria o el consejo rector del ente público Puertos del Estado. En este caso, si el abogado colegiado debe actuar en juicio, hay que comunicarlo a la dirección del servicio jurídico del Estado. Téngase en cuenta que la Abogacía del Estado en las autoridades portuarias no tiene una función exclusivamente jurídica sino que también son vocales del Consejo de administración.

En relación con las sociedades mercantiles de capital público y las fundaciones del sector público, la disposición adicional quinta de la Ley 50/1998, a que remite el artículo 14.3 del Real Decreto, establece la posibilidad de encomienda vía convenio, donde se determinará —de nuevo— la oportuna compensación económica, a percibir por la prestación del servicio de defensa, representación y asesoramiento.

La diferencia, pues, entre entes dependientes y otros (entidades empresariales o fundaciones) estriba precisamente en la libertad que tienen los últimos para formalizar o no un convenio de asistencia jurídica con la Abogacía o bien defenderse con sus servicios internos o mediante un contrato de encargo a un profesional privado. Como se puede ver, la Ley 52/1997, utiliza una línea divisoria puramente basada en la naturaleza del sujeto. Con ello, se dota al sistema de claridad pero se obvia que en algunos casos la personificación privada que ejerce potestades públicas no estará cubierta por el servicio jurídico del Estado (excepto por su propia voluntad convenial). A la inversa, en algunos casos, los

371. Por ejemplo, los casos del Consorcio de Compensación de Seguros (RDleg. 7/2004) o el extinto ONLAE.

privilegios procesales de los que goza la Abogacía del Estado se extienden de manera injustificada a los sujetos privados (entidades públicas empresariales).³⁷²

También resulta distinta la exigencia de justificación de la contratación externa mediante la acreditación de la insuficiencia de medios materiales y personales del servicio jurídico propio, acreditación que desaparece si en vez de contratar con un profesional externo, se convenia la defensa con la Abogacía del Estado (con independencia que el convenio se hace también a cambio de contraprestación económica).

La Memoria de 2017 de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, contiene la siguiente reflexión: «Los convenios de asistencia jurídica comenzaron a implantarse a partir de la Ley 27/1992, de 24 de septiembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que otorgaba nueva naturaleza jurídica a los entes que gestionaban los puertos de interés general. El Real Decreto 685/1993, de 7 de mayo, sobre Asistencia Jurídica a los Entes Públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, estableció el marco de aquellos convenios, cuya extensión fuera del ámbito de la Administración portuaria fue articulada por el Real Decreto 1414/1994, de 25 de junio, sobre Asistencia Jurídica a las Entidades de Derecho Público.

Esta modalidad de asistencia jurídica, originariamente excepcional y fragmentaria, ha venido generalizándose al extremo de que, a tenor de las previsiones de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, pueden beneficiarse de ella la práctica totalidad de las Organismos Públicos vinculados a la Administración General del Estado, así como las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales. La disposición adicional quinta de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dio un paso más, abriendo la posibilidad de suscribir convenios de asistencia jurídica con sociedades mercantiles estatales y con fundaciones cuya dotación hubiera sido aportada, en todo o en parte, por el Estado, sus Organismos Autónomos o Entidades Públicas.

Esta actuación convencional del Servicio Jurídico del Estado se ve reforzada desde el punto de vista formal por la consagración legal del concepto «sector público estatal» que se contiene en el artículo 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 no-

372. «El sistema genera, además, una tremenda incertidumbre; hay casos en que el ente dispone de varias posibilidades de defensa (servicio jurídico propio, contratar a un abogado colegiado o servirse de la Abogacía del Estado) y su opción no tiene por qué conocerse a la hora por ejemplo del emplazamiento. Los tribunales se han demostrado incapaces de corregir en la práctica la redacción defectuosa del ámbito de aplicación de las especialidades procesales en la Ley 52/1997, así por ejemplo encontramos sentencias que incomprensiblemente extienden privilegios como la suspensión del curso de los actos y el fuero a favor de sociedades mercantiles estatales por el simple hecho de comparecer asistidas por un Abogado del Estado, mientras que niegan la exención de depósitos y cauciones a entidades públicas empresariales sin convenio de asistencia jurídica.» BOTO ALVAREZ, A. «El servicio de la Abogacía del Estado a la Administración Instrumental» en AAVV *La Abogacía del Estado para una Administración del siglo XXI. XXVIII Jornadas de Estudio 3 -5 octubre 2006*. Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p. 141-142

viembre, General Presupuestaria, en el que se incluyen las personificaciones jurídico-privadas de titularidad estatal.

La extensión del sistema de convenios de asistencia jurídica a lo largo de las últimas legislaturas hace que, actualmente, la Abogacía del Estado participe de una manera activa, por la doble función que realiza de asesoramiento y representación procesal, en la formación de una doctrina jurídica unificada para todo el sector publico estatal.³⁷³

Desde el punto de vista cuantitativo, a 31 de diciembre de 2017, se contabilizaban suscritos 165 convenios de asistencia jurídica sin que haya datos de su cuantía económica.³⁷⁴ En algunos casos, por la complejidad del ente, se hace necesario el nombramiento de un Abogado del Estado-coordinador con especial dedicación a la asistencia jurídica del ente (asistencia jurídica de proximidad o de primer nivel) Este nombramiento, contrariamente a lo que podía pensarse no es excepcional, sino ordinario (95% de los casos). La actividad consultiva desarrollada por el Abogado del Estado mediante convenio es muy superior a la defensa en juicio propiamente dicha con lo cual, el Abogado del Estado-coordinador en un determinado convenio termina siendo el asesor jurídico del ente.

Las administraciones independientes, sujetas a un régimen singular tienen una triple posibilidad en cuanto a su defensa legal. Tanto pueden conveniar con la Abogacía del Estado (como si de entidades empresariales se tratara), como recurrir a la contratación externa o, finalmente, mediante su servicio jurídico propio. Habrá que ver, en cada caso, cómo, por ejemplo, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), el Consejo de Seguridad Nuclear, el Consejo Económico y Social (CES) o el Instituto Cervantes, articulan esta cuestión. En el caso del CNI (adscrito al Ministerio de Defensa), su representación y defensa se encarga al Cuerpo Jurídico Militar. «La opción de dotarse de un servicio jurídico propio refuerza la profesionalidad y neutralidad del ente. En muchas ocasiones se establecen estos departamentos jurídicos y aún así, se suscriben convenios con los Abogados del Estado (por ejemplo CNMV y CNMC). Cuando exista un servicio propio sólo cuando se justifique en el expediente de contratación la insuficiencia de medios materiales y personales de ese Servicio Jurídico, podrá celebrarse el oportuno contrato con un tercero. No existe sin embargo la misma subsidiariedad respecto de la defensa por Abogado del Estado a través del oportuno convenio.»³⁷⁵

En el caso de la CNMC, el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de

373. https://www.mjusticia.gob.es/ElMinisterio/Organigrama/Documentos/1292429118669moria_de_la_Abogacia_General_del_Estado-Direccion_del_Servicio_Juridico_del_Estado_2017.PDF

374. Según reconoce De Fuentes Bardagi, en ese momento Director del Servicio Jurídico del Estado, «una parte de sustancial de los remanentes para el Tesoro Público se utiliza como complemento retributivo de productividad adicional para el personal de la Abogacía del Estado.» En *La Abogacía del Estado para una Administración del siglo XXI. XXVIII Jornadas de Estudio 3-5 octubre 2006*. Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007.

375. BOTO ALVAREZ, A. *La Administración Instrumental en el proceso*. Ed. Reus, Madrid, 2011, p. 307-308. Paréntesis añadido.

agosto, divide entre las funciones de asesoramiento legal (encomendadas a la Secretaría del Consejo) y las de representación y defensa en juicio (convenidas con la Abogacía del Estado). A este efecto, el artículo 11.2. letra l) encomienda a la secretaría del Consejo CNMC «Colaborar con la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado en la defensa y representación en juicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Excepcionalmente, cuando pueda haber un conflicto de intereses entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Administración General del Estado, dicha defensa en juicio podrá ser encomendada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a un abogado especialmente designado.»³⁷⁶

También gozan de regulación especial el Instituto de Comercio Exterior (ICEX), la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT), la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) o el Museo del Prado.

Mención aparte requiere la defensa de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Como hemos visto, la Abogacía del Estado y la Dirección del servicio jurídico del Estado, tienen su origen remoto en los abogados destinados a defender los intereses patrimoniales de la Hacienda pública. Al crearse en 1990 la AEAT, se configuró un sistema de defensa legal mediante Abogados del Estado integrados en la propia Agencia.³⁷⁷ Junto con ello, la AEAT dispone de un servicio jurídico propio cuyo Director tiene rango de Director adjunto. Se estructura en dos subdirecciones: organización y asistencia jurídica y asuntos consultivos y contenciosos. Algunos autores han destacado, sibilinamente, el riesgo de desconexión entre la defensa legal y la legalidad del propio acto tributario que se combate. Así, «al estar encomendada la función (la presentación y defensa de la Administración del Estado) a los Abogados del Estado afectos especialmente al servicio de Tribunales y no a los funcionarios destinados como asesores jurídicos a cada dependencia de la Administración activa de la que proceden los actos impugnados, su actuación se desenvuelve en la práctica con total autonomía y absoluta desvinculación del órgano o autoridad competente directamente implicado, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas como en Francia, donde el riesgo de desconexión entre el órgano activo y su defensor judicial trata de evitarse atribuyendo al Ministro la facultad de designar entre los funcionarios de

376. En la CNMC, ocupa la posición de Secretario del Consejo y con ello de Jefe de la Asesoría Jurídica, Joaquín Hortalà, no casualmente, Abogado del Estado. Como intuición no científica creemos que si bien las relaciones entre asesoría interna y representación externa deberían estar presididas por una estrecha colaboración y división de responsabilidades, por la propia dinámica de las cosas, no será infrecuente la existencia de conflictos o discrepancias, especialmente cuando se pierda un asunto ante los tribunales. Por ello, aparece como especialmente indicado la presencia de un Abogado del Estado en dicha Secretaría.

377. Orden de 2 de junio de 1994 por la que se desarrolla la estructura de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. BOE núm. 137, de 09 de junio de 1994.

su Departamento a aquel que ha de hacerse cargo de la defensa de cada acto concreto.»³⁷⁸

Este modelo peculiar ha sido calificado de «asistencia jurídica bimembre»: «la representación y defensa en juicio se atribuye conjuntamente al Servicio Jurídico de la AEAT y al Servicio Jurídico del Estado, o mejor dicho, a los Abogados del Estado integrados en uno u otros de estos Servicios, Lo que obliga a un esfuerzo de coordinación que ha sido abordado por la Orden de 29 de julio de 1994 de asistencia jurídica a la AEAT³⁷⁹ y que compagina las competencias autoorganizativas de ésta con las que corresponde al Departamento al que se encuentra adscrito el Cuerpo de Abogados del Estado. Sin embargo, en este marco de asistencia bimembre y frente a lo que podría creerse la Ley no separa plena y absolutamente ambos servicios sino que confía la superior coordinación a la Dirección del Servicio Jurídico del Estado.»³⁸⁰

La enorme carga de trabajo que supone la defensa de la AEAT hace que en varias ocasiones (Plan de Modernización de 1998 y proyecto de Estatuto de la AEAT que nunca se ha llegado a aprobar), se hayan propuesto medidas para adecuar el número de efectivos que la Abogacía dedica a la función (28 Aboga-

378. GARCÍA DE ENTERRÍA. E. y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de Derecho administrativo* (II) 4º ed. 1993, p. 598

379. Orden de 29 de julio de 1994 sobre Asistencia Jurídica a la Agencia Estatal de Administración Tributaria. BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1994. Su artículo 3 dispone que: «Representación y defensa de la Agencia en juicio.

1. La representación y defensa de la Agencia ante los Tribunales y Juzgados cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico de la Agencia, bajo la superior coordinación de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, en los procedimientos en los que la Agencia sea o pueda ser parte y se refieran a las siguientes materias: a) Personal al servicio de la Agencia; b) Patrimonio propio de la Agencia; c) Quita y espera, concurso de acreedores, suspensión de pagos, quiebra e incidentes procesales civiles que surjan en el seno de cualquiera de dichos procedimientos concursales; d) Acciones civiles revocatorias, rescisorias o subrogatorias vinculadas a procedimientos administrativos de apremio; e) Causas criminales por delitos comprendidos en el título VI del libro II del Código Penal o en la Sección primera del capítulo IV del título XIII del libro II del Código Penal.

2. En todo caso, el Director general del Servicio Jurídico del Estado podrá: a) Determinar con carácter general o particular que las competencias a que se refieren los apartados c), d) y e) del apartado 1 anterior, sean ejercidas por los Abogados del Estado integrados en los Servicios Jurídicos del Estado que designe, para lo cual la Agencia le comunicará de inmediato cualquier actuación administrativa susceptible de ser trasladada a los Tribunales de Justicia en tales materias, así como cualesquiera actuaciones judiciales en las que la agencia pretenda intervenir o esté personada; b) Acordar, a propuesta del Director del Servicio Jurídico de la Agencia, que los Abogados del Estado integrados en este último servicio, asuman la representación y defensa de la Agencia en procesos distintos de los recogidos en el apartado 1 anterior.

3. En los casos distintos de los previstos en los apartados 1 y 2 anteriores, la representación y defensa de la Agencia ante los Tribunales y Juzgados corresponderá a los Abogados del Estado integrados en los Servicios Jurídicos del Estado de conformidad con lo establecido en la presente Orden.»

380. LINARES GIL. M.I. «El servicio jurídico de la Agencia Estatal de Administración Tributaria» en AAVV *La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Estudios en Homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*. IberCaja-Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 127

dos del Estado en la memoria de 2017) así como reorganizar las competencias para dar más protagonismo a la acción directa del personal jurídico de la AEAT.

4. LA PROBLEMÁTICA EXTERNALIZACIÓN DE LA DEFENSA LEGAL PÚBLICA. ESPECIAL MENCIÓN A LA POSICIÓN DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La defensa legal de las Administraciones públicas no es un sistema totalmente cerrado al mercado privado. Pese al diseño de la LOPJ y de la Ley 52/1997, no es infrecuente que las Administraciones —señaladamente las de menor dimensión— no cuenten ni con medios propios ni con asistencia de otros niveles superiores y por ello recurran a la externalización o el *outsourcing* de los servicios de defensa jurídica a bufetes y abogados privados. Ello se articulará normalmente a través de un contrato de asistencia y consultoría de los tradicionalmente previstos en la legislación de contratos. En la actualidad (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014), los contratos de servicios se convierten en una categoría de definición negativa (todos aquellos que no sean de obra ni de suministro) y engloba cualquier modalidad objetiva, sin que tengan un tratamiento diferenciado aquellos contratos de prestaciones intelectuales.

Se trata de contratos administrativos típicos.³⁸¹ El art. 19.2 de la LCSP 2017 en su letra e) sujeta a regulación armonizada algunas de las modalidades de contratos de servicios jurídicos:

381. Esta cuestión, aparentemente pacífica para las administraciones territoriales, no siempre resulta tan meridianamente clara. Como explica GIMENO BEVIA, en el ATS 2132/2015, de 6 de abril (Caso Imbroda) se descartó la existencia de prevaricación administrativa en el hecho de que el Presidente de la Ciudad Autónoma de Melilla contratara de forma civil su defensa mediante el simple otorgamiento de un poder notarial. En cambio, en la STS 841/2013, de 18 de noviembre, se constata como ante los argumentos expuestos por la defensa de José María Del Nido para justificar su designación como abogado del Ayuntamiento de Marbella, el TS concluyó que los acusados habían vulnerado flagrantemente las antiguas Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas y el RDL 2/2000 de TRLCAP por la innecesaridad de los encargos, la indeterminación del precio y por la comisión de ilegalidades administrativas. Consecuentemente, la Sala de lo Penal, en el presente caso, sí analiza la legislación administrativa aplicable para valorar la existencia de la prevaricación, a diferencia del supuesto anteriormente mencionado y, por tanto, cabe la interpretación por la que el TS presupone la prevalencia de la naturaleza administrativa frente a la civil del contrato entre abogado externo-AAPP.

En conclusión, ante dos supuestos —con notables diferencias— en los que se ha procedido a la designación de abogado externo por parte de las AAPP sin seguir ningún procedimiento, en el asunto «Imbroda» no se accedió a valorar la naturaleza del contrato, mientras que en el caso «Minutas» el TS dejó claro que, ante determinadas cuantías —que no diferían tanto de las devengadas en el caso Imbroda— debía seguirse un procedimiento administrativo.» GIMENO BEVIA, J. «La defensa privada de la Administración pública» *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha* n° 9, Marzo 2017, p. 32. Disponible <https://gabilex.castillalamancha.es/articulos/la-defensa-privada-de-la-administracion-publica> Pese a la opinión del autor, se trata de pronunciamientos de la Sala Penal del

- 1.º La representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado, ya sea en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o ya sea en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.
- 2.º El asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el apartado anterior de la presente letra, o cuando exista una probabilidad alta de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado.
- 3.º Los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público.
- 4.º Los servicios jurídicos prestados por administradores, tutores u otros servicios jurídicos cuyos prestadores sean designados por un órgano jurisdiccional o designados por ley para desempeñar funciones específicas bajo la supervisión de dichos órganos jurisdiccionales.
- 5.º Otros servicios jurídicos que estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público.

Por el tipo de prestación inherente al contrato, creemos que el normal sistema de adjudicación será el restringido previsto en el art. 160.4. LCSP 2017.

Resulta interesante analizar el carácter residual o subsidiario de este tipo de contratación externa. En otras palabras, el expediente de contratación deberá justificar la insuficiencia de los medios internos para hacer frente a las necesidades de asesoramiento y defensa de la Administración contratante (art. 63.3.a) y 116.4.f) LCSP 2017). Hay que notar como la exigencia formal de la nueva legislación se ha rebajado con respecto de la antigua. Así, el art. 202 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, exigía tanto la acreditación de la insuficiencia como «la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato».

El tipo de servicio contratado incluye según el nomenclátor tanto el asesoramiento como la defensa en juicio. Se trata de contratos de prestación donde el abogado se compromete a prestar el servicio con diligencia. No son contratos evaluables por el resultado. Por ello, como es característico de los contratos de prestación intelectual, la selección del candidato tendrá mucho que ver con las específicas cualidades personales del abogado, como es en general la confianza característica de la relación abogado-cliente.

TS que se pronuncia sobre la cuestión administrativa de forma perjudicial a los solos efectos de la represión. (art. 3 LECrim)

El contrato puede ser por una actuación concreta o para el desarrollo de la prestación de servicios durante un tiempo. A la vez, en este segundo supuesto, puede establecerse una suma a tanto alzado o una remuneración por unidad de prestación. A título meramente ilustrativo, se licita por el Ayuntamiento de Tavernes de la Valldigna la Defensa jurídica en oposición al recurso de apelación a la sentencia 240/2018 (P.O. 15/2017 seguido ante el JCA nº 3 de Valencia³⁸²; se licita igualmente la Defensa Jurídica del Ayuntamiento de Huesca ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como contrato de servicios que tiene como objeto la prestación del servicio de defensa jurídica del Ayuntamiento ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo.³⁸³

En el caso del Ayuntamiento de Jerez, el procedimiento para externalizar la asesoría jurídica municipal fue suspendido de manera cautelar tras la admisión a trámite de un recurso presentado por el sindicato CGT ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales. A principios del mes de noviembre de 2017 se aprobó en una junta de gobierno local el concurso para la contratación de un despacho para que llevara la representación jurídica municipal así como la asistencia en materia de gestión de recursos humanos, alegando la falta de funcionarios licenciados en Derecho en el Ayuntamiento. El importe del contrato era de 300.000 euros a ejecutarse en dos años.

El gobierno local argumentaba la contratación de bufetes de abogados para la defensa del Ayuntamiento en los numerosos procedimientos judiciales en materia de personal así como en una «significativa reducción de costes» y para ello mostraba una evolución en el gasto que ha supuesto la asesoría jurídica municipal desde 2014 hasta este año. En 2014, el gabinete jurídico municipal que por entonces estaba formado por 13 personas, suponía un coste de 601.000 euros, de los que 594.000 correspondían a personal y 6.690 euros a contrataciones externas de bufetes. En cambio, ahora en 2018 la previsión es que ese departamento suponga un gasto total de 377.848 euros de los que 71.900 euros corresponderían a los contratos externos.

El Tribunal Administrativo de recursos contractuales de la Diputación de Cádiz inadmitió el recurso 13/2017 en fecha 5 de enero de 2018 al apreciar falta de legitimación del sindicato reclamante para interponer el presente recurso (art. 24.1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).³⁸⁴

Una situación análoga tiene lugar respecto del contrato para externalizar los servicios jurídicos municipales del Ayuntamiento de Segovia. En ese caso, uno

382. Importe 2.722 euros. Anuncio de adjudicación Número de Expediente 2018_EXP_C008_00175; Publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 25 de octubre de 2018.

383. Importe 72.600 euros. Duración 1 año. BOP Huesca nº 46, de 7 de marzo de 2018.

384. Disponible en https://www.dipucadiz.es/tribunal_recursos_contractuales/buscador-de-resoluciones/

de los licitadores impugnó el Pliego de Prescripciones Técnicas tanto en su apartado de exigencia de solvencia mediante la disposición de abogados con más de 10 años de colegiación como con la de acreditar una media de 40 procedimientos al año en los últimos 10 años. El Tribunal estimó el recurso al apreciar la desproporción entre los requisitos y el objeto del contrato así como por la falta de coherencia entre el objeto del contrato, que incluye necesariamente el asesoramiento jurídico, y el modo de acreditar la solvencia, que se limita a la experiencia en funciones contenciosas.³⁸⁵

4.1. Los contratos de seguro para la cobertura de las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial.

Finalmente, conviene analizar una situación que se ha convertido en relativamente frecuente en los últimos tiempos: el aseguramiento privado de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública mediante la suscripción de una póliza de seguros con una entidad privada. En esos casos, lo primero que se plantea es la utilidad de la operación misma. Las Administraciones públicas son en principio solventes para afrontar indemnizaciones por altas que éstas sean. Pero sucede que esta idea general se tambalea en Administraciones pequeñas con pocos recursos. Por tanto, la suscripción de un contrato privado tiene la virtualidad de transferir y compartir el riesgo de tener que satisfacer una cuantiosa indemnización. Además de ello, para la Administración supone una facilidad presupuestaria poder contabilizar anualmente el desembolso de la prima del contrato con independencia de los siniestros. Ello ofrece una mayor estabilidad y previsibilidad —aunque pueda resultar, a la postre, más caro.

La cuestión puede analizarse desde dos perspectivas: una es la procesal —qué jurisdicción es la competente y cuales son los efectos de la simultaneidad o sucesividad de los pleitos civil y contencioso; la otra es la de la propia posición de cada una de las partes (Administración pública y aseguradora) y la divergencia de intereses que puede surgir (abonar o no abonar la cuantía indemnizatoria y el monto de ésta).

La suscripción de una póliza de seguros no debería alterar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer del asunto. La cuestión se suscitó con la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En concreto, el nuevo art. 9.4 establece que: «Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a

385. Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, nº 79/2016, de 11 de noviembre. Disponible en <https://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones/resoluciones-amo-2016/resolucion-79-2016>.

ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva». Este precepto debe ponerse en relación con el art. 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, también afectado por la reforma anterior: «El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: (...) e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad».³⁸⁶

La cuestión se ha reflejado por el legislador con la aprobación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Incluso en los casos donde la Administración pública actúe mediante una personificación de derecho privado (sociedad mercantil), la responsabilidad patrimonial se exigirá por el cauce del derecho administrativo. El argumento refuerza, pues, la idea de que tanto si la Administración va sola como con la aseguradora y tanto si se demanda a una como a la otra, el cauce debe ser el administrativo.³⁸⁷

En cuanto a la segunda cuestión —posición de las partes— la aseguradora comparece normalmente en la posición de codemandada en el proceso contencioso-administrativo. Creemos que no es de aplicación para estos supuestos la previsión del art. 74 de la Ley del Contrato de Seguro por la que corresponde a la aseguradora la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado. No existe en el orden contencioso la figura del litisconsorcio pasivo y la compañía aseguradora debe situarse en una posición subordinada en el pleito contencioso-administrativo al que comparece solamente en razón de su interés legítimo —puesto que al final puede tener que satisfacer la cuantía de la indemnización—. En otras palabras, aunque normalmente el interés de la aseguradora será que no se reconozca la existencia de responsabilidad indemnizable, ésta no puede sostener una posición distinta de la fijada por la dirección letrada de la demandada pública. La cuestión aquí ya no es meramente procesal sino que deriva de una de las patologías que puede presentar el aseguramiento privado de la responsabilidad administrativa: la aparición del *moral barzard* o lo que es lo mismo, la mayor tendencia a reconocer la responsabilidad administrativa por el hecho de no tener que asumir directamente el coste de la misma del desembolso de la indemnización.

386. La cuestión y su «zigzagueante evolución» se resume magníficamente en MARTÍN REBOLLO, L. *Leyes Administrativas. Manual y Normas Básicas*. Civitas 2016 (2ª ed), Madrid, p. 1809 y ss. Como botón de muestra cfr. STS (Sala I) de 5 de junio de 2019. ECLI:ES:TS:2019:1840.

387. Art. 35 LRJSP: «Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad.»

En estrecha relación con lo anterior, resulta que en la tramitación administrativa de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que estén cubiertas por una póliza de seguro, se da entrada a las aseguradoras que presentan sus alegaciones en tanto que ostentan un interés en el procedimiento. Surge pues la cuestión, ¿si la aseguradora ha comparecido en sede administrativa y ha presentado alegaciones, eso le confiere legitimación como parte en el posterior pleito contencioso-administrativo por el mero hecho de haber sido interesado en vía administrativa? La respuesta parece que debe ser negativa.

En todo caso, el hecho que el art. 21.1.c) LJCA identifique como demandadas en el proceso contencioso-administrativo a las aseguradoras de las Administraciones públicas comporta que aquéllas solo puedan intervenir en el proceso en esa posición procesal. Este precepto pretende introducir una garantía para el damnificado que litiga con una Administración por el reconocimiento de una indemnización. Pero esa medida también podría interpretarse como una garantía para las entidades aseguradoras, que podrán ser parte en esos procesos, presumiendo que su posición será la de la Administración. En otras palabras, si los damnificados recurren se supone que es porque la Administración ha desestimado su reclamación patrimonial, o la ha reconocido en una cuantía inferior a la solicitada. La Administración no puede recurrir sus propias resoluciones. Ni la aseguradora, por ejemplo, sostener en una apelación la denegación de la indemnización que se ha concedido en la instancia. Pero ello no siempre es así sino que el aseguramiento privado responde a un interés de la Administración correspondiente en tener cubierto ese riesgo derivado de su actividad (cuestión criticada por la doctrina, pero hoy indudablemente consolidada). Y, en cambio, el interés de la aseguradora puede ser evitar el desembolso económico.

La posición jurídica de la aseguradora en el proceso es diferente a la de cualquier tercero y va más allá del mero interés en la legalidad de la actuación administrativa. No está ejercitando una acción pública en defensa de la legalidad —para la que no estaría legitimada— sino que ostenta un claro interés legítimo de carácter patrimonial. Aunque la resolución administrativa que reconozca la responsabilidad patrimonial no mencione expresamente a la entidad aseguradora como destinataria del deber de pagar la indemnización, cabe apreciar sin dificultad que la misma comporta una obligación de pago para la aseguradora, pues entra dentro del tipo de daños cubiertos por el contrato de seguro.

En las operaciones de aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el papel de la compañía aseguradora es atender el pago correspondiente cuando se verifique esa responsabilidad. Cuestión diferente es que la compañía pueda tener su acción de regreso contra el asegurado, pero de manera independiente al hecho del que nace la responsabilidad, y del derecho del ciudadano-víctima a ser resarcida. La posición de la aseguradora es la de avalista solidario de la Administración responsable, y por eso procesalmente debería estar subordinada a ella.

Este argumento vendría corroborado por las cláusulas del propio contrato de responsabilidad civil y patrimonial cuyo objeto no es estrictamente cubrir los daños que pueda producir la Administración, sino el aseguramiento de las con-

secuencias económicas derivadas del reconocimiento de la existencia de responsabilidad patrimonial exigible a la Administración. El « siniestro cubierto » sería, pues, la propia responsabilidad patrimonial declarada, no el evento dañoso que dio lugar a la misma.

A nuestro juicio, que el contrato de seguro tenga por objeto directo la cobertura de la responsabilidad patrimonial de una Administración, comporta que la aseguradora necesariamente se tenga que aquietar o conformar ante una declaración de responsabilidad efectuada por la Administración, tanto en su carácter positivo o negativo como en su cuantía.

Y ello es así puesto que no existe una relación jurídica directa entre la compañía aseguradora y los sujetos damnificados, en un proceso contencioso-administrativo que está concebido como un proceso al acto, de manera que a la hora de abrir un proceso, lo relevante es si el acto administrativo afecta a un derecho o interés legítimo del recurrente (damnificado) y no la relación que se pueda tener con los posibles codemandados.

En caso de que la aseguradora no esté de acuerdo con la resolución administrativa estimando la reclamación del perjudicado total o parcialmente, la legislación procesal no le permitiría convertirse en co-demandante contra el acto. Si fuera el perjudicado el que no estuviera de acuerdo con la resolución que puso fin a la vía administrativa es cuando sería co-demandada la aseguradora, aunque estuviera también disconforme con la indemnización fijada. La pretensión de la aseguradora de que se declarara improcedente —o se rebajara— la indemnización, carece de legitimación procesal.

Pero lo mismo no sucede a la inversa, es decir, una vez declarada la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración y existiendo una póliza de seguro que cubriera dicha responsabilidad, puede el particular dirigirse contra la aseguradora en ejercicio de acción directa. Este sería el caso resuelto por la **Audiencia Provincial de Madrid** en su **sentencia 126/2018 de 10 de abril de 2018**, dictada en apelación.³⁸⁸ Se trata efectivamente de un supuesto de reclamación de responsabilidad patrimonial por deficiente atención sanitaria (error de diagnóstico en mamografía que hubiera permitido la realización de pruebas complementarias). La demandante reclamó de la Administración la indemnización. Ante la desestimación interpuso recurso contencioso-administrativo que dejó caducar, optando, en vez de ello, por la acción directa contra la compañía aseguradora del servicio murciano de salud.

En primer lugar, se afirma en la sentencia el **carácter autónomo de la acción directa**. « El art. 76 LCS ha reconocido la existencia de un derecho propio —sustantivo y procesal— del perjudicado frente al asegurador, con el propósito, de una parte, de un resarcimiento más rápido mediante el ejercicio de la acción directa contra el profesional del negocio asegurador y, de otra parte, de eludir la vía indirecta en virtud de la cual el perjudicado habría de reclamar al causan-

388. ECLI:ES:APM:2018:5404. La primera instancia había resuelto desestimar la demanda civil al razonar que extinguida la responsabilidad patrimonial de la Administración, también se extingue la de la aseguradora.

te del daño y éste al asegurador, lo que provocaba una innecesaria litigiosidad. De esta forma, el tercero perjudicado tiene dos derechos frente a dos obligados: contra el asegurado-causante del daño y contra el asegurador. La conexidad de ambos obligados resulta de su condición de deudores solidarios, de una misma prestación que cumplen la misma función de resarcir al perjudicado» (STS 1ª 87/2015, 4.3 y juris. cit.). Dogmáticamente, la llamada «acción directa» (recte, «derecho directo») es procesalmente autónoma —no hay que reclamar ni antes ni conjuntamente al asegurado— pero sustancialmente accesoria —no prosperará si no se acredita la responsabilidad del asegurado—. No es solo un derecho procesal sino también un derecho sustantivo; la acción directa no es sino el ejercicio procesal de un derecho propio.

Cabe recordar que, desde la Ley 50/1980, en el derecho español los perjudicados cuentan con la facultad de dirigirse directamente contra el asegurador para resarcirse de los daños y perjuicios que les haya irrogado el asegurado. Esta norma, peculiar de nuestro sistema, configura un derecho subjetivo de aquellos, de carácter autónomo e inmune a las relaciones entre las partes del contrato de seguro, que entronca con el derecho a la tutela judicial efectiva, ofreciéndoles una opción que facilita su ejercicio [...]; esta previsión normativa ha permanecido inalterada hasta nuestros días desde su introducción en 1980. El legislador, pese a sus numerosas intervenciones en el sector, no ha estimado oportuno cambiar su configuración y no ha introducido excepción alguna, ni siquiera para cuando el asegurado y, por consiguiente, el responsable principal del daño sea una Administración pública. Así pues, el artículo 76 de la Ley 50/1980 sigue reconociendo con idéntico alcance a los perjudicados la facultad de actuar directamente contra el asegurador, con independencia de quién sea el asegurado. [...] Parece evidente que las reformas sobre la distribución de competencias entre jurisdicciones no puede alcanzar a negar un derecho reconocido en un precepto legal vigente, forzando a sus titulares a dirigirse, además de contra el asegurador, frente a la Administración, agotando previamente la vía ante la misma para, después de obtener un resultado negativo, promover un recurso contencioso-administrativo. [también ATS 4/2014, 19.2].³⁸⁹

Pese a ello, parece evidente que la construcción de la responsabilidad administrativa y la civil son distintas, pero no es tan evidente que las pólizas de seguro de responsabilidad cubran directamente los daños producidos y no —como creemos— se limiten a asegurar la simple declaración de responsabilidad y la satisfacción de la correspondiente indemnización. Considerar que el objeto asegurado es el mismo (daño) desemboca en notables inconvenientes de orden práctico que puedan derivarse de la pervivencia de la duplicidad jurisdiccional que la Audiencia considera que no pueden menoscabar a un derecho sustantivo otorgado a los perjudicados por una norma del ordenamiento jurídico vigente, que, además, constituye un pilar de nuestro sistema en relación con el contrato de seguro, emparentado con la tutela judicial efectiva y con la voluntad del legislador de proteger a los perjudicados.

389. FFDD 6 y 7.

Para superar ese obstáculo, y aquí entra el segundo tipo de razonamiento de la sentencia, se afirma que **no hay vinculación entre órdenes jurisdiccionales** en cuanto al reconocimiento de la responsabilidad por daños. «El hecho de que para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración asegurada no resulta en ningún modo extravagante. El artículo 42 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (BOE de 8 de enero) prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que sólo producirá efectos en el proceso de que se trate. [...] En fin, la máxima que aconseja no dividir la continencia de la causa opera siempre y cuando no suponga la restricción de los derechos sustantivos y procesales de los contendientes» (ATS Conflictos 3/2010, 22.3; 4/2010, 22.3; 5/2010, 22.3 y 21/2010, 18.10).» Para seguidamente afirmar que: «Como doctrina general, no estamos vinculados a la resolución administrativa que deniega la responsabilidad patrimonial porque no hay prejudicialidad devolutiva ni la Orden administrativa produce efectos de cosa juzgada material. La resolución administrativa que deniega la responsabilidad patrimonial de la Administración, no suspende el curso de las actuaciones civiles ni vincula porque no es de aquellos contados supuestos en los que lo establece la ley o el acuerdo de las partes (art. 42.3 LEC a contrario). Tampoco debe apreciarse cosa juzgada: «El art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones, y menos aún por los órganos administrativos» (STS 1ª 301/2016, 5.5). Distinto sería, en otro caso, que la resolución «fue objeto de recurso contencioso-administrativo, la resolución judicial firme que lo resuelve sí vincula al tribunal civil» (SSTs 1ª 634/2014, 9.1.2015 y 588/2017, 3.11; también Pleno 12.1.2015).

Además, la doctrina jurisprudencial de que «el orden jurisdiccional civil ha de partir de la presunción de legalidad de los actos administrativos, mientras no sean anulados por el orden jurisdiccional contencioso administrativo» (STS 1ª 545/2014, 1.10 y juris. cit.) ha sido objeto de matización sistemática, pues se refiere a aquellos casos de prejudicialidad putativa, en los que el tribunal civil se vería abocado a conocer del objeto principal del pleito consistente en una cuestión administrativa ajena a su competencia: «cuando lo que constituye verdaderamente la controversia del proceso es una cuestión que, al margen del planteamiento jurídico-privado efectuado por las partes, está sometida al Derecho administrativo y no al Derecho civil o mercantil, esta Sala ha declarado la competencia de los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo» porque «la técnica de la prejudicialidad no puede arrastrar el conocimiento de la cuestión planteada al ámbito del orden jurisdiccional civil porque no puede admitirse que el *thema decidendi* [cuestión que debe decidirse], de carácter jurídico-administrativo y llamado a ser resuelto por la jurisdicción de este orden, tenga carácter accesorio o prejudicial respecto de la cuestión civil planteada, generando la posibilidad de que una ulterior resolución sobre el asunto —que

constituye la esencia del litigio— por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo pudiera dar lugar a una contradicción insalvable entre lo resuelto por ambas jurisdicciones» (STS 1ª 313/2013, 6.5 cit. 12/2011, 31.1).

Ahora bien, en el supuesto de acción exclusivamente directa, por disposición legal, no se resuelve a los solos efectos prejudiciales sino con competencia plena. La propia existencia de la acción directa llama a aplicar con naturalidad el Derecho administrativo por un tribunal civil y así lo tiene reconocido la jurisprudencia. En la sustanciación de la acción directa, la presunción de validez del acto administrativo (art. 39.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) tiene la misma fuerza relativa ante un tribunal civil que debe enjuiciar la cuestión, que ante un tribunal de lo contencioso, esto es, la declaración de la propia Administración de que no debe responder es un autoargumento o argumento autosuficiente (*bootstrapping*), sin fuerza externa ante el tribunal para escapar de la ciénaga de la responsabilidad patrimonial.³⁹⁰

La construcción del tribunal civil choca poderosamente con la del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Mientras que la aseguradora de la Administración no puede discutir en la jurisdicción contencioso-administrativa el acto administrativo de reconocimiento de responsabilidad y de fijación de la indemnización —sinistro que simplemente se limita a cubrir mediante el desembolso de cantidad—, el particular puede —una vez denegada la responsabilidad administrativa— acudir civilmente contra la aseguradora en acción directa, sin que exista vinculación entre lo resuelto administrativamente y el nuevo juicio. Creemos que este resultado, doblemente protector del ciudadano no necesariamente viene impuesto por el ordenamiento legal. Y tal vez, como garantía de la tutela judicial efectiva, podría pensarse en la necesidad de permitir el litisconsorcio pasivo en los pleitos administrativos donde concurra aseguramiento privado de la responsabilidad administrativa o en una cierta vinculatoriedad del pronunciamiento administrativo respecto a la posterior acción directa civil. O más fácilmente, separar dos conceptos distintos en las pólizas de seguro: el daño y el objeto del aseguramiento. Todo ello como consecuencia de la aberración que supone el traslado de instituciones jurídico privadas al mundo público.

Creemos, en fin, que la controversia no se halla definitivamente zanjada y es previsible la pervivencia de las dudas que arroja un incontestable monstruo jurídico como es el aseguramiento privado de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública por el normal o anormal funcionamiento de sus servicios.

390. FFDD 14 a 16.

BIBLIOGRAFIA CAPITULO VIII

- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., *Origen de los funcionarios locales de habilitación estatal: los cuerpos nacionales*. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1996
- AMENÓS ÁLAMO, J. «Són els secretaris d'administració local una eina institucional adequada contra la corrupció?», *Revista catalana de Dret Públic* nº 60, 2020
- ARQUILLO COLET, B. Seguro y responsabilidad patrimonial de la administración: los problemas del aseguramiento de la responsabilidad civil de las administraciones públicas y sus soluciones jurídicas. Tesis Doctoral UPF. Disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/7291>
- BOTO ALVAREZ, A. *La Administración Instrumental en el proceso*. Ed. Reus, Madrid, 2011
- CAMPOS ACUÑA, C. «Nuevo régimen de los funcionarios de Administración local con habilitación nacional: una aproximación general al Real Decreto 128/2018 de 16 de marzo» *Revista Digital CEMCI* nº 37, 2018 Disponible en <https://revista.cemci.org/numero-37/pdf/tribuna-2-nuevo-regimen-de-los-funcionarios-de-administracion-local-con-habilitacion-nacional-una-aproximacion-general-al-real-decreto-128-2018-de-16-de-marzo.pdf>
- CASTILLO BLANCO, F.A. «La Ley de modernización del Gobierno Local: función de Gobierno, funciones directivas y funcionarios con habilitación de carácter nacional» *Revista de Estudios de la Administración Local*, n. 292-293, 2003.
- CUSCÓ, Margarita y CUNILLERA, Montserrat. *Defensa y representación de las Corporaciones Locales. La posición jurídica de la Administración Local en el proceso contencioso-administrativo*. Dijusa, Madrid, 2002
- GARCÍA DURÁN, F.J. y MONTESERIN HEREDIA, S. *Manual para el asesoramiento, representación y defensa de las Entidades Locales*. Wolters Kluwer-El Consultor de los Ayuntamientos, 2019.
- GARCÍA PALACIOS, J. «La asistencia jurídica a la Agencia Estatal de Administración Tributaria» en *La Abogacía del Estado para una Administración del siglo XXI. XXVIII Jornadas de Estudio*. Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007.
- GIMENO BEVIA, J. «La defensa privada de la Administración pública» *Gabilex*. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha nº 9, Marzo 2017. Disponible <https://gabilex.castillalamancha.es/articulos/la-defensa-privada-de-la-administracion-publica>
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, 7ª edición, Civitas Thomson-Reuters, Madrid, 2015
- GRIJALBA LÓPEZ, J.C. «La compañía aseguradora en el procedimiento de responsabilidad patrimonial» *Derecho y Salud* vol. 21 nº 1, 2011. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=71579>

- HUERGO LORA, A. «El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas» *InDret* WP n° 150, 2003. Disponible en www.indret.com/pdf/150_es.pdf
- LINARES GIL, M.I. «El servicio jurídico de la Agencia Estatal de Administración Tributaria» en AAVV *La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Estudios en Homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*. IberCaja-Aranzadi, Pamplona, 1999.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M. «Autonomía e Independencia Funcional de los Funcionarios con Habilitación de Carácter Nacional en la Nueva Regulación Establecida por la ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local» en *La función pública local: del Estatuto básico a la Ley de reforma local de 2013*; Cizur Menor, Navarra. Aranzadi, 2014.
- MARCOS MUÑOZ, F.J. «Los codemandados en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Su intervención en el proceso y en el procedimiento administrativo. Referencia obligada a la responsabilidad patrimonial de la Administración.» *Noticias Jurídicas* 25 agosto 2017. Disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/12258-los-code-mandados-en-el-orden-jurisdiccional-contencioso-administrativo-su-interven-cion-en-el-proceso-y-en-el-procedimiento-administrativo-referencia-obligada-a-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion/>
- MARCOS OYARZUN, F. J. *Los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional: de la selección a la provisión de puestos*. Editorial Bayer, Barcelona, 2002.
- MARTÍ SARDÀ, I. (coord.) *Manual sobre el nuevo régimen jurídico de los funcionarios de Administración local de carácter nacional*. Editorial: Atelier. Barcelona, 2019
- MARTÍN DEL CORRAL, F.J. «Nuevo régimen jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación Nacional tras la entrada en vigor del RD 128/2018.» *Revista de Derecho Local*. 1 marzo de 2018. Disponible en <https://elderecho.com/nuevo-regimen-juridico-de-los-funcionarios-de-administracion-local-con-habilitacion-nacional-tras-la-entrada-en-vigor-del-rd-1282018>
- MORELL OCAÑA, L. «Situación y perspectivas de los funcionarios de la Administración Local con la Habilitación Nacional» *Justicia Administrativa* n° Extraordinario, 2000.
- ORDUÑA REBOLLO, E. «Historia de una profesión al servicio de la ciudadanía: secretarios, interventores y tesoreros de la Administración local española» en ORDUÑA REBOLLO, E. y MERINO ESTRADA, V. (Coords.) *Secretarios, interventores y tesoreros de la Administración local. Doscientos años al servicio de la ciudadanía*. Madrid, CUNAL, 2012.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. «La incidencia del desarrollo del Estado autonómico sobre la concepción del sistema de la habilitación nacional de funcionarios locales». *Revista de Administración Pública* n. 153, 2000.
- PADROS REIG, C. «El control de constitucionalidad de la reforma local de 2013» *Revista General de Derecho Administrativo*, n° 46, 2017

- PIQUERAS BAUTISTA, R. «Asesoramiento, Representación y Defensa de las Entidades Públicas Empresariales» en AAVV *La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Estudios en Homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*. IberCaja-Aranzadi, Pamplona, 1999.
- ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, M.L. «Reflexiones sobre la nueva regulación de los funcionarios con habilitación de carácter nacional en la legislación de régimen local: ¿avance o retroceso?» *Revista Española de Derecho Administrativo* n. 170, 2015.