

La función consultiva en Europa: Los Consejos de Estado francés e italiano

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. EL CONSEJO DE ESTADO FRANCES. 1. Origen y evolución histórica. 2. La Constitución de 4 de octubre de 1958 y el régimen jurídico actual del Consejo. 3. La organización y el funcionamiento. A) Organos directivos y de administración. a) El Vicepresidente. b) El Secretario General. c) El «Bureau». B) Organos para el ejercicio de las funciones consultiva y jurisdiccional. a) Las Secciones. b) Las Secciones «reunidas en sesión conjunta» y las Comisiones especiales. c) La Comisión Permanente. d) La Asamblea General. 4. El Cuerpo de miembros del Consejo y su carrera. 5. La función consultiva del Consejo. A) La consulta preceptiva y facultativa. B) La consulta vinculante. C) La consulta evacuada en Derecho o basada en consideraciones de oportunidad. 6. El procedimiento para ejercicio de la función consultiva. 7. La más reciente función administrativa del Consejo: los estudios. III. EL CONSEJO DE ESTADO ITALIANO. 1. Origen y evolución histórica. 2. La Constitución de 1 de enero de 1948 y el régimen jurídico actual. 3. La organización y el funcionamiento. A) Los órganos directivos y administrativos. a) Los órganos unipersonales: el Presidente, el Secretario General y el Director-Jefe de la Secretaría. b) Los órganos colegiados: el Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa, el Consejo de Administración y la Comisión de Disciplina para el Personal de Secretaría. B) Los órganos para el ejercicio de las funciones consultiva y judicial: las Secciones, las Comisiones especiales, la Asamblea general y la Asamblea plenaria. C) El Consejo de Justicia Administrativa para la Región Siciliana. 4. La Magistratura administrativa: el cuerpo y la carrera. 5. La función consultiva del Consejo de Estado. A) Los dictámenes facultativos. B) Los dictámenes preceptivos y vinculantes. 6. El procedimiento interno para la emisión de dictámenes.

I. INTRODUCCION

La fórmula española de asesoramiento superior y general al Gobierno, que ha sido constitucionalizada por el artículo 107 de la norma fundamental de 1978, es relativamente específica en nuestro inmediato entorno político-jurídico, en el que —dejando aparte la peculiaridad, cada vez menos acusada, del caso del Reino Unido— se han aca-

bado decantando claramente dos modelos diferenciados, cuyos paradigmas son Francia y Alemania. Semejante clasificación vale aún hoy, sin perjuicio de que, por lo que hace al ámbito de la Comunidad Europea, el proceso de progresiva integración en una estructura y en un ordenamiento supranacionales esté limando las diferencias más significativas, en particular la relativa a la especialización del enjuiciamiento de la Administración pública. Quizá sea justamente la organización del asesoramiento técnico-jurídico del poder ejecutivo el campo en el que la diversidad es aún más acusada, siquiera por lo que hace a la concentración o no de la función consultiva general en un órgano de especial autoridad y cualificación (1). El modelo francés es específico, en cuanto que acumula en una sola institución-centro de gravedad del sistema correspondiente, el Consejo de Estado, las funciones consultiva y de enjuiciamiento de lo contencioso-administrativo. A este modelo pueden adscribirse Italia, los Países Bajos, Bélgica y Grecia (fuera de Europa: Colombia, Turquía y Tailandia), pero no, sin más, el español, cuyo Consejo de Estado perdió hace tiempo la función jurisdiccional, quedando reducido a la consultiva (2). Por su parte el modelo alemán, al que responden —con las naturales variantes y singularidades— los sistemas austríaco, sueco, finlandés y también portugués, descansa en el desarrollo de una jurisdicción administrativa especializada y, por tanto, separada del sistema judicial ordinario, pero enteramente judicial también y, por tanto, igualmente separada de la Administración pública. Desde este punto de vista, el ordenamiento español responde más a éste que al francés, en el que el Consejo de Estado continúa siendo el vértice de la justicia administrativa.

A los efectos del objetivo perseguido por el número monográfico de Documentación Administrativa sobre el Consejo al que está destinado el presente trabajo, lo más útil parece, pues, dejar de lado aquellos países europeos que no conocen la concentración en un órgano consultivo de la función de asesoramiento general del Gobierno y centrar la atención, de entre en los que sí responden a tal principio organizativo de dicha función, en los dos más cercanos a nosotros, de ma-

(1) Por lo que hace a los mecanismos concretos y, en su caso, sectoriales de asesoramiento, las diferencias entre los distintos países europeos no son excesivamente importantes. Véase, al respecto, las obras colectivas siguientes: H. VAN HASSEL y J. VARGA (responsables) y otros, *Consultative mechanisms of central government*, European Group of Public Administration, Ed. Institut International des Sciences Administratives, Bruselas, y *La Fonction Consultative Européenne. Les Assemblées Consultatives Economiques et Sociales dans la Communauté Européenne*, Secretariado General del Comité Económico y Social, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Ed. Delta, Luxemburgo y Bruselas, 1987.

(2) La afirmación del texto no pretende desconocer la influencia que el modelo francés ha ejercido históricamente en el diseño inicial y en la evolución de nuestro Consejo de Estado, cuestión ésta en la que ahora no puede entrarse.

yor tradición al respecto y que continúan confiriendo mayor vigor a sus respectivos Consejos de Estado: Francia e Italia.

La exposición de la organización, la competencia y el funcionamiento de los Consejos de Estado así seleccionados se realiza de manera básicamente descriptiva, procurando recoger todos cuantos aspectos puedan contribuir a proporcionar al lector una información cabal de las instituciones y, en la medida en que un autor español no puede pretender un conocimiento vivido de éstas, renunciando a cualquier posible y vano intento de originalidad y siguiendo muy de cerca, por tanto y en cada caso, una obra expositiva de las mismas: la de J. MAS-SOT y J. MARIMBERT para el Consejo de Estado francés y la de G. LAN-DI para el Consejo de Estado italiano.

II. EL CONSEJO DE ESTADO FRANCES

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA (3)

Sin perjuicio obviamente de la posibilidad de la invocación de precedentes históricos más remotos, el Consejo de Estado francés actual nace, siendo Napoleón Primer Cónsul, con la aprobación (art. 52) de la Constitución del año VIII (de 13 de diciembre de 1799) y la primera sesión constitutiva celebrada en Luxemburgo el día 25 del mismo mes de diciembre de 1799.

El diseño del órgano que va a erigirse en la piedra angular de la espléndida construcción administrativa napoleónica parece haber tenido en cuenta, como atestiguan tanto su nombre (proveniente del antiguo Conseil du Roi) como la denominación de las dos categorías superiores de sus miembros (Maitres de Requetes y Conseillers d'Etat, existentes ya en el Antiguo Régimen), elementos históricos y, muy especialmente, la idea de identificación de la Administración con el bien común o interés general y, por tanto, la de que el enjuiciamiento de aquélla no es sino la prosecución de este último en otra sede, es también administrar. De ahí justamente que, no obstante, la supresión de todos los órganos del Antiguo Régimen y la construcción de un orden nuevo en la materia, la Asamblea nacional excluya radicalmente toda inmisión del poder judicial en la función administrativa (Ley de 16-24 de agosto de 1790) y atribuya a la Administración el conocimiento del contencioso-administrativo (Ley de 6-7-11 de septiembre de 1790) y al

(3) Sobre el origen y la evolución del Consejo de Estado francés, véase el libro publicado por la institución con ocasión del cumplimiento del 150 aniversario, *Le Conseil d'Etat-Livre jubilaire*, Recueil Sirey, París, 1952, y también la obra colectiva, redactada por miembros del Consejo de Estado bajo la dirección del Consejero de Estado L. FOUGERE, *Le Conseil d'Etat, 1799-1974*, Editions du CNRS, París, 1974.

Rey la resolución de los conflictos de competencias (Ley de 7-14 de octubre 1790).

Para J. MASSOT y J. MARIMBERT (4) 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 Estado del pronunciamiento sobre los conflictos de competencia) y la exigencia de motivación incluso de las decisiones en sede jurisdiccional.

El Consejo, una vez creado, se afirma institucionalmente con gran rapidez, de suerte que aun cuando los ulteriores avatares políticos suministraron ocasiones para su cuestionamiento (en la Restauración y la Monarquía de julio llegó a plantearse incluso su supresión) los diferentes regímenes políticos que se han ido sucediendo no han hecho en definitiva más que asentarlo y desarrollarlo, principalmente en su faceta jurisdiccional.

Los principales hitos de su evolución hasta la Constitución actual pueden resumirse, siguiendo a los autores últimamente citados, como sigue:

— En la Restauración se limitó considerablemente el papel del Consejo de Estado, al limitar fuertemente sus reuniones plenarias y articular su funcionamiento ordinario en Comisiones destacadas en los diferentes Ministerios. Aunque se mantuvo su función jurisdiccional (a través de la Comisión de lo Contencioso), ésta fue objeto de numerosas críticas por los excesos en el desapoderamiento de los Tribunales ordinarios (fundamentalmente en materia electoral y penal) a través de las decisiones de los conflictos de competencia. La Ordenanza de 1 de junio de 1828 vino a poner coto a estos excesos en materia criminal y a regular de nuevo el procedimiento para la solución de los conflictos.

(4) J. MASSOT y J. MARIMBERT, *Le Conseil d'Etat, colección Notes et Etudes Documentaires*, Ed. La Documentation Française, París, 1988, p. 10.

— 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 época tiene lugar también un hecho capital: el desarrollo a partir de 1832 del recurso por exceso de poder.

— La Segunda República confirió al Consejo de Estado, por primera vez, rango constitucional e introdujo tres reformas decisivas: el otorgamiento al Consejo de Estado de la jurisdicción delegada (Ley de 3 de marzo de 1849), la creación de un Tribunal de Conflictos (de composición paritaria con la jurisdicción ordinaria; Ley de 28 de octubre de 1849) y el establecimiento de un sistema de concurso para el reclutamiento de los Auditores. Sin embargo, la politización en este período del Consejo de Estado acabó conduciendo a su disolución por Decreto de 5 de diciembre de 1851.

— El segundo Imperio restableció el Consejo de Estado y si bien es cierto que supuso notables retrocesos (vuelta al sistema de justicia retenida, supresión del Tribunal de Conflictos), no dejó de realizar algunas aportaciones positivas como las de restablecimiento del reclutamiento por concurso de los auditores en 1853 y permitir el desarrollo de la función jurisdiccional (en esta época tienen lugar nuevas aperturas del recurso por exceso de poder).

— Tras la Revolución de 1870, la Ley de 24 de mayo de 1872 reorganizó el Consejo de Estado, definiendo su imagen en términos que, en lo sustancial, han permanecido hasta la actualidad. Se volvió a la jurisdicción delegada y se restableció el Tribunal de Conflictos. La discusión de la Ley dio lugar también a un debate sobre el estatuto de los miembros del Consejo de Estado, incluido el sistema de selección de los mismos, desencadenando un proceso que fue conduciendo primero al mantenimiento del reclutamiento de los auditores por concurso (en 1872) y la reserva de un número creciente de plazas de Maitres de Requetes y de Consejeros para su provisión por concursos (para la primera categoría, de un tercio a dos tercios del número total en 1890 y luego, en 1910 y ya definitivamente, tres cuartas partes; para la segunda, la mitad de las plazas de 1900 y luego —ya definitivamente— dos terceras partes de las mismas en 1923). En este largo período (hasta la segunda gran guerra), aunque se produjo un debilitamiento del papel consultivo del Consejo (su intervención en la aprobación de proyectos de Ley pasa a ser simplemente facultativa), tuvo lugar el abandono definitivo de la teoría del Ministro-Juez ordinario del contencioso-administrativo y la apertura de la fase más brillante de la jurisper-

dencia de dicho Consejo, con los Arrets basados en las conclusiones de los grandes Comisarios Romieu y Blum.

— En la evolución posterior a la segunda guerra mundial cabe anotar el cambio que supuso la centralización en la ENA de la selección de los funcionarios de élite, incluidos los del Consejo de Estado, la recuperación de la plenitud de la función consultiva (con la reintroducción del dictamen preceptivo sobre los proyectos de Ley por la Ordenanza de 31 de julio de 1945), la sustancial reorganización de la jurisdicción contencioso-administrativa con la conversión de los Consejos de Prefectura en Tribunales Administrativos y el desarrollo considerable de la jurisprudencia del Consejo de Estado al compás mismo de la expansión y la intensificación de la intervención social del Estado.

2. LA CONSTITUCIÓN DE 4 DE OCTUBRE DE 1958 Y EL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DEL CONSEJO

La Constitución vigente constitucionaliza no sólo el sistema de designación de los Consejeros de Estado, sino la función misma del Consejo, sin perjuicio de no definirlo, ni de precisar su posición en el contexto de las instituciones del Estado. Determina directamente, en efecto, la reserva al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, del nombramiento de los Consejeros de Estado (mecanismo este de designación tradicional desde 1875) y la intervención consultiva preceptiva del Consejo de Estado en la elaboración de los proyectos de Ley (art. 39), de los proyectos de Ordenanzas (arts. 38 y 92) y de los proyectos de Decretos de modificación de normas con valor o fuerza de Ley dictados con anterioridad a la Constitución en materia reservada al Reglamento (art. 37). No hay, pues, ninguna mención constitucional expresa de la función jurisdiccional del Consejo, pero a este respecto, el Consejo Constitucional, en sendas decisiones de 22 de julio de 1980 y 23 de enero de 1987, ha declarado que debe considerarse uno de los principios informantes de las Leyes de la República y, por tanto, de valor constitucional, el de reserva en último término a la jurisdicción administrativa, con excepción sólo de las materias que por su propia naturaleza pertenezcan a la jurisdicción ordinaria, de la competencia para la anulación o la revocación de las decisiones adoptadas, en ejercicio de prerrogativas del poder público, por las autoridades ejercientes del poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales de la República o los Organismos públicos sujetos a su autoridad o control.

El Consejo de Estado es, sin duda, un órgano encuadrado en el poder ejecutivo, pues está adscrito al Primer Ministro, que es el Presidente de su Asamblea General (en ausencia del Primer Ministro lo es

«le garde des Sceaux», es decir, el Ministro de Justicia; art. 17 del Decreto de 30 de julio de 1963), por más que, en la práctica, ejercite tal prerrogativa sólo en las sesiones protocolarias (y, todo lo más, una única vez a lo largo del mandato gubernamental). Justamente por ello los Ministros tienen teóricamente derecho a intervenir en las sesiones de la Asamblea General en los asuntos que afecten a sus respectivos Departamentos; derecho, que también ha caído en desuso en la realidad. Sin embargo, el órgano en sí mismo goza de una amplísima autonomía funcional y sus miembros se benefician de un estatuto garantizador de su independencia.

En cuanto órgano administrativo consultivo colaborador del Gobierno no tiene relación institucional alguna con el Parlamento. Aunque éste tuvo históricamente intervención en la designación de los miembros del Consejo de Estado, la perdió en 1875 (sin haber vuelto a recuperarlas); por su parte, el Consejo llegó a tener facultades consultivas respecto a las proposiciones de Ley surgidas del Parlamento, pero a partir de 1945 éstas han quedado estrictamente limitadas a los proyectos de Ley gubernativos. Huelga decir que, en su vertiente de Juez administrativo, el Consejo está vinculado —igual que el Juez ordinario— por la Ley. En calidad de tal, su posición respecto del poder judicial ordinario está inspirada por el principio de la separación.

Con J. MASSOT y J. MARIMBERT (5) puede caracterizarse el Consejo de Estado, pues, como un órgano dotado de una triple naturaleza: primer «cuerpo» administrativo del Estado (en cuya calidad es el asesor general del Gobierno); jurisdicción administrativa suprema (en cuya condición decide de forma independiente sobre los contenciosos de orden administrativo) y cuerpo selecto de funcionarios (aspecto, bajo el que sirve al Estado de cantera de colaboradores para una amplia gama de tareas).

Sin perjuicio de la importancia de los usos institucionales no escritos y de la vigencia de normas históricas incluso del año 1790 (que rigen aún la organización del Consejo en sede consultiva) y de los años 1806/1845 (de los que data la organización del Consejo en sede jurisdiccional), el ordenamiento básico actual de este órgano está integrado por la Ordenance de 31 de julio de 1945 y los Decretos 63-766 y 63-767 de 30 de julio de 1963, relativos a la organización, el primero, y al estatuto del personal, el segundo, a los que debe de añadirse la Ley de 23 de diciembre de 1986 por lo que respecta a la edad de jubilación de los Consejeros (6).

(5) J. MASSOT y J. MARIMBERT, *op. cit.*, en nota 4, p. 19.

(6) Por lo que hace a la función jurisdiccional del Consejo no puede dejar de mencionarse, además de la introducción en 1980 de las «astreintes administratives», la Ley de 31 de diciembre de 1987, sobre Tribunales Administrativos Regionales, por la que se da una respuesta a la crisis de la justicia administrativa. Centrándose el interés aquí en la función consultiva, en el

Justamente las mencionadas normas reglamentarias de 1963, de reforma del Consejo de Estado, son el resultado de una de las crisis más importantes sufridas contemporáneamente por la institución como consecuencia de la acusación de politización, que, de otro lado, no constituye precisamente una novedad, sino una constante en la historia de la misma. La crisis en cuestión se produjo por razón de dos pronunciamientos negativos del Consejo, en sede consultiva uno y jurisdiccional el otro, sobre dos medidas importantes adoptadas o propugnadas por el General De Gaulle: la reforma constitucional y la Corte militar de Justicia.

3. LA ORGANIZACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO

Se articula el Consejo de Estado en órganos directivos y de administración y órganos para el ejercicio de su doble función consultiva y jurisdiccional.

A) *Organos directivos y de administración*

a) El Vicepresidente

Dada la peculiar inserción del Consejo de Estado en la organización estatal, no puede en modo alguno sorprender que su Presidente efectivo (el nominal es, como ya nos consta, el Primer Ministro) sea el Vicepresidente, cuyo nombramiento —que debe recaer en quien tenga la condición de Presidente de Sección o de Consejero en servicio ordinario— se produce por Decreto adoptado en Consejo de Ministros y a propuesta del Ministro de Justicia. De oficio, el cese ha de cumplir idénticos requisitos. Le suplen en sus funciones, en caso de ausencia u otro impedimento, los Presidentes de Sección, por estricto orden de antigüedad en el nombramiento y sin distinción alguna entre Secciones consultivas y jurisdiccionales.

El Vicepresidente es el órgano unipersonal central de gobierno del Consejo de Estado. Le corresponde principalmente:

— La potestad de reglamentación interna, integrativa de las disposiciones vigentes.

— La organización de los servicios, en particular la determinación del período anual de vacaciones y la adopción de las medidas precisas

texto no se alude a esta crisis —relacionada con la imputación de ineficacia—, que ha dado lugar a importantes transformaciones en la justicia administrativa francesa.

para asegurar, durante el mismo, la continuidad de los trabajos del Consejo.

— La ordenación de pagos en ejecución del Presupuesto (por más que este forme parte del Ministerio de Justicia).

— La potestad disciplinaria en cuanto hace a la imposición de las sanciones menores: advertencias y amonestaciones (la imposición de las restantes está reservada a la autoridad competente para el nombramiento: el Presidente de la República).

— La autorización preceptiva a los miembros del Consejo para asumir tareas y cometidos administrativos o de interés general fuera del Consejo.

b) El Secretario General

Es un órgano con escaso perfil propio, por más que le corresponde la doble función de desempeñar las tareas de Secretario de la Asamblea General y de dirigir los Servicios administrativos del Consejo. Su nombramiento corresponde al Gobierno, a propuesta del Vicepresidente y previo informe del «Bureau» al que inmediatamente se hará mención.

De hecho, el Consejo cuenta con una importante dotación de personal administrativo (diferenciado del personal integrante de la Corporación consultiva propiamente dicha), articulado en cuatro categorías o grupos (A, con un número total de 41 e integrado por los llamados Jefes de Secretaría —subdivididos en Secretarios de Sección y Agregados de Administración Central— y Agentes de alto nivel contratados al efecto; B, con un número total de 42 e integrado por los llamados Secretarios administrativos, que desempeñan normalmente funciones como Secretarios de las Subsecciones o responsables de cometidos en el Centro de documentación; C, con un número total de 138 e integrado por funcionarios auxiliares, subdivididos en dos categorías; y D, con un número total de 47 e integrado por funcionarios subalternos) (7).

c) El «Bureau»

En su función de gobierno interior, el Vicepresidente está auxiliado por un órgano colegiado presidido por el mismo e integrado por todos los Presidentes de Sección, conocido como «Bureau». Estos últimos son designados, de entre los Consejeros en servicio ordinario,

(7) Los datos están referidos al año 1988.

por Decreto adoptado en Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Justicia.

Su funcionamiento es, en la práctica, muy regular, reuniéndose al menos una vez al mes. Aunque en la crisis ya mencionada de 1963 existió la intención de conferirle funciones sustantivas, incluso de carácter jurisdiccional (los asuntos más delicados), tal propósito no llegó afortunadamente a prosperar, de suerte que los cometidos que le corresponden aparecen centrados en las siguientes cuestiones:

— La formulación de presentación y de propuesta de candidatos para el ascenso de los Auditores (de 2.ª y 1.ª clase), de los Auditores de 1.ª clase a Maitres de Requetes y de éstos a Consejeros de Estado, así como para la designación de Presidentes de Subsección.

— Evacuar informe para la formulación de propuesta por el Vicepresidente al Gobierno en orden al nombramiento de Secretario General.

— Formular propuestas (en virtud de costumbre, que no de regla escrita) para la designación de Presidentes de Sección.

— Emitir parecer sobre todas las cuestiones de importancia relacionadas con la organización y el funcionamiento del Consejo, tanto de las que afecten individualmente a los miembros (comisiones de servicio, situaciones de servicios especiales en Gabinetes de Ministros, situaciones de «disponibilidad» por razón de ejercicio de actividades privadas), como las que se refieran a la institución (distribución de efectivos, peticiones presupuestarias, reformas del contencioso-administrativo, relaciones externas del Consejo, etc.).

B) *Organos para el ejercicio de las funciones consultiva y jurisdiccional*

Como ya se ha indicado, la organización interna del Consejo para el ejercicio de sus funciones institucionales propias se remonta, en lo fundamental, a sus primeros veinte años de existencia. La articulación en Comisiones o Secciones para el estudio de los asuntos en sede consultiva procede ya del mismo origen de la institución, mientras que la constitución de una Comisión de lo Contencioso y su conversión luego en Sección datan, respectivamente, de 1806 y 1848. La única innovación organizativa importante reciente es la de la creación, en 1963, de la «Comission du Rapport», convertida en 1985 en Sección de «Rapport et Etudes».

En la actualidad, el Consejo está dividido en seis Secciones, cinco de ellas administrativas (Interior, Finanzas, Obras públicas, Social y «Rapport et Etudes»; las dos primeras existen desde la primera constitución del Consejo, la tercera fue creada en 1852, la cuarta está liga-

da a la creación de la Comisión Permanente y ha venido a suceder, en 1946, a la antigua Sección de Legislación y la quinta —la más singular y novedosa— es muy reciente, datando, como ya se ha dicho, de 1963) y una de lo Contencioso, cada una de ellas dirigida por un Presidente. En razón al sistema interno de trabajo, de doble fase, del Consejo, que luego se examinará con algún mayor detenimiento, las Secciones administrativas se agrupan en la Asamblea general (bien de forma plenaria —unos 100 miembros—, bien ordinaria o reducida —unos 35 miembros—) y la Sección de lo Contencioso se reúne también en Asamblea de lo Contencioso (8). Desde 1945, la creación de la Comisión Permanente ha introducido una excepción al esquema bifásico de trabajo tradicional del Consejo, pues este órgano despacha directamente los asuntos que le competen.

El Consejo carece de autonomía para la determinación del reparto interno de la competencia entre las Secciones. Este reparto, al depender de la organización de y distribución de competencias entre los diferentes Departamentos ministeriales, es establecido por «Arret» del Primer Ministro, a propuesta del Ministro de Justicia (9). Las reglas generales de reparto experimentan modulaciones en los siguientes supuestos:

— Determinados asuntos (función pública, seguridad social, trabajo, empleo), a pesar de su carácter interministerial, se confieren a una concreta Sección (la de Finanzas en el primer caso, la de lo Social en todos los demás), sin perjuicio de asociar a la misma, para el debate del asunto concreto, a un miembro de cada una de las Secciones a las que pertenezcan los asuntos relativos a los demás Ministerios interesados.

— Los asuntos provenientes del Primer Ministro, cuando afecten la organización, las competencias o el funcionamiento de uno o varios

(8) Interesa destacar, aunque caiga fuera del objeto de interés de este trabajo, que la Sección de lo Contencioso ha debido ir subdividiéndose, en función del crecimiento del número de asuntos, en Subsecciones. En la actualidad está formada por un Presidente de Sección, auxiliado por tres Presidentes Adjuntos, y dieciocho Subsecciones, presididas cada una por un Consejero de Estado. La Asamblea de lo Contencioso, en contra de lo que pudiera parecer, se integra por el Vicepresidente del Consejo, todos los Presidentes de Sección (incluidos, por tanto, los de las Secciones administrativas) y cinco miembros de la Sección de lo Contencioso.

(9) La resolución de reparto de competencias entre las Secciones que, según la información disponible, parece estar aún en vigor, es la de 28 de octubre de 1986, que dispone la siguiente distribución básica:

- Sección del Interior: los asuntos dimanantes del Primer Ministro y de los Ministerios de Justicia, Interior, Educación Nacional, Cultura y Comunicación;
- Sección de Finanzas: los asuntos dimanantes de los Ministerios de Economía, Finanzas y Privatización, Defensa, Asuntos Exteriores y Cooperación;
- Sección de Obras Públicas: los asuntos dimanantes de los Ministerios de Equipamiento, Vivienda y Transportes, Industria, PTT y Turismo y Agricultura;
- Sección Social: los asuntos dimanantes del Ministerio de Asuntos Sociales y Empleo.

concretos Ministerios, pasan a ser de la competencia de la Sección a la que estén atribuidos los asuntos dimanantes del o de los Ministerios en cuestión, si bien la misma ha de asociar a sus sesiones a un miembro de la Comisión de Interior.

— El estudio de los convenios o acuerdos internacionales que afecten a Ministerios concretos no adscritos a la competencia de la Sección de Finanzas (que ostenta la competencia general para los asuntos internacionales) corresponde, por excepción, a la Sección competente por razón de la materia, aunque con la participación preceptiva de un miembro de la citada Sección de Finanzas.

Según J. MASSOT y J. MARIMBERT (10), a los que se viene siguiendo en esta exposición, la precedente ordenación del reparto de asuntos entre las Secciones supone una doble ventaja. En primer lugar, permite una distribución relativamente equilibrada de asuntos entre las diversas Secciones (por más que la de Interior sea la que cuenta con mayor carga de trabajo). Y en segundo lugar, propicia —gracias a su relativa estabilidad— una cierta especialización de los miembros de las Secciones, toda vez que las adscripciones pueden hacerse teniendo en cuenta la experiencia profesional de cada miembro del Consejo, tanto en este mismo, como fuera de él. De hecho, cada Sección cuenta con ponentes «acreditados», bien conocidos por sus «contrapartes» ministeriales. De todas formas, la especialización, ni es automática (los miembros del Consejo pueden ser adscritos a Secciones que ninguna relación guardan con su actividad administrativa precedente, justamente para evitar toda confusión entre las tareas cumplidas en ésta y las de asumir en la institución), ni es tampoco definitiva (la mayor parte de los miembros del Consejo recorren, a lo largo de su carrera, diversas Secciones, incluida la de lo Contencioso, además de participar, en su caso, en la Asamblea general y en la Comisión Permanente).

a) Las Secciones

Conforme al Decreto de 30 de julio de 1963 las Secciones comprenden:

— Un Presidente (el Presidente del Consejo de Estado puede, sin embargo, presidir cualquier sesión de cualquiera de las Secciones).

— Un mínimo de siete Consejeros de Estado en servicio ordinario (en la práctica, el número de Consejeros oscila entre 10 y 16, de los cuales entre 8 y 13 están en servicio ordinario). Cualquiera de éstos pueden suplir, en casos de ausencia u otro impedimento, al Presidente

(10) J. MASSOT y J. MARIMBERT, *op. cit.*, en nota 4, pp. 57 y 58.

de la Sección, normalmente por designación del Presidente del Consejo, oído el «Bureau».

— Un determinado número de Maitres de Requetes (en la práctica, entre 12 y 15), si bien sólo pueden intervenir en las deliberaciones cuando asuman la función de ponente o «rapporteur» y en el asunto correspondiente.

— Un cierto número de Auditores (en la práctica y en las Secciones administrativas que aquí importan, o bien muy reducido o bien, incluso, inexistente) (11).

Sus atribuciones, en sede consultiva, resultan de las consideraciones ya antes expuesta. Sobre su funcionamiento se volverá al tratar del ejercicio de la función consultiva por el Consejo. En cualquier caso, la validez de la deliberación en su seno requiere la asistencia de al menos cuatro Consejeros (incluido el Presidente).

b) Las Secciones «reunidas en sesión conjunta» y las Comisiones especiales

El artículo 13 del Decreto de 30 de julio de 1963 autoriza al Vicepresidente del Consejo para, a los efectos del despacho de un asunto determinado, convocar, en sesión conjunta, a los miembros de la Sección competente por razón de la materia y a los de otra Sección. Según los datos aportados por J. MASSOT y J. MARIMBERT (12), en 1986 se hizo uso de esta facultad en dos ocasiones (celebrando sesiones conjuntas las Comisiones de Interior y Social y de Finanzas y Social) y al año siguiente el número de tales sesiones se había incrementado ya notablemente, de suerte que todas las Secciones habían tomado parte en una de éstas sesiones conjuntas entre dos y siete veces.

A tenor del mismo artículo 13 del Decreto de 30 de julio de 1963, cuando deba reunirse a más de dos Secciones (incluida la de lo Contencioso), el Vicepresidente debe constituir —determinando su composición— una Comisión especial, en la que estén representadas todas las Secciones afectadas o interesadas. Estas Comisiones tienen gran tradición en el Consejo, remotándose la creación de las primeras nada menos que al año 1886. Desde entonces, el censo de las constituidas asciende a 250. Responden bien al examen de asuntos muy concretos (así, por ejemplo, las establecidas en 1946 y 1958 para el estudio de

(11) La razón de la práctica desaparición de los Auditores de las Secciones administrativas del Consejo es muy clara. Los Auditores y los Maitres des Requetes con una antigüedad inferior a tres años son adscritos exclusivamente a la Sección de lo Contencioso, siendo así que —en la realidad— todos los Auditores ascienden a la categoría de Maitres des Requetes poco después de cumplir los tres años de antigüedad en la categoría correspondiente.

(12) J. MASSOT y J. MARIMBERT, *op. cit.*, en nota 4, p. 58.

los correspondientes textos constitucionales), pero no es inusual que funcionen a lo largo de cierto tiempo (así, la creada para el análisis de las normas sobre la función pública operó desde 1944 a 1962 y la más reciente instituida para el examen de las normas sobre la reforma de lo contencioso-administrativo ha adquirido también una cierta permanencia).

c) La Comisión Permanente

Se trata de un órgano creado en 1945, con la finalidad de permitir —por la composición restringida de aquél y su actuación sin previa intervención de Sección alguna— un despacho más rápido del dictamen sobre proyectos normativos tramitados por el Gobierno por procedimiento de urgencia (su institución está ligada, pues, a la devolución al Consejo, en el año indicado, de la competencia consultiva preceptiva en materia de proyectos de Ley) y teniendo como modelo (13) el Comité Jurídico creado por la Ordenanza de 6 de agosto de 1943 cerca del Comité Francés de Liberación Nacional (órgano que había proseguido ejerciendo provisionalmente, tras la Liberación, las funciones de asesor del Gobierno en materia legislativa).

Desde 1963 la preside el propio Vicepresidente del Consejo y está integrada por diez Consejeros de Estado, además de algunos Maitres de Requetes y Auditores (estos últimos con derecho a participar en las deliberaciones sólo cuando sean ponentes en algún asunto).

Su intervención, limitada a los proyectos de Ley, depende de la calificación de urgencia hecha por el Gobierno, por lo que este último determina, en última instancia, el volumen de asuntos tratados en la misma. Esta circunstancia no ha dejado de ser objeto de alguna crítica en la doctrina; crítica de la que se puede encontrar algún, si bien atenuado, reflejo incluso en las Memorias del propio Consejo de Estado (14). De hecho, el Gobierno provoca la intervención de la Comisión Permanente no sólo para los proyectos de Ley objetivamente más importantes, sino también para aquellos en los que tiene un particular interés político.

(13) Véase J. MASSOT y J. MARIMBERT, *op. cit.*, en nota 4, p. 60.

(14) Así, en la Memoria correspondiente al período 1984-1985. Véase la publicación del Consejo *Etudes et Documents*, núm. 37, año 1986, p. 171.

d) La Asamblea general

Desde el Decreto de 30 julio de 1963 este órgano presenta dos variantes: la Asamblea general plenaria, constituida por todos los Consejeros de Estado, y la Asamblea general ordinaria, integrada sólo por los miembros del «Bureau», tres representantes de cada una de las cinco Secciones administrativas y trece representantes de la Sección de lo Contencioso (lo que hace un total de únicamente 35 miembros).

Las ventajas en orden a un más ágil funcionamiento que supone la introducción de esta segunda variante ordinaria han dejado sentir inmediatamente un peso en perjuicio de la formación plenaria. Se explica, así, la sustitución —por Decreto de 26 de agosto de 1975— de la obligación de celebración de reunión plenaria al menos una vez al mes por la de celebración de doce reuniones al año (de las cuales dos al menos han de tener lugar cada trimestre). Desde 1975 se ha ido produciendo una doble evolución hacia la restricción de las sesiones al número legal, de un lado, y su concentración en buena parte en el período de vacaciones de verano (período en el que, si bien el quórum de constitución se reduce de la mitad a la cuarta parte de los miembros, resulta difícil, en razón a los permisos, reunir el número suficiente de Consejeros, por lo que las asambleas tienen lugar, durante el mismo, prácticamente en formación ordinaria). Sólo con carácter extraordinario se convocan asambleas fuera de las prescritas, fundamentalmente con motivo de la elección de representantes del Consejo en otros Organismos y del examen de la Memoria anual o de informes de la Sección correspondiente.

La Asamblea es el órgano del Consejo que, en principio, realiza el examen final de los asuntos sometidos al mismo (salvo los supuestos en que interviene, como ya nos consta, la Comisión Permanente), una vez que han sido estudiados en Sección o en Comisión especial. Sin embargo, la intervención preceptiva de la Asamblea ha ido experimentando, con el tiempo, una paulatina y apreciable reducción. En la actualidad dicha intervención está prescrita para los siguientes asuntos:

— Los proyectos de Ley y de «Ordennances» (salvo los remitidos, por razón de urgencia, a la Comisión Permanente).

— Los proyectos de Decretos adoptados en virtud del artículo 37 de la Constitución, así como (hasta 1980) los de Reglamentos de Administración Pública, si bien el Vicepresidente está facultado para —a propuesta del Presidente de Sección o de Comisión correspondiente— excluir la intervención de la Asamblea.

— Los asuntos en que, por su importancia, así se solicite bien por el Ministro interesado, bien por la Sección o la Comisión competente,

o se decida bien por el Vicepresidente del Consejo, bien por el Presidente de la Sección o de la Comisión correspondiente.

Distinta de la Asamblea general hasta aquí tratada es la Asamblea de lo Contencioso, que no es otra cosa que la formación más solemne para el enjuiciamiento y decisión de un asunto contencioso-administrativo (15). Su intervención es extraordinaria y limitada a aquellos asuntos que ofrezcan dificultades de extremada dificultad y puedan, además, tener importantes consecuencias administrativas o políticas, al punto de que la solicitud de inclusión de un asunto en el orden del día de la misma es puesta en conocimiento inmediatamente del Primer Ministro por el Vicepresidente del Consejo. La propuesta de remisión de un asunto a la Asamblea puede ser formulada por el propio Vicepresidente del Consejo, del Presidente de la Sección de lo Contencioso, del Presidente de la «formation en jugement» que haya estado conociendo del asunto o de esta misma o del Comisario del Gobierno. Se compone por el Vicepresidente del Consejo, que la preside con voto de calidad, todos los Presidentes de Sección (incluidas las administrativas), los Presidentes Adjuntos de la Sección de lo Contencioso, el Presidente de la Subsección de lo Contencioso sobre la base de cuyo informe se vaya a juzgar (o, en su caso, el Presidente de la Subsección a la que hubiera sido asignado inicialmente el asunto, si su instrucción se hubiera llevado a cabo directamente por la Sección de lo Contencioso) y el Ponente.

4. EL CUERPO DE MIEMBROS DEL CONSEJO Y SU CARRERA

Los miembros que forman el Cuerpo del Consejo de Estado están organizados en seis categorías o grados: Auditor de 2.ª clase, Auditor de 1.ª clase, Maitre de Requetes, Consejero, Presidente de Sección y

(15) Las «formations de jugement» del Consejo de Estado, ejercitando su función jurisprudencial, son las cuatro siguientes: la Subsección (únicamente competente para resolver los asuntos más simples, aunque en creciente aumento en número e importancia), las Subsecciones reunidas (se trata del órgano judicial básico, del «Juez administrativo común», y está integrado por la fusión de la Subsección instructora —representada por su Presidente, dos asesores, el o los ponentes, que sólo participan en la deliberación de los asuntos de los que son ponentes, y el Comisario de Gobierno, que no interviene en la deliberación— con otra Subsección —representada ésta por su Presidente y sus Asesores—, con el añadido de un representante de las Secciones administrativas, todos ellos presididos normalmente por uno de los Presidentes Adjuntos de la Sección de lo Contencioso, con lo que, en total, son entre siete y nueve miembros), la Sección de lo Contencioso (a la que se reservan los asuntos que presenten dificultades jurídicas importantes o que puedan dar lugar a cambios en la jurisprudencia administrativa establecida; celebra sesión, en principio, todos los viernes por la tarde y está integrada por el Presidente de la Sección, los tres Presidentes Adjuntos, los Presidentes de diez Subsecciones, dos Consejeros de Estado designados de entre las Secciones administrativas, el ponente del asunto y el Comisario del Gobierno) y, finalmente, la Asamblea de que se trata en el texto.

Vicepresidente. Funcionalmente, desempeñan tareas distintas en el Consejo, existiendo los siguientes cometidos-puestos (que no suponen categorías ni grados): Presidentes o Presidentes Adjuntos de Sección, Presidentes de Subsección (únicamente en lo Contencioso), responsables de servicios especializados (como el de informática o el centro de documentación), Consejeros en servicio ordinario o extraordinario, Comisarios del Gobierno, Ponentes (a tiempo parcial o completo, con más el Ponente general en el caso de la Sección de «Rapport et Etudes») y Asesores de Subsección (en lo contencioso). La asignación de cometidos, funciones o puestos y, por tanto, la distribución de los miembros a lo largo de la organización del Consejo es compleja. La regla general, establecida por el Decreto de 30 de julio de 1963, es la de la doble afectación, que significa que todos los miembros están simultáneamente adscritos a una Sección administrativa y a la Sección de lo Contencioso (con dos notables excepciones: los Auditores y Maîtres de Requetes con menos de tres años de antigüedad, que tienen adscripción única a la Sección de lo Contencioso; y los Consejeros en situación de servicios extraordinarios, que sólo están adscritos a una Sección administrativa). Sin embargo, el régimen de las adscripciones es diferenciado según los casos, pudiendo consistir simplemente en la llamada «obligación estadística», consistente en el deber de despachar un determinado y variable número de expedientes o asuntos. A los efectos de facilitar una idea general o de conjunto, puede establecerse, para el año 1988 (16), el siguiente cuadro aproximativo:

1. En régimen de adscripción cuasiexclusiva a la Sección de lo Contencioso (100):

- 1 Presidente.
- 3 Presidentes Adjuntos.
- 10 Presidentes de Subsección.
- 1 Responsable del Servicio de Informática.
- 20 Comisarios del Gobierno.
- 3 Responsables del Centro de Documentación.
- 62 Ponentes a tiempo completo.

2. En régimen de adscripción con distribución de la dedicación aproximadamente a la mitad (45):

- 20 Asesores de Subsecciones contenciosas.
- 25 Ponentes a tiempo parcial.

3. En régimen de adscripción cuasiexclusiva a Secciones administrativas (37):

(16) Se toman los datos de J. MASSOT y J. MARIMBERT, *op. cit.*, en nota 4, p. 24.

- 5 Presidentes.
- 20 Consejeros en servicio ordinario.
- 11 Consejeros en servicio extraordinario.
- 1 Ponentes general de la Sección de «Rapport et Etudes».

Es normal y frecuente, en razón a su prestigio, que los miembros del Cuerpo del Consejo de Estado presten servicios también fuera del mismo. Los supuestos pueden clasificarse así:

a) Desarrollo de funciones «exteriores» conservando la situación de en servicio activo en el Consejo.

Constituye una tradición, ya desde los comienzos mismos del Consejo, que el Gobierno encargue a miembros del Consejo el desempeño de cargos o puestos en organismos u órganos tanto estables, como temporales (fundamentalmente en las llamadas Administraciones independientes, pero también en organismos autónomos o consultivos), de misión o *ad hoc* (en Comisiones de estudio o de informe sobre asuntos determinados). Se trata siempre de una encomienda suplementaria y no retribuida, que debe ser atendida sin perjuicio del desarrollo de las tareas correspondientes en el seno del Consejo.

b) Desarrollo de funciones «exteriores» en situación que podría calificarse de comisión de servicios («mise à disposition», situación en la que la persona sigue en servicio en el Consejo, percibiendo de él la remuneración correspondiente).

El supuesto principal lo constituye la ocupación de puestos en Gabinetes: Secretaría General del Elíseo (Presidencia de la República), Gabinete del Primer Ministro y Gabinetes de los Ministros.

c) El cumplimiento de funciones en situación de «detachement» (una suerte de servicios especiales, en cuanto da derecho a continuar beneficiándose de los derechos al ascenso y a la jubilación), situación de la que no pueden beneficiarse los Auditores o Maitres de Requetes que tengan menos de cuatro años de servicios.

Se aplica este caso a los miembros del Consejo de Estado que pasan a desempeñar puestos políticos, bien en el Gobierno, bien en el Parlamento. Pero también a aquellos que son designados para funciones o puestos administrativos importantes, incluso en órganos constitucionales, tales como la Secretaría General del Gobierno, la Secretaría General del Consejo Constitucional, la Secretaría General del Consejo Económico y Social, Direcciones Generales en los Ministerios, etc.

d) La colaboración en una situación especial denominada «en délégation» (equiparable en sus efectos a la española de servicios especiales, pues se disfruta de la reserva del puesto y de la redistribución por el Consejo, salvo que el empleo que se vaya a desempeñar esté mejor remunerado) por virtud del cumplimiento de misiones de estudio o el desempeño de tareas de enseñanza por tiempo limitado, incluso en el extranjero.

e) Finalmente, el desempeño de tareas o puestos en la empresa o el sector privados, que determina el pase a la situación de «en disponibilidad», equivalente a la española de excedencia.

Para el ingreso en el cuerpo existen dos turnos: el interior y el exterior. El primero de ellos, que ha ido ganando importancia con el transcurso del tiempo, asegura la profesionalización del Consejo de Estado. El segundo, el enriquecimiento de éste con personalidades de los orígenes y las experiencias más diversas. Veamos por separado cada uno de ellos.

Por el turno «interior» se seleccionan todos los Auditores (desde el segundo imperio), tres cuartas partes de los Maitres de Requetes (desde 1910) y dos tercios de los Consejeros (desde 1923). El ingreso en el Cuerpo se realiza por la categoría o el grado de Auditor de 2.ª clase y mediante concurso público realizado por la ENA. Desde esta primera categoría, la promoción y el ascenso a las tres inmediatamente subsiguientes (Auditor de 1.ª clase, luego Maitre de Requetes y, finalmente, Consejero de Estado) se realiza, en la práctica y según regla no escrita (pero firmemente establecida y practicada, en cuanto experimentada y vivida como importante para la independencia de la institución) por estricto orden de antigüedad, con la sola restricción de la existencia de vacante efectiva. Palía notablemente esta última restricción el reconocimiento por el Decreto de 30 de julio de 1963 del derecho subjetivo a la promoción y el ascenso a la categoría inmediatamente superior (con independencia de la existencia o no de vacantes) de los Auditores y los Maitres de Requetes, una vez cumplidos ocho y dieciocho años de servicios, respectivamente.

Se atienden en la práctica asimismo a la regla de la antigüedad, tanto las propuestas que efectúa el Consejo al Gobierno para la atribución de funciones o puestos de Comisarios del Gobierno o de Presidentes de Subsección, como los nombramientos como Asesores que efectúa el Vicepresidente del Consejo, previo informe del Presidente y Presidentes Adjuntos de la Sección de lo Contencioso.

El turno exterior tiene una cierta complejidad. Comprende las dos categorías de Maitres de Requetes (una cuarta parte de las vacantes) y de Consejeros (un tercio de las vacantes); en esta última, sin embargo, el Gobierno puede proceder al nombramiento, bien como Consejero en servicio ordinario (que supone la integración plena en el Cuerpo), bien como Consejero en servicio extraordinario (la designación es sólo por un período de cuatro años).

La regla general es que la competencia para el nombramiento corresponde, con amplia discrecionalidad, al Gobierno, pues sólo se requiere que el nombrado haya cumplido los treinta años y cuente con diez años de prestación de servicios públicos (en el caso de los Maitres

de Requetes) o haya simplemente cumplido los cuarenta y cinco años (en el caso de los Consejeros de Estado).

La regla general anterior tiene tres excepciones, que limitan más la discrecionalidad del Gobierno (aunque su aplicación no tiene una gran importancia cuantitativa): el Decreto de 30 de septiembre de 1953 (modificado por otro de 29 de noviembre de 1985) ha establecido la reserva de una de cada diez plazas de Consejero y una de cada cuatro plazas de Maitres de Requetes (de las del turno exterior, obviamente) para su provisión con miembros del Cuerpo de los Tribunales administrativos; en los años sesenta y setenta se han introducido asimismo otros dos «subturnos» reservados, con establecimiento de ciertos requisitos para el nombramiento, a los antiguos agentes de «la France d'Outre-Mer» y a los Oficiales, respectivamente.

Los datos de la procedencia (turnos interior o exterior) de los Consejeros, referidos al año 1988 (17) proporcionan una idea global clara del juego respectivo, en la realidad, de los referidos turnos: de un total de 112 Consejeros en servicio ordinario (119 Maitres de Requetes), 70 (90 para los Maitres de Requetes) proceden —por ascenso— de la categoría de Auditor, 16 entraron en el Consejo como Maitres de Requetes por el turno exterior y sólo 26 son Consejeros de directa designación por este último turno.

5. LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO

La clasificación fundamental a los efectos de la sistematización de la función consultiva del Consejo es la que distingue según el carácter preceptivo o meramente facultativo de la intervención de este (con la subdistinción en el primer caso, a su vez, según que tenga o no carácter vinculante). A esta primera, e íntimamente vinculada con la misma, se superpone otra segunda desde la perspectiva del objeto de aquella intervención: texto normativo o medida o acto concretos. Menor trascendencia tiene el punto de vista de la naturaleza del pronunciamiento o juicio del Consejo: fundado en Derecho o de oportunidad.

A) *La consulta preceptiva y facultativa*

La intervención preceptiva del Consejo requiere una previsión legal expresa al respecto. La Constitución contempla los más importantes supuestos. Conforme a la misma, han de someterse a su consideración (toma de posición):

(17) Los datos se toman de J. MASSOT y J. MARIMBERT, *op. cit.*, en nota 4, pp. 29 y 30.

- Los proyectos de Ley (art. 39).
- Los proyectos de Ordenanzas (art. 38).
- Los proyectos de Decretos que modifiquen normas con rango de Ley aprobadas en materias que, tras la Constitución, pertenecen al dominio del Reglamento (art. 37).

En principio aquí la intervención del Consejo es sólo preceptiva en la primera operación sobre la norma con rango legal preconstitucional, pues —una vez convertida ésta en norma reglamentaria, es decir, producida la deslegalización— todas las sucesivas habrían ya de regirse por las reglas atinentes a los Decretos ordinarios, que no siempre imponen el dictamen del Consejo. Esta solución planteaba, no obstante, tal como destacan J. MASSOT y J. MARIMBERT (18), numerosos problemas, no sólo porque otras normas legales pueden continuar remitiendo —en materias objeto de la norma legal modificada y reducida a rango reglamentario— a Decretos «en Conseil d'Etat», sino porque incluso esta última puede contener una remisión de este tipo, con la consecuencia, en ambos casos, de una norma reglamentaria susceptible de modificación sin intervención del Consejo que reenvía a normas de aplicación que sí la precisan. La respuesta que se ha dado a este problema es pragmática, pero efectiva: el Consejo de Estado incluye en todos sus dictámenes a proyectos de Decretos elaborados al amparo del artículo 37 de la Constitución la fórmula del tenor literal siguiente: «le present décret ne pourra être modifié que par Décret en Conseil d'Etat».

Fuera de las precedentes provisiones constitucionales no existe ninguna determinación que, con carácter general, preside el carácter de la intervención del Consejo, a no ser la regla contenida en el artículo 23 de la Ordenanza de 31 de julio de 1945, según la cual dicho Consejo dictamina sobre todas las cuestiones en las que su intervención esté prevista por disposiciones legales o reglamentarias o le sean sometidas por el Gobierno. Consecuentemente, más allá de los supuestos recogidos constitucionalmente, el dictamen del Consejo sólo es preceptivo en la medida en que así venga dispuesto expresamente por una norma legal o reglamentaria; en ausencia de ésta, el recurso a la consulta de dicho órgano es puramente facultativa para el Gobierno.

Sin perjuicio de los casos ya antes enumerados, la intervención preceptiva del Consejo en la elaboración de disposiciones reglamentarias (Decretos) se contempla normalmente para las que impongan deberes o cargas a los ciudadanos, tengan una incidencia clara en las situaciones individuales o afecten al ejercicio de derechos constitucionales. En todo caso, cuando en la aprobación de un Decreto ha intervenido el

(18) *Op. cit.*, en nota 2, p. 73.

Consejo de Estado con carácter preceptivo, es decir, dicha aprobación se ha producido en términos de «Décret en Conseil d'Etat», la norma en cuestión sólo podrá ser modificada o derogada en lo sucesivo por otro Decreto dictado con idénticos requisitos, salvo disposición en contrario de una Ley.

El dictamen preceptivo en asuntos o para el dictado de actos concretos está contemplado, como regla general, en materias tales como las de estado civil y nacionalidad, propiedad (expropiación) y ejercicio de derechos constitucionales. Lo importante de este punto es la consecuencia que el propio Consejo anuda —en sede jurisdiccional— a la omisión, total o parcial, de su dictamen preceptivo o su requerimiento en forma inadecuada o deficiente: la nulidad del acto o de la medida administrativos, no por defecto de forma, sino por incompetencia del órgano correspondiente (decisiones de 23 de enero de 1953 en el asunto Courajoux y de 9 de junio de 1978 en el asunto SCI du 61-67 boulevard Arago).

El carácter de la intervención del Consejo de Estado se manifiesta, cuando se trata de Decretos, en la fórmula de su aprobación. La consignación en ésta de la expresión «le Conseil d'Etat entendue» o «le Conseil d'Etat (section d l'intérieur) entendue» revela que ha tenido carácter preceptivo, mientras que la expresión «après avis du Conseil d'Etat» se utiliza cuando ha sido meramente facultativa.

B) *La consulta vinculante*

Los supuestos de dictamen preceptivo y, además, vinculante son estrictamente excepcionales, inexistentes totalmente en materia legislativa y reglamentaria. El efecto vinculante consiste en la imposibilidad para el Gobierno de adoptar la medida o el acto cuando el resultado de la consulta es negativa, conservando teóricamente la opción entre las alternativas de tomar o no la decisión cuando éste ha sido positivo.

No existe ninguna disposición que, con carácter general, enumere o determine en otra forma los casos de dictamen vinculante. Los más importantes se refieren al reconocimiento, modificación de estatutos y disolución de las congregaciones (Ley de 1 de julio de 1901); la creación de bancos de datos informáticos en contra de la opinión de la Comisión Nacional correspondiente (CNIL; Ley de 6 de enero de 1978), la ocupación inmediata de terrenos en la expropiación para la construcción de carreteras nacionales o de oleoductos (Código de la Expropiación), la declaración de interés general de obras de construcción de conductos para el transporte de productos químicos (Decreto de 18 de octubre de 1965) y a diversas cuestiones relacionadas con la nacionalidad y el estado civil (la revocación de Decretos de naturaliza-

ción o reintegración, la oposición por Decreto a la adquisición de la nacionalidad a los dieciocho años y en virtud del *ius soli*, de declaración en favor de un menor nacido en Francia o de reintegración.

C) *La consulta evacuada en Derecho o basada en consideraciones de oportunidad*

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 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. Estas críticas nunca han logrado ningún efecto debilitador del énfasis con que el órgano consultivo ha sostenido la legitimidad de sus pronunciamientos de oportunidad, en tanto que limitamos a la adecuación de las medidas al fin o fines perseguidos con las mismas, la correcta articulación interna de éstas, su armonía con el resto del ordenamiento jurídico y, en su caso, su misma conveniencia. Quiere decirse que, para la institución consultiva examinada, tales pronunciamientos no desbordan el ámbito de la función que le es propia, por cuanto que centradas en la construcción jurídico-administrativa de las medidas a ella sometidas, sin poner en cuestión, antes al contrario dándolas por supuestas, las opciones políticas que están en la base y a las que las mismas responden. Como no hace falta explicitar, este plano de la oportunidad, colindante con la política en sentido estricto y difícil de deslindar de ella, constituye una de las facetas más delicadas de la función consultiva, que el Consejo de Estado francés logra afirmar sin apreciables tensiones gracias a la gran autoridad institucional de que goza.

La diferencia esencial entre las observaciones en Derecho y de oportunidad es clara. Las primeras tienden a ser consideradas y asumidas por el Gobierno, incluso cuando —como sucede en materia legislativa y reglamentaria— el dictamen no es vinculante, dados los riesgos que

en otro caso (el propio Consejo puede llegar a ser, caso de impugnación, el Juez de la legalidad de la norma, pudiendo efectuar pronunciamientos incluso sobre su constitucionalidad). Las segundas, por contra, tienen sólo el peso que les confiera su propia capacidad de convencimiento.

Interesa destacar a este respecto que a principios de la década de los años ochenta el Consejo ha efectuado un notable cambio en la manera en que tradicionalmente había venido evacuando los dictámenes en los casos en que éstos se referían a textos normativos y descansaban exclusivamente en razones de oportunidad: exposición del parecer sobre el proyecto en cuanto tal, sin proceder al examen pormenorizado de su contenido dispositivo, es decir, de los distintos preceptos. En la actualidad, por tanto, entra en tal examen, aun cuando estime que la medida en proyecto es inoportuna. La razón es bien clara. Como quiera que el Gobierno no queda vinculado por la posición del Consejo, en todos los supuestos en que no se conforma con su parecer queda desprovisto del asesoramiento jurídico sobre el tenor concreto de la norma a dictar. Se trata, pues, de evitar este efecto no deseado.

6. EL PROCEDIMIENTO PARA EJERCICIO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA

Operando en sede consultiva, el Consejo acredita, una vez más, el fuerte peso que en él tienen la tradición y la costumbre. Las principales reglas del procedimiento seguido en la misma —procedimiento que, si bien experimenta variaciones en función del objeto de la actividad consultiva, responde en lo sustancial a un único patrón— proceden de los primeros tiempos de la institución: es el caso de la articulación del examen y el despacho de los asuntos en una doble fase, primero por un ponente y luego por un órgano colegiado.

Con carácter general, el procedimiento se desarrolla en los siguientes cuatro trámites o momentos fundamentales:

1. El requerimiento de la intervención del Consejo.

Quién y cómo se puede y debe requerir la intervención consultiva del Consejo son extremos regulados actualmente por la Circular del Primer Ministro (Secretaría General del Gobierno) de 21 de mayo de 1985.

Competente para interesar la emisión de parecer o dictamen es, como regla general, el Ministro competente por razón de la materia, debiendo firmar personalmente el pertinente oficio, salvo que delegue expresamente la firma. En el caso, sin embargo, de asuntos de la competencia del Consejo de Ministros (proyectos de Ley, de Ordenanzas y de toda clase de Decretos, así como cuestiones que impliquen una

interpretación de la Constitución o de Leyes Orgánicas), la competencia corresponde al Secretario General del Gobierno.

En todo caso, la petición de dictamen debe acompañarse de la documentación preparatoria de la decisión a tomar (para los proyectos de disposición, la memoria o exposición de motivos y las tomas de posición de los distintos Ministerios o el acta de la correspondiente reunión interdepartamental), los informes emitidos por todos los organismos u órganos consultivos de preceptiva intervención (esto último en razón a la regla según la cual el Consejo —como supremo y general órgano consultivo del Gobierno— interviene siempre en último lugar y tiene derecho, por tanto, a conocer la opinión emitida por los órganos consultivos que le han precedido en el asunto) y el nombre y cualidades de los funcionarios designados para defender este ante el Consejo.

El expediente, una vez recibido en éste, es repartido a una Sección administrativa (conforme a las normas generales de reparto entre ellas de los asuntos), salvo que corresponda intervenir a la Comisión Permanente o que se decida constituir una Comisión especial. En la Sección se procede a su registro (con asignación de un número de registro) y a la designación de un Ponente de entre los Consejeros o Maîtres de Requetes (en su caso, es decir, si los hubiera en la Sección, también de los Auditores).

2. La ponencia.

La elaboración de la ponencia sobre la que ha de deliberar la Sección (para la que, en principio, rige el plazo de un mes, si bien no es rara la reducción de este plazo a petición del Gobierno) (19) sigue un proceso perfectamente definido y anclado en la tradición del Consejo.

En un primer momento, el ponente procede a un examen completo del asunto desde todos los puntos de vista: regularidad del requerimiento de dictamen, complitud de la documentación remitida (exigiendo, en su caso, la aportación de la que se hubiera omitido), cuestiones de forma (particularmente, la corrección del procedimiento seguido) y cuestiones de fondo (tanto de Derecho como de oportunidad).

Efectuado el anterior examen, el ponente ha de celebrar una o varias reuniones con los funcionarios representantes de la Administración activa (designados al efecto, como nos consta, y que, por ello, se conocen como Comisarios del Gobierno; denominación coincidente con la que reciben, en la Sección de lo Contencioso, los miembros del propio Consejo en funciones de Ministerio público, con los que no deben confundirse aquéllos), con la finalidad de obtener la mejor infor-

(19) Según datos ofrecidos por J. MASSOT y J. MARIMBERT, *op. cit.*, en nota 4, p. 63, prácticamente un 30 por 100 de los asuntos se despachan en la práctica en menos de dos semanas, mientras que el 60 por 100 lo es en menos de cuatro semanas.

mación sobre los objetivos perseguidos por el Gobierno, las posibilidades de atenderlos y, en consecuencia, el procedimiento a seguir para la redacción de la ponencia.

Se llega así, salvo que el Ponente crea conveniente hacer ulteriores diligencias, a la fase capital de la redacción de la ponencia, que consiste principalmente en la elaboración del texto, modificando o, incluso, dando una nueva redacción al presentado por el Gobierno, sobre el que habrá de pronunciarse la Sección o, en su caso, la Comisión especial. Este es un punto que precisa ser destacado, pues en él se manifiesta tanto el decisivo papel del ponente como el verdadero carácter de la intervención del Consejo (más que un simple informe o parecer; de ahí que se hable de dicho órgano como coautor de las decisiones gubernamentales). El Consejo se pronuncia, en efecto, no sobre el texto propuesto por el Gobierno, sino sobre el redactado por el ponente (del cual debe darse conocimiento a los representantes de la Administración lo más tarde en el momento del comienzo de la sesión de la Sección o de la Comisión especial), sin perjuicio de que los miembros de estos últimos órganos colegiados dispongan, como es obvio, del primero, es decir, del texto gubernamental.

La ponencia «general», sin embargo, debe comprender el planteamiento de las cuestiones en las que deba centrarse el debate en Sección o Comisión especial (situación del texto gubernamental en el contexto del Derecho en vigor, razones que motivan al Gobierno a modificar la situación jurídica y problemas principales que suscita el texto) y, en su caso, las observaciones concretas a los diferentes artículos del proyecto gubernamental. En la práctica, este documento «general» no se formaliza, por lo menos con carácter previo a la sesión colegiada.

Preparada la ponencia, el ponente debe:

— poner en conocimiento de la Secretaría de la Sección, con al menos ocho días de antelación a la sesión correspondiente, los nombres de los representantes de la Administración activa que deban ser convocados a la misma, los documentos de los que deba suministrarse copia —para su debida ilustración— a los miembros de la Sección (o de la Comisión especial) y el tiempo que probablemente exigirá el examen del asunto; y

— entregar a la misma Secretaría, con al menos tres días de antelación a la pertinente sesión, el texto que proponga para pronunciamiento de la Sección o de la Comisión especial (texto que se distribuye al comienzo de la sesión, junto con la restante documentación). Es costumbre establecida que el ponente, inmediatamente antes de hacer entrega de su texto, despache con el Presidente de la Sección.

3. El debate en Sección o en Comisión especial (así como, en su caso, en Asamblea general).

Anunciado el turno del asunto correspondiente, el Presidente de la Sección (o de la Comisión especial) dispone la entrada de los representantes de la Administración activa, dando seguidamente el uso de la palabra al ponente, que debe exponer su «ponencia general» y terminar con una propuesta concreta de aceptación del texto gubernamental, en su caso con modificaciones más o menos importantes, o, por el contrario, de rechazo del mismo por razones jurídicas o de oportunidad.

Sigue a la exposición del ponente un debate general, en el que tienen derecho a participar tanto los miembros de la Comisión como los representantes del Gobierno. En caso de existencia de discrepancias con la posición del ponente, el Presidente, al dar por concluido el debate general, somete a votación el asunto; votación en la que sólo pueden participar el propio Presidente, el ponente y los Consejeros de Estado presentes.

Resuelto el debate general, se abre el examen del texto propiamente dicho (comenzando siempre por el título o la denominación y la fórmula de aprobación). El ponente debe proceder, de cada vez, a la lectura del artículo correspondiente, indicando las cuestiones que suscita y, en su caso, las modificaciones por él propuestas y si éstas han sido o no aceptadas por los representantes de la Administración activa (teniendo éstos derecho, en el decurso del debate subsiguiente, a efectuar las precisiones al respecto que estimen necesarias). El debate sobre cada artículo se desarrolla en los mismos términos que el debate general previo.

Es de destacar que si la posición del Consejo es contraria al texto gubernamental o lo modifica (sin que las razones de ésta sean evidentes por razón de la lógica o la coherencia del texto o hayan obtenido la conformidad de los representantes gubernamentales), dicha posición debe quedar justificada en una «nota». Esta se redacta por el propio ponente antes de la sesión (cuando la modificación derive de su ponencia) y es objeto de reparto, debate y votación en la misma forma que esta última. Cuando la modificación del texto resulta del propio debate en Sección o Comisión especial, es objeto de elaboración en la misma sesión, cuando menos en sus líneas básicas.

Si el asunto así debatido y votado no está excluido del conocimiento de la Asamblea general, ha de ser aún sometido a la consideración de ésta. La discusión y la votación en el seno de dicha Asamblea tienen lugar en forma análoga a la ya expuesta para la Sección o Comisión, si bien a la ponencia general el ponente debe añadir una exposición resumida (conocida como «feuille bleue») de las principales cuestiones jurídicas y de oportunidad que plantea el asunto, que debe ser distribuida (sólo entre los miembros de la Asamblea) con anterioridad a la reunión de ésta, estando vinculado, además y en su inter-

vención en la misma, a la posición previamente adoptada por la Sección o la Comisión especial; posición de la que, aun no compartiéndola, ha de hacerse portavoz, si bien conserva su libertad personal a la hora de votación (con obligación, en su caso, de explicar brevemente las razones de su posición minoritaria).

4. Los trámites subsiguientes a la intervención del Consejo.

Concluido el procedimiento interno, el ponente debe remitir a la Secretaría de la Sección o, en su caso, a la Secretaría General (si ha intervenido la Asamblea general), junto con toda la documentación manejada y sus notas manuscritas, la minuta del texto aprobado por la Sección, la Comisión especial o la Asamblea general, y, si procede, de la «nota» justificativa de la modificación o, en su caso, del rechazo del texto gubernamental, con la colaboración —si la estima pertinente— de los representantes de la Administración activa y previa consulta con el Presidente de la sesión correspondiente en caso de duda sobre el sentido exacto de los acuerdos adoptados. Tanto el texto como la nota justificativa deben ir con la firma del Presidente de la sesión y del ponente. La minuta se incorpora al expediente, dando fe de los acuerdos adoptados, enviándose al Ministerio interesado copia de la misma.

El Gobierno, ante la posición adoptada por el Consejo, tiene tres alternativas: aceptar el texto acordado por el Consejo, volver nuevamente sobre el texto o renunciar a la medida proyectada. La segunda opción vale para cualquier parte divisible del texto sometido al Consejo, pero no permite ni combinar ambas redacciones (la del Consejo y la del Gobierno) en una misma de tales partes, ni tampoco establecer para la misma una tercera y distinta redacción. Siempre en esta segunda opción, puede invitar al ponente del asunto, si lo considera pertinente, a una o varias reuniones de trabajo, con la finalidad de participar en la nueva redacción del texto. En todo caso, dicho ponente tiene el deber de informar a la Sección de la solución finalmente adoptada por el Gobierno, con entera independencia de que haya sido o no invitado a intervenir en ella, así como de elaborar una «ficha de jurisprudencia» (comprensiva de las principales cuestiones decididas) para su difusión restringida a los miembros del Consejo (las decisiones administrativas del Consejo tienen carácter confidencial).

El procedimiento general descrito (establecido, como se habrá comprobado, sobre la hipótesis de la consulta sobre normas) sufre modulaciones cuando dicha consulta tiene por objeto medidas o actos concretos. La principal se traduce en que la ponencia no consiste en la elaboración de un texto, sino en la formulación de una propuesta de «réponse» a la cuestión o las cuestiones planteadas, articulada en la misma forma que los «arrets du contentieux». Interesa destacar, no obstante, una regla importante y tradicional (no escrita): la autoprohibición de evacuar consultas referidas a cuestiones objeto ya de un pro-

ceso contencioso-administrativo, con entera independencia de que éste no esté planteado ante el Consejo de Estado.

Resta sólo por señalar que, sin perjuicio de la vigencia del principio de la confidencialidad de la función consultiva examinada (la Ley de 17 de julio de 1978 ha exceptuado, por ello, los dictámenes o «avis» del Consejo de Estado de los documentos a los que tienen acceso todos los ciudadanos), desde la segunda mitad de los años setenta se ha ido decantando una doble práctica facilitadora del conocimiento de las decisiones de dicho Consejo. De un lado, se procede —con el acuerdo de los Ministerios afectados— a la publicación regular en la revista *Etudes et Documents* a gran parte de los «avis». De otro lado, en la misma revista se da cuenta de las posiciones tomadas por el Consejo sobre los proyectos gubernamentales de textos normativos (primero se comenzó dando cuenta de las mismas de forma general, para pasar luego a dar noticia cada vez más concreta y completa). A ello se añaden los estudios elaborados por la nueva Sección de «Rapport et Etudes», que hoy hacen referencia con normalidad al contenido de la actividad del Consejo en sede administrativa.

7. LA MÁS RECIENTE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO: LOS ESTUDIOS

No puede concluirse esta descripción de la organización, competencia y funcionamiento del Consejo de Estado en sede administrativa, sin aludir, siquiera sea brevemente, a la contribución que a la renovación y revitalización de esta vertiente de la función de dicho órgano ha supuesto la encomienda a la Sección de «Rapport et Etudes» —claramente ya desde 1975 (Decreto de 26 de agosto de dicho año) y además de la tarea de elaboración de la Memoria anual— de la realización de estudios en materia de la Administración pública (20).

Con cierta relación con el precedente histórico discontinuo de las llamadas «comptes généraux», el Decreto de 30 de julio de 1963 estableció la formulación anual de una Memoria, que en la actualidad se publica en la revista *Etudes et Documents* bajo el título de «Les activités du Conseil d'Etat» y consta de dos partes diferenciadas (21): la

(20) La reforma del Consejo de Estado efectuada en 1963 asignó a la expresada Comisión, además y según una solución ingeniosa, una decisiva intervención en la ejecución de los pronunciamientos de la justicia administrativa. El mecanismo así establecido fue objeto de ulterior reforma por la Ley núm. 80-539, de 16 de julio de 1980. Véase, a este respecto, J. MASSOT y J. MARIMBERT, *op. cit.*, en nota 4, pp. 275 y ss.

(21) Hasta el ejercicio 1977/78 la Memoria incluía una tercera parte comprensiva de los estudios realizados en el año por la Sección correspondiente. Dado el desarrollo de la actividad referida a tales estudios, a partir del ejercicio 1978/79 éstos comenzaron a publicarse de forma independiente.

primera, de carácter general, dedicada a la exposición sintética de las reflexiones y las observaciones que al Consejo como tal merece el conjunto de los asuntos sometidos a su consideración durante el año considerado; la segunda consiste en la descripción resumida de las actividades cumplidas por las diferentes Secciones en dicho año. La Memoria no se limita desde luego a dar cuenta de lo hecho, extendiéndose también a la formulación de propuestas al Gobierno.

Son los estudios, sin embargo y como ha quedado antes apuntado, los que representan la novedad más interesante en la última evolución del Consejo, toda vez que su realización ha permitido a éste una mayor apertura a la sociedad. La decisión de la confección de un estudio (cuya elaboración incumbe a la Sección de «Rapport et Etudes») se toma por el Vicepresidente del Consejo, con determinación del objeto del mismo, bien a iniciativa propia, bien a la del Gobierno, aunque, de hecho, responde siempre a un previo acuerdo con éste. La razón es clara: los estudios no tienen una finalidad científica, persiguen más bien un objetivo práctico, una incidencia real en la Administración pública y, por tanto, la consecución de conclusiones que, en calidad de recomendaciones, puedan ser asumidas por la Administración activa.

Si bien en la redacción propiamente dicha únicamente pueden intervenir miembros del Consejo de Estado, la Sección está habilitada (y es normal que haga uso de esta facultad) para invitar a intervenir en su preparación —en el seno de grupos de trabajo y junto con los miembros del Consejo— a personas ajenas a éste con una especial competencia técnica o específica experiencia administrativa (normalmente miembros de otros grandes cuerpos del Estado, funcionarios en servicio activo en la Administración o en el servicio exterior, Magistrados y Profesores universitarios).

Una vez redactado el estudio es sometido a la consideración y aprobación de la Sección (teóricamente debería someterse siempre también, además, a la Asamblea general, pero en la práctica la intervención de ésta —por la complicación excesiva que supone— se produce en raras ocasiones), remitiéndose seguidamente por el Vicepresidente del Consejo al Primer Ministro. Al contrario que los «avis», los estudios son enteramente públicos y se publican de hecho, principalmente, en la revista *Etudes et Documents*.

III. EL CONSEJO DE ESTADO ITALIANO

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA (22)

El Edicto real de Carlos Alberto del 18 de agosto de 1831 instituye en el Estado de tierra firme un Consejo de Estado, con el objetivo de reunir en torno a la persona del Rey un cierto número de personas (catorce Consejeros de Estado ordinarios, sin perjuicio de los Consejeros extraordinarios) de mérito manifiesto, devotas del Trono, dedicadas al estudio de la ciencia política, acreditadas por largos e importantes servicios y conocidas por su amor al bien público, con finalidad consultiva (incluso en asuntos gubernativos «contenciosos»; fase de «justicia retenida»), bajo la dependencia directa del Soberano, con separación formal del Gabinete o Consejo de Ministros y organizado en tres Secciones (la Sección del Interior; la de Justicia, Gracia y Asuntos Eclesiásticos; y la de Finanzas).

La Ley número 3707, de 30 de octubre de 1859, además de otras modificaciones relativas a las garantías de los Presidentes de Sección, Consejeros de Estado y «Referendari» en el ejercicio de sus cargos (reserva de la suspensión y de la remoción al Rey, oído el Consejo de Ministros), mantiene las tres Secciones iniciales, pero convierte una de ellas en Sección de lo Contencioso-Administrativo, lo que vale decir atribuye al Consejo de Estado su doble función actual consultiva y jurisdiccional (abriendo, así, la fase de «justicia delegada»).

Con la expresada Ley de mediados del siglo XIX queda definitivamente consolidado el Consejo de Estado, de suerte que sale indemne de todas las grandes reformas legislativas ulteriores, sin perjuicio de inevitables retoques secundarios de carácter orgánico y burocrático (los hitos fundamentales, a este respecto, los marcan los años 1865, 1889 y 1923).

(22) Sobre la creación y la evolución histórica del Consejo de Estado italiano, véase G. PESCATORE, «Il Consiglio di Stato: da Carlo Alberto ai problemi attuali», en *Studi per il Centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Ed. Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1981, tomo I, pp. VII y ss. Por lo que respecta a la influencia del modelo napoleónico sobre el Consejo de Estado italiano, véase A. PEZZANA, *Le derivazioni italiane del Consiglio di Stato napoleonico e le loro influenze sul Consiglio di Stato piemontese*, en la misma obra colectiva anterior, tomo III, pp. 1245 y ss.

2. LA CONSTITUCIÓN DE 1 DE ENERO DE 1948 Y EL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL

La consolidación histórica del Consejo de Estado explica su mantenimiento en el orden constitucional republicano establecido inmediatamente después de concluida la segunda gran guerra y aún vigente. Prueba concluyente de ello es que el texto constitucional alude al Consejo tanto en el Título III, referido al Gobierno (Sección 3.ª, relativa a los órganos auxiliares), como también en el Título IV, regulador de la Magistratura (Sección 1.ª, relativa al ordenamiento jurisdiccional). Sin embargo, no lo regula acabadamente, porque no se trata de un órgano constitucional, sino meramente de «relevancia constitucional», según expresión generalizada en la doctrina italiana.

El artículo 100.1 de la norma fundamental lo define como «... el órgano de consulta jurídico-administrativa y de tutela de la justicia en la Administración», recogiendo, por tanto, su doble función estrictamente administrativa y judicial. Con respecto a esta segunda el ulterior artículo 103.1 determina que el Consejo de Estado y los restantes órganos de la justicia administrativa tienen jurisdicción para la tutela, frente a la Administración Pública, de los intereses legítimos y también, en las materias específicas precisadas por la Ley, los derechos subjetivos. Como ha señalado CANTUCCI (23), estas disposiciones no tuvieron otro efecto que «constitucionalizar» el régimen jurídico ya vigente del Consejo de Estado (24). Por su parte, G. LANDI (25) ha destacado cómo la alusión a la función judicial que se contiene en el inciso final del artículo 100.1 de la Constitución no supone una anticipación innecesaria del contenido del ulterior artículo 103, sino la enfatización consciente del nexo inescindible existente entre las dos funciones propias del Consejo de Estado en relación con un único objetivo: la tutela de la justicia en la Administración pública (la función consultiva tiene un papel

(23) CANTUCCI, «La pubblica amministrazione», en CALAMANDREI y LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Florencia, 1950, tomo II, pp. 163 y ss., citado por G. LANDI, *Il Consiglio di Stato ed i Tribunali del Consiglio di Stato*, Ed. Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1986, p. 5.

(24) Este régimen estaba integrado, básicamente, por las siguientes disposiciones: Real Decreto núm. 1030, de 21 de agosto de 1931, por el que se adscribió el Consejo de Estado a la Presidencia del Consejo de Ministros, y TU núm. 1054, de 26 de junio de 1924, modificado posteriormente por los siguientes textos legales: núm. 88, de 8 de febrero de 1925; núm. 985, de 16 de junio de 1927; núm. 270, de 24 de marzo de 1932; y núm. 739, de 2 de junio de 1930; legislación ésta que recogía, en lo sustancial, la regulación establecida en su momento por el TU núm. 638, de 17 de agosto de 1907, y Real Decreto núm. 2840, de 30 de diciembre de 1923, y que fue reglamentada por el Real Decreto núm. 444, de 21 de abril de 1944. Con posterioridad se han dictado ciertamente varias disposiciones legales, pero éstas no han afectado a aspectos esenciales del régimen jurídico del Consejo de Estado.

(25) G. LANDI, *op. cit.*, en nota 23, p. 6.

preventivo, iluminando al órgano administrativo sobre la legitimidad y, en su caso, la oportunidad de sus decisiones futuras, evitando, así, la producción de actos viciados por razón de valoraciones erróneas o inadecuadas, con consecuencias dañosas tanto para el interés público como para el de los destinatarios de los actos; consecuencias que no siempre están en condiciones de reparar suficientemente la acción represiva y, por tanto, *ex post* de carácter jurisdiccional).

Dada esta doble función, al Consejo y a sus miembros alcanza la garantía contenida en el artículo 108 de la norma fundamental, conforme al cual las normas sobre el ordenamiento judicial y cualquier magistratura han de ser establecidas por Ley, que, además, debe asegurar la independencia, entre otros, de los Jueces de las Jurisdicciones especiales. La reserva de Ley así establecida es cumplida desde luego, aun siendo en su mayoría preconstitucionales, por las normas reguladoras del estatuto de los miembros del Consejo de Estado. De otro lado, la garantía otorgada a los Jueces de las Jurisdicciones especiales y, por tanto, también a aquellos miembros, lo es de independencia, que no de inamovilidad, dejando amplio margen al legislador en cuanto a los mecanismos y procedimientos dirigidos a salvaguardar tal independencia. De hecho, la de los miembros del Consejo ha estado siempre condicionada por la evolución de las instituciones políticas y fuertemente modulada por las características específicas de la compleja función propia de la institución estudiada. A la fecha de la promulgación de la Constitución, la Ley número 1054, de 26 de junio de 1924, concedía un *status* de semiinamovilidad, si bien sólo a los Presidentes y Consejeros (quedando desprotegidos los «Primi Referendari» y los «Referendari», es decir, las categorías inferiores del cuerpo) (26). Este texto legal ha sido sustituido por el actualmente vigente, la Ley número 186, de 27 de abril de 1982, sobre el ordenamiento de la jurisdicción administrativa y del personal de secretaría y auxiliar del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos Regionales, que ha refundido todo el personal de la Magistratura administrativa en un solo cuerpo, unificando, por tanto, la regulación de las garantías en el ejercicio de la función y del régimen disciplinario.

No puede cerrarse esta sucinta exposición de las determinaciones constitucionales en la materia que interesa, sin hacer referencia a la introducción en el orden fundamental de otra institución —el Consejo

(26) Al constituirse, mediante Ley núm. 654, de 6 de mayo de 1948, el Consejo de Justicia Administrativa de la Región Siciliana, al que luego se hará mención, las garantías aludidas en el texto se extendieron a los miembros de dicho Consejo. Habiendo sido declarado parcialmente inconstitucional el artículo 3 de la aludida Ley (referente a la garantía de que ahora se trata) por Sentencia de la Corte Constitucional, de 22 de enero de 1976, hubo de darse nueva regulación a la situación de tales miembros, lo que se hizo mediante el artículo 2.º del Decreto de la Presidencia de la República, de 5 de abril de 1978.

de Justicia Administrativa de la Región Siciliana— por virtud del Estatuto especial de esta última región. Este Estatuto 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. Para G. LANDI (27), se trata de un órgano, auxiliar del Gobierno regional, de relevancia constitucional, puesto que se precisaría de una Ley constitucional derogatoria o modificatoria del artículo 23 del Estatuto regional para privar a la Región de un órgano desconcentrado para el ejercicio de las funciones consultiva y jurisdiccional administrativas propias, a nivel nacional, del Consejo de Estado.

(27) G. LANDI, *op. cit.*, en nota 23, pp. 17 y 18.

3. LA ORGANIZACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO

Dada la peculiaridad funcional del Consejo de Estado, no puede sorprender que éste (y el Consejo de Justicia Administrativa para la Región Siciliana) integre, junto con los Tribunales Administrativos Regionales (órganos ya estrictamente judiciales), lo que la doctrina italiana califica de «complejo orgánico», que, compuesto de una pluralidad de órganos recíprocamente relacionados entre sí, se caracteriza por la persecución de específicos y comunes intereses públicos, reductibles a la justicia administrativa (28). Perteneciendo al Consejo de Estado los órganos comunes a todo dicho complejo, aquél está en el centro mismo de éste.

De ahí que en la estructura organizativa del Consejo deban distinguirse los órganos directivos y administrativos (que ejercen funciones comunes a todo el aludido complejo orgánico) de los órganos ejercientes de las funciones propias consultiva y judicial.

A) Los órganos directivos y administrativos

a) Los órganos unipersonales: el Presidente, el Secretario General y el Director-Jefe de la Secretaría

La Presidencia y la Secretaría General son órganos tradicionales del Consejo de Estado, mientras que la Dirección-Jefatura de la Secretaría es de reciente creación (29).

El Presidente del Consejo de Estado es, al mismo tiempo, Presidente del Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa (órgano del que luego se hablará), siendo designado (desde la Ley número 186, de 27 de abril de 1982) por Decreto del Presidente de la República, adoptado a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros previa deliberación del Consejo de Ministros y oído el parecer del Consejo de Presidencia aludido, entre Magistrados que hayan ejercido efecti-

(28) Véase G. LANDI, *op. cit.*, en nota 23, p. 41, con ulteriores referencias doctrinales a pie de página.

(29) La Presidencia del Consejo de Estado correspondía en origen (según el Real Edicto de 18 de agosto de 1831) al Rey, que contaba con un Vicepresidente para suplirle. Instituido por el Estatuto de 4 de marzo de 1848 un régimen constitucional, se creó por Ley número 3707 el cargo de Presidente al considerarse improcedente el ejercicio personal por el soberano de la Presidencia. La Secretaría General fue establecida por el TU número 1054, de 26 de junio de 1924. Con posterioridad, la Ley número 270, de 24 de marzo de 1932, dispuso el nombramiento del Secretario General por el propio Presidente del Consejo de Estado de entre los «Referendari» o «Primi Referendari» y, en caso de exigencias del servicio, los Consejeros. De hecho, el nombramiento ha solido recaer siempre en alguien con esta última categoría.

El puesto de Director-Jefe de la Secretaría fue creado por la Ley núm. 186 de 1982.

vamente funciones directivas durante al menos cinco años (30). Dada la doble función presidencial que corresponde al cargo, las atribuciones legales asignadas al mismo se refieren en parte al propio Consejo de Estado y en otra parte al complejo orgánico de la Justicia Administrativa (Consejo de Estado-Tribunales Administrativos Regionales).

En relación con el Consejo de Estado le corresponde, además de participar en el ejercicio de las funciones consultiva y judicial propias de éste, el desempeño de las tareas de representación externa (en particular con el Gobierno), la jefatura superior de los servicios y del personal, la propuesta al Presidente del Consejo de Ministros para el nombramiento de Secretario General, la determinación de la composición de las Secciones del Consejo y la presidencia de las asambleas general y plenaria del mismo.

Respecto del complejo orgánico de la Justicia administrativa le compete, además de la Presidencia del Consejo de Presidencia de dicha Justicia, el nombramiento del órgano electoral para las elecciones de éste, la autorización (previa deliberación del repetido Consejo) a los Magistrados para el desempeño de funciones o tareas ajenas a la justicia administrativa y la dispensa de la obligación de residencia, la fijación de los criterios para la constitución de Comisiones especiales, la inspección sobre todos los Magistrados de la justicia administrativa, la incoación y tramitación (concurrentemente con el Presidente del Consejo de Ministros) de expedientes disciplinarios contra Magistrados administrativos, la adscripción del personal a los distintos servicios, la aprobación de instrucciones para el funcionamiento de estos últimos, la designación de los miembros del Consejo de Administración (del que luego se hablará), el nombramiento de la Comisión de Disciplina (oído este último Consejo) y la propuesta a la Presidencia del Consejo de Ministros de los concursos públicos para el reclutamiento del personal.

La Secretaría General es un órgano con escaso perfil propio, puesto que se caracteriza por entero por la función de colaboración y asistencia al Presidente. No es, pues, el Secretario General la cabeza del aparato y del personal administrativos, papel éste que corresponde desde 1982 al Director-Jefe de la Secretaría. Ni siquiera forma parte del

(30) Hasta 1982 el Gobierno podía designar a una persona ajena al Consejo de Estado, disponiendo, por tanto, de una apreciable discrecionalidad. En el régimen jurídico actual, la elección debe recaer en persona que tenga la condición de Magistrado y, además, que tenga la condición de Presidente de Sección del Consejo o Presidente de un Tribunal Administrativo Regional y cuente con una antigüedad en el servicio efectivo de al menos cinco años (no se cuenta el tiempo de desempeño de puestos o cargos ajenos a la Justicia administrativa).

El trámite de informe del Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa es objeto de crítica por la doctrina (véase G. LANDI, *op. cit.*, núm. 2, pág. 77), por cuanto se entiende que sólo permite a dicho Consejo un juicio sobre la idoneidad de las personas consideradas por el Presidente del Consejo de Ministros y conlleva el riesgo, por tanto, de hacer del Consejo de Presidencia un lugar propicio para maniobras de los aspirantes al cargo.

Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa. Es nombrado por Decreto del Presidente del Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Consejo de Estado, formulada oído el parecer del Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa, entre los Consejeros de Estado (31).

Sin perjuicio de poder participar, en cuanto Consejero de Estado (en cuya calidad debe pertenecer a una Sección del mismo), en el ejercicio de las funciones consultiva o judicial del Consejo, el Secretario General es miembro del Consejo de Administración para el personal de la Secretaría y le corresponde, en particular, el desempeño de la función de Secretario de la asamblea general del Consejo de Estado.

Finalmente, el Director-Jefe de la Secretaría es el órgano de dirección de los servicios administrativos y de jefatura del personal de ésta, correspondiéndole la promoción de cuantas disposiciones y medidas sean procedentes para su buen funcionamiento y siendo preciso, para ocupar el puesto, tener la condición de funcionario dirigente en posesión de la categoría de «dirigente superior». La creación de este órgano responde a la finalidad de crear una «carrera» propia y completa (distinta de la correspondiente a la Magistratura) para el personal administrativo dirigente creado por DPR número 748, de 30 de junio de 1972, proveyéndose de hecho (salvo renuncia del interesado) en favor del más antiguo de entre funcionarios dirigentes superiores (la plantilla total, determinada por la Ley número 186, de 27 de abril de 1982, asciende a 13 puestos).

b) Los órganos colegiados: el Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa, el Consejo de Administración y la Comisión de Disciplina para el Personal de Secretaría

El Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa, creado por la Ley número 186, de 27 de abril de 1982, ha venido a sustituir a dos órganos preexistentes: el Consejo de Presidencia del Consejo de Estado (existente desde 1942) y el Consejo de Presidencia de los Tribunales Administrativos Regionales (existente desde 1971) y representará el órgano vértice del complejo orgánico constituido por el Consejo de Estado y dichos Tribunales. Su institución responde a razones análogas a las del establecimiento, por la Constitución misma (art. 104), del Consejo Superior de la Magistratura (para la jurisdicción ordinaria), es decir, a una finalidad de la mejor garantía de la independencia y la imparcialidad en la acción institucional de la justicia administrativa en in-

(31) La doctrina critica la competencia y el procedimiento para el nombramiento del Secretario General, teniendo en cuenta la escasa trascendencia externa de las funciones de éste. Véase G. LANDI, *op. cit.*, en nota 23, pp. 80 y 81.

terés tanto de la comunidad general como también de los miembros individuales de dicha justicia (32).

Este Consejo, que tiene su sede en Roma y en el Consejo de Estado, se constituye por Decreto del Presidente de la República, a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros, y se compone de los siguientes miembros:

- el Presidente del Consejo de Estado, que lo preside;
- los dos Presidentes de Sección del Consejo de Estado más antiguos de entre los en servicio activo en dicho Consejo;
- cuatro Magistrados en servicio activo en el Consejo de Estado (más otros dos con funciones de suplencia de los anteriores);
- seis Magistrados en servicio activo en los Tribunales Administrativos Regionales, de entre los cuales uno al menos debe tener categoría no inferior a la de Consejero de Tribunal Administrativo Regional (más otros dos con funciones de suplencia de los anteriores).

En la elección (para un mandato de tres años, con prohibición de inmediata reelección) de los Magistrados del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos Regionales, titulares y suplentes, participan, respectivamente y con voto personal, secreto y directo, todos los Magistrados en servicio activo en aquél y éstos, sin distinción alguna por razón de categoría. Los miembros electos que, durante su mandato, dejen de cumplir los requisitos exigidos para su elección o cesen por cualquier causa en el servicio activo son sustituidos, por el período que reste, por los Magistrados pertenecientes al mismo grupo electoral que les sigan en el número de sufragios obtenidos. Los miembros suplentes participan en las sesiones del Consejo de Presidencia en caso de ausencia o de impedimento de los miembros titulares. Los miembros titulares sin suplentes son sustituidos, en los mismos casos anteriores, por los Presidentes de Sección del Consejo de Estado que les sigan en orden de antigüedad.

Asume las funciones de Vicepresidente (que suple al Presidente en caso de ausencia o impedimento) el Magistrado-miembro Presidente de Sección del Consejo de Estado de categoría superior y, en su caso, el más antiguo de entre los dos.

Corresponden al Consejo de Presidencia competencias en materia tanto de organización y funcionamiento del complejo orgánico de la justicia administrativa, como de gestión y disciplina del personal con la condición de magistrado. En el primer orden de cosas le compete:

(32) En este sentido G. LANDI, *op. cit.*, en nota 23, pp. 47 y 48, con ulteriores referencias doctrinales.

1. La comprobación de las credenciales de los miembros electos del propio Consejo y la decisión sobre las reclamaciones sobre el proceso electoral.

2. La aprobación del Reglamento interno sobre el funcionamiento del propio Consejo.

3. La propuesta de medidas para la adecuación y el perfeccionamiento de las estructuras organizativas y de los servicios, oídos los Presidentes de los Tribunales Administrativos Regionales.

4. La colaboración en la redacción de la memoria a elevar al Presidente del Consejo de Ministros.

5. El establecimiento de criterios para el reparto de los asuntos consultivos y de los recursos contenciosos entre las Secciones consultivas y jurisdiccionales del Consejo de Estado, respectivamente, así como de los segundos en los Tribunales Administrativos Regionales divididos en Secciones.

6. La inspección (con encomienda de la realización a uno de sus miembros) de los servicios de secretaría del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos Regionales.

En punto a la gestión y disciplina del personal perteneciente a la Magistratura, le corresponde únicamente la deliberación sobre:

1. Cualesquiera decisiones sobre la situación, la carrera y la promoción de los Magistrados.

2. Todas las medidas de carácter disciplinario que afecten a Magistrados.

3. La asignación a los Magistrados de cometidos y tareas ajenos a sus funciones propias.

4. La plantilla orgánica del personal Magistrado de los Tribunales Administrativos Regionales, así como la eventual división de éstos en Secciones.

5. La dispensa a un Magistrado de la obligación de residencia en la región correspondiente.

6. La plantilla orgánica del personal de secretaría y auxiliar del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos Regionales, oído el Consejo de Administración.

7. Los criterios para la constitución de Comisiones especiales.

8. La declaración en situación de excedencia («fluori di ruolo»).

9. Cualquier otro asunto en que así venga dispuesto por Ley.

En los asuntos anteriores la decisión está atribuida: los de los puntos 1), 2) y 4) al Presidente de la República, mediante Decreto adoptado a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros; los de los puntos 3), 5) y 7) al Presidente del propio Consejo de Estado, mediante Decreto; y los de los puntos 6) y 8) al Presidente del Consejo de Ministros, mediante Decreto.

El funcionamiento del Consejo de Presidencia es el general propio de un órgano colegiado, sin más especificidades que las reglas sobre convocatoria (por el Presidente o, en su caso, el Vicepresidente, a iniciativa propia o a solicitud de al menos un tercio de los miembros), quórum de constitución (asistencia de al menos nueve miembros) y quórum de votación (simple mayoría, mediante voto ordinario, con atribución al Presidente de voto calificado) y votación secreta (sólo cuando verse sobre el *status* jurídico de un Magistrado o las personas, así como cuando lo soliciten al menos cuatro miembros).

También el Consejo de Administración y la Comisión de Disciplina, asimismo creados por la Ley 186, de 27 de abril de 1982, son órganos comunes al complejo orgánico Consejo de Estado-Tribunales Administrativos Regionales, si bien con funciones limitadas al personal de secretaría y el auxiliar. Hasta la promulgación del indicado texto legal existían sendos órganos (regulados por la Ley número 1034, de 6 de diciembre de 1971) con idéntica denominación, pero circunscritos al personal del Consejo de Estado. No existiendo parecidos órganos para el personal de los Tribunales Administrativos Regionales, la citada Ley de 1971 dispuso transitoriamente —hasta la creación de él o de los correspondientes cuerpos de funcionarios— la provisión de los puestos correspondientes con funcionarios de la Administración civil del Estado y del Consejo de Estado (quedando los mismos en situación de excedencia), así como con personal de las Administraciones regional, provincial y local destinado en comisión de servicios. La Ley número 186, de 27 de abril de 1982, ha venido a solucionar el problema mediante la unificación del personal administrativo del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos Regionales.

El Consejo de Administración se compone, bajo la Presidencia de un Presidente de Sección del Consejo de Estado o de un Presidente de Tribunal Administrativo Regional, del Secretario General del Consejo de Estado, tres Consejeros de Estado, tres Consejeros de Tribunal Administrativo Regional (designados estos últimos seis Consejeros por el Consejo de Presidencia antes estudiado), el Director-Jefe de Secretaría del Consejo de Estado y cuatro representantes electos del personal, desempeñando las funciones de Secretario un funcionario del cuerpo directivo de categoría no inferior a la de director de secretaría, en situación de servicio activo en el Consejo de Estado. Todos los miembros de este Consejo de Administración para el personal son nombrados, para un mandato de dos años, por Decreto del Presidente del Consejo de Estado.

Sus atribuciones no son más que las comunes a los Consejos constituidos en cada uno de los Ministerios para todo lo relativo a la gestión de las situaciones, carrera y promoción, así como condiciones de trabajo y retribuciones, de los funcionarios civiles del Estado.

B) *Los órganos para el ejercicio de las funciones consultiva y judicial: las Secciones, las Comisiones especiales, la Asamblea general y la Asamblea plenaria.*

Los órganos básicos del Consejo de Estado para el ejercicio de su doble función constitucional propia son las Secciones. Son seis las Secciones existentes (art. 1 de la Ley número 186, de 27 de abril de 1982): las tres primeras tienen competencia consultiva (existiendo desde la creación del Consejo de Estado en 1831) y las otras tres la tienen judicial contencioso-administrativa (se crearon en las siguientes fechas: la cuarta, por Ley número 5982, de 31 de marzo de 1889; la quinta, por Ley número 62, de 7 de marzo de 1907; y la sexta, por Ley número 642, de 5 de mayo de 1948 (33)).

La composición de cada una de las Secciones es la siguiente: dos Presidentes (uno titular y otro suplente) y al menos nueve Consejeros (requiriéndose la presencia de al menos cuatro Consejeros para la validez de las deliberaciones) para las de función consultiva y de dos Presidentes (uno titular y otro suplente) y al menos doce Consejeros para las de función judicial (exigiéndose, para la validez de los pronunciamientos, la intervención de al menos uno de los Presidentes y cuatro Consejeros) (34). Corresponde al Presidente del Consejo de Estado, al principio de cada año y teniendo en cuenta los criterios establecidos al respecto por el Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa, la fijación de la composición de las Secciones consultivas y judiciales, así como la asignación de los Consejeros a cada una de las Secciones. Responde esta norma a la preocupación, que arranca ya del TU número 1054 de 1924 (35), por la frecuente renovación de la adscripción de los Consejeros a las distintas Secciones, a fin de asegurar el funcionamiento del Consejo de Estado en su conjunto como un solo órgano,

(33) Esta última Sección, la sexta, es la de historia más complicada. Se creó primero una Sección sexta para «las tierras liberadas» y con doble competencia consultiva y judicial, por Real Decreto-ley núm. 934, de 2 de julio de 1921. Suprimida por Real Decreto-ley núm. 173, de 7 de enero de 1923, fue creada de nuevo por Real Decreto-ley núm. 478, de 6 de febrero de 1939, esta vez con sólo competencia consultiva y para el África italiana (atribuyéndosele, además, las competencias del Consejo Superior Colonial, que fue suprimido al mismo tiempo). El Real Decreto-ley núm. 642, de 5 de mayo de 1948, al mismo tiempo que suprimió esta última, creó la actual Sección sexta.

(34) La doctrina (véase G. LANDI, *op. cit.*, en nota 23, pp. 85 y ss.) sostiene que, no obstante el tenor literal de la norma, el número de Consejeros presentes para la validez de una deliberación en sede consultiva debe ser el de la mitad del número legal de miembros de la Sección, que es actualmente de diez y no de ocho, número éste determinado por la legislación derogada por la Ley de 1982 y cuya ampliación ésta no ha tenido en cuenta para actualizar la expresada regla de validez de las deliberaciones.

(35) El aludido texto legal preveía en su artículo 12 la renovación anual de los miembros sobre todo de las Secciones jurisdiccionales, con la finalidad de evitar que acabaran formando «cuerpos cerrados» con menoscabo de la mitad de criterio del Consejo de Estado.

sin perjuicio de su doble función. También al principio de cada año y con arreglo a los criterios del Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa, pero esta vez sólo los Presidentes de las Secciones jurisdiccionales, deben fijar el calendario de las audiencias, así como —al comienzo de cada trimestre— la composición de los colegios con capacidad para producir pronunciamientos contencioso-administrativos.

Como se deduce sin más de lo dicho, desde 1982 la dotación numérica en Consejeros se ha desequilibrado conscientemente en favor de las Secciones jurisdiccionales, privilegiándose, así, la función de este último carácter. De los dos Presidentes que tiene cada Sección, funge como titular el más antiguo, correspondiendo al otro la función propia de «adjunto». Uno y otro, sin embargo, se alternan en el ejercicio de la función presidencial en las sesiones (únicamente en las Secciones consultivas es práctica la intervención simultánea de ambos, en cuyo caso el titular preside y el adjunto actúa como simple Consejero, pudiendo intervenir incluso como ponente), si bien la dirección de la Sección está reservada en todo caso al titular, que es el único competente para establecer el calendario de las audiencias en las Secciones jurisdiccionales y para convocar la asamblea en las Secciones consultivas.

En ausencia de una nueva y directa regulación al respecto, las Comisiones especiales continúan rigiéndose por el TU número 1054 de 1924, el cual autoriza al Presidente del Consejo de Estado para constituir tales Comisiones, designando los Consejeros componentes de las mismas, cuando dicho Consejo sea requerido para emitir su parecer en asuntos de naturaleza mixta o indeterminada. Por tanto y como apunta G. LANDI (36), estas Comisiones son órganos eventuales y de composición variable (determinada en cada caso, según la discreción del Presidente del Consejo, tanto por lo que se refiere al número de componentes como a la determinación misma de éstos) para el ejercicio de la función consultiva en supuestos especiales. Tales supuestos no son otros, en principio, que aquellos que no encajen en ninguno de los atribuidos a una Sección en la distribución anual de los asuntos o que, conforme a ésta, sean referibles a la competencia de más de una Sección. Pero también se reservan a las Comisiones especiales el examen preliminar de los proyectos de Ley y de Reglamentos y los asuntos considerados de especial o gran importancia.

La Asamblea general es la reunión plenaria del Consejo de Estado en el ejercicio de su función consultiva, por lo que hemos de remitir el examen de sus atribuciones al momento de estudio, en concreto, de dicha función. Conforme al artículo 3.º de la Ley número 186, de 27 de abril de 1982, la convoca el Presidente del Consejo, que la preside, y se compone de todos los Magistrados en servicio activo en éste, de-

(36) G. LANDI, *op. cit.*, en nota 23, p. 88.

sempañando las tareas de Secretario el Secretario General del Consejo de Estado o, en caso de ausencia o impedimento de éste, el Consejero de Estado más moderno entre los presentes. Concurren, pues, a este órgano todos los Consejeros de Estado en activo, sin distinción de categorías, ni de adscripción a Secciones, lo que significa la participación también (con derecho de voto) de los pertenecientes a las Secciones jurisdiccionales.

Su composición misma hace de la Asamblea general un órgano absolutamente central del Consejo de Estado, lo que explica la atribución al mismo (art. 135 de la Constitución —según la modificación operada por el artículo 1 de la Ley constitucional número 2, de 22 de noviembre de 1967— y artículo 2 de la Ley número 87, de 11 de marzo de 1953) de la elección del Magistrado del Tribunal Constitucional cuya designación está reservada a la Magistratura del Consejo de Estado.

Los órganos colegiados con función consultiva (también desde luego los que ejercitan la función jurisdiccional) cuentan con el apoyo, en las funciones o tareas auxiliares, de los servicios de Secretaría, integrados por personal cuyo *status* es básicamente el propio de los funcionarios del Estado de sus respectivas categorías. Las Secciones consultivas tienen adscrito, cada una, un Secretario de sección, del que depende la unidad correspondiente. Esta unidad lleva un registro de los asuntos encomendados a la Sección, con dos índices: uno alfabético (por nombres de las partes con el título del asunto) y otro analítico (por materias). Le corresponde la llevanza del expediente y el desarrollo de todos los actos internos (requerimiento de antecedentes a los Ministerios, la distribución y recogida de expedientes entre los Magistrados, la transcripción de las minutas de los dictámenes y también de la versión definitiva de los mismos con recogida de las firmas de los Magistrados y el envío de los dictámenes al Secretario General para su ulterior remisión al Ministerio correspondiente).

Dadas las características de la función jurisdiccional, ésta cuenta con una expresión orgánica plenaria propia (art. 5 de la Ley número 186, de 27 de abril de 1982), la llamada justamente Asamblea plenaria, que, presidida también por el Presidente del Consejo de Estado (al que sustituye, en caso de ausencia u otro impedimento, el más antiguo de entre los Presidentes de las Secciones jurisdiccionales), se compone de doce Magistrados de éste designados por el Consejo de Presidencia de Justicia Administrativa a razón de cuatro por cada una de las Secciones jurisdiccionales (con más cuatro suplentes, uno por cada una de éstas). Su contenido principal, junto con el conocimiento de los recursos contra las decisiones adoptadas por las Secciones en primera instancia, consiste en resolver las discrepancias y contradicciones en la jurisprudencia sentada por dichas Secciones.

C) *El Consejo de Justicia Administrativa para la Región Siciliana*

A este Consejo corresponde, según artículo 1.º del Decreto-ley número 654, de 6 de mayo de 1948 (modificado por DPR número 204, de 5 de abril de 1978), ejercer las funciones consultivas y jurisdiccionales atribuidas a las Secciones regionales del Consejo de Estado previstas en el artículo 23 del Estatuto de autonomía de la Región Siciliana, lo que vale decir —por lo que respecta a la función consultiva— emitir, en sustitución del Consejo de Estado, los dictámenes requeridos legalmente como preceptivos, cuando la competencia para dictar los actos correspondientes corresponda a la Administración de la Región Siciliana. Se trata de un órgano del Estado y no de la Región Siciliana (las Regiones, ni siquiera las de Estatuto especial, no tienen participación en el ejercicio de la función jurisdiccional) sin articulación alguna interna en Secciones, aunque con una composición distinta para los cometidos consultivo y jurisdiccional, es presidido por un Presidente de Sección del Consejo de Estado, auxiliado —en funciones de Adjunto del anterior— por otro Presidente de Sección de dicho Consejo (los cuales son sustituidos, en caso de ausencia o impedimento, por el Consejero de Estado más antiguo de los adscritos a este órgano). Se integra por los siguientes miembros:

a) En sede consultiva:

— Dos Magistrados del Consejo de Estado con la categoría de Consejeros (designados, al igual que los dos Presidentes de Sección con funciones presidenciales a que se ha hecho mención antes, por el Presidente del Consejo de Estado).

— Un Prefecto de la República, con su suplente (designados ambos por el Ministro del Interior).

— Cuatro expertos en problemas regionales, con sus suplentes (designados todos por la Junta Regional).

b) En sede jurisdiccional:

— Cuatro Magistrados del Consejo de Estado con categoría de Consejeros, comprendidos los dos aludidos en la composición en sede consultiva (designados por el Presidente del Consejo de Estado).

— Cuatro juristas escogidos de entre Profesores de Derecho de la Universidad o Abogados habilitados para dirigir asuntos ante las jurisdicciones superiores (designados por la Junta Regional).

Destaca G. LANDI (37), como nota de mayor relieve en la composición del Consejo de Justicia Administrativa estudiado, la participación paritaria de Magistrados del Consejo de Estado, de un lado, y de expertos juristas designados por la Junta Regional, de otro, salvedad hecha —naturalmente— del desequilibrio que supone la reserva de las funciones presidenciales al Presidente, Presidente Adjunto y, en su caso, al Consejero de Estado más antiguo de entre los adscritos a este órgano regional. Mientras los Magistrados del Consejo de Estado y el Prefecto miembro efectivo quedan, desde su designación, en situación de excedencia («fuori di ruolo»), los miembros nombrados por la Junta Regional lo son siempre por un mandato de seis años (contados, para cada uno de ellos individualmente, a partir de la toma de posesión), sin posibilidad de nueva designación o confirmación (sin perjuicio de poder continuar en funciones, aun transcurrido el mandato, hasta la toma de posesión del respectivo sucesor).

El Consejo de Justicia Administrativa puede deliberar, en sede consultiva, con intervención de todos los componentes (incluidos los designados para el ejercicio de función jurisdiccional), es decir, en sesión conjunta (para cuya válida constitución basta con la asistencia de nueve miembros). Procede esta sesión, siempre que esté legalmente reservada la emisión del parecer por la asamblea (sesión) general del Consejo de Estado o dicho parecer de la asamblea (sesión) general haya sido solicitado por la Administración regional, sin perjuicio de la facultad del Presidente de convocarla para asuntos de gran o especial importancia.

Aunque, como ha quedado dicho, se está ante un órgano estatal, la doctrina explica su peculiaridad aduciendo (38) que ejerce sus funciones en interés conjunto del Estado y de la Región, lo que justifica el reparto de la carga financiera que prevé el artículo 8.º del Decreto-ley número 654 de 1948: el Estado corre con los gastos de funcionamiento, salvo los relativos a las retribuciones de los miembros del Consejo y del personal designados por la Región, a la cual incumben igualmente los gastos correspondientes a los locales y su mantenimiento.

El Consejo cuenta con una unidad de secretaría integrada y desempeñada por funcionarios provenientes tanto de la Secretaría del Consejo de Estado como de la Administración civil del Estado (en situación de comisión de servicios) y de la Administración regional.

(37) G. LANDI, *op. cit.*, en nota 23, p. 102.

(38) En este sentido G. LANDI, *op. cit.*, en nota núm. 23, p. 106.

4. LA MAGISTRATURA ADMINISTRATIVA: EL CUERPO Y LA CARRERA

En el complejo orgánico Consejo de Estado-Tribunales Administrativos Regionales está consolidada ya, definitivamente desde la Ley número 186, de 27 de abril de 1982, la distinción entre las tareas y los cometidos administrativos y las propias de las funciones consultiva y jurisdiccional, estas últimas reservadas al cuerpo de la Magistratura administrativa.

Este último cuerpo está hoy organizado en las siguientes categorías (con indicación del número de puestos previstos en la plantilla establecida por la expresada Ley número 186 de 1982, incrementada por DPR número 426, de 6 de abril de 1984):

- Presidente del Consejo de Estado (1);
- Presidentes de Sección del Consejo de Estado (17) y Presidentes de los Tribunales Administrativos Regionales (22);
- Consejeros de Estado (78);
- Consejeros de Tribunales Administrativos Regionales; «Primi Referendari» y «Referendari» (313).

El acceso a la Magistratura administrativa se produce:

a) Por la categoría de «Referendario», mediante concurso público de méritos con examen (39).

Este concurso es de los llamados de «segundo grado», por cuanto sólo pueden participar en él las personas que reúnan ya determinados requisitos y cualificaciones garantizadores de una previa selección. En concreto y según la Ley número 1034 de 1971 pueden participar: los Magistrados de la jurisdicción ordinaria, que tengan ya la categoría de «magistrato di tribunale» y los Magistrados administrativos de la Corte de Cuentas y los de la justicia militar de categoría equiparada a los primeros; los Abogados del Estado y los Procuradores del Estado con categoría no inferior a «2.º classe di stipendio»; los empleados del Estado Licenciados en Derecho con categoría no inferior a Director de Sección o equiparada y al menos cinco años de servicios efectivos en la «carrera direttiva»; los «assistenti» universitarios adscritos a cátedras de materias o disciplinas jurídicas, con al menos cinco años de antigüedad; los empleados de las Regiones, los entes públicos nacionales y los entes locales, que sean Licenciados en Derecho, hayan accedido

(39) El examen, conforme al artículo 19 del DPR núm. 214 de 1973, modificado por el DPR núm. 125, de 25 de marzo de 1981, consta de cuatro pruebas escritas y una oral. Las pruebas escritas consisten en el desarrollo de cuatro temas (tres teóricos y uno práctico) sobre las siguientes materias: 1) Derecho privado; 2) Derecho administrativo; 3) Ciencia financiera y Derecho financiero; y 4) Derecho administrativo (prueba práctica).

al empleo público mediante concurso público y tengan al menos cinco años de servicios en la «*carriera direttiva*»; los Abogados con al menos cuatro años de antigüedad en la colegiación; los Consejeros regionales, provinciales y municipales Licenciados en Derecho, que hayan desempeñado las correspondientes funciones durante al menos cinco años; los ex miembros de las Juntas Provinciales administrativas Licenciados en Derecho que hayan ejercido las funciones correspondientes durante al menos cinco años.

Los seleccionados mediante concurso son nombrados «Referendari», categoría ésta desde la que se comienza una carrera conducente primero a la categoría de «Primo Referendari» (que se obtiene al cumplimiento de cuatro años de antigüedad, mediante Decreto del Presidente de la República adoptado a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros, previo juicio de «non demerito» pronunciado por el Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa) y luego a la de Consejero de Tribunal Administrativo Regional (al cumplimiento de cuatro años de antigüedad, asimismo mediante Decreto del Presidente de la República adoptado con los mismos requisitos que en el caso anterior).

b) Por la categoría de Consejero, mediante promoción desde la categoría de Consejero de Tribunal Administrativo Regional, designación del Gobierno o concurso público de méritos con examen.

Del número total de puestos de Consejero de Estado, la mitad se cubre mediante promoción entre Consejeros de Tribunal Administrativo Regional, una cuarta parte mediante designación entre Profesores universitarios ordinarios de disciplinas jurídicas, Abogados, Magistrados ordinarios y altos funcionarios y la restante cuarta parte mediante concurso público entre Magistrados y determinados funcionarios (las cuotas reservadas a los dos últimos grupos no son fijas, pues las plazas que no se cubran en cualquiera de ellos pueden acrecer a cualquiera de los otros dos).

El primero de los grupos citados (al que se reserva, como queda dicho, la mitad de las plazas vacantes) no supone el reconocimiento de la prolongación a este nivel de la carrera iniciada como «Referendari». No hay aquí, según sostiene la doctrina (40), un ascenso de categoría, sino más bien un cambio sustantivo en la función sin alteración real de la categoría; cambio consistente en la admisión a la Magistratura administrativa propiamente dicha (el *novum* radica en el acceso a la participación en el ejercicio de la función consultiva y de la función jurisdiccional en instancia de apelación). La designación requiere previa solicitud del interesado (formulada en cualquier momento), el cual ha de tener una antigüedad mínima de cuatro años en su

(40) G. LANDI, *op. cit.*, en nota 23, p. 148.

categoría. Se produce mediante Decreto del Presidente de la República, a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros, formulada previo juicio positivo de idoneidad emitido por el Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa; juicio éste que ha de ser motivado en la valoración de la actividad jurisdiccional previa y los méritos alegados y en la antigüedad del aspirante y que se decanta sobre la base de una propuesta que ha de formular una Comisión, constituida en el seno del propio Consejo de Presidencia, por los dos Presidentes de Sección del Consejo de Estado más antiguos y el Magistrado de Tribunal Administrativo de superior categoría o, a igualdad de ésta, más antiguo.

El segundo grupo tiene por finalidad permitir el directo acceso a la condición de Consejero de Estado desde fuera de la Magistratura administrativa. La designación corresponde al Presidente de la República, a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros, previa deliberación del Consejo de Ministros y parecer favorable de idoneidad formulado por el Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa (en la forma prevista para el grupo anterior) en atención a la actividad y los estudios jurídico-administrativos desarrollados y de las dotes y condiciones personales de las personas a designar. La competencia para el nombramiento sólo está limitada en este caso por la regla de la necesaria concurrencia en las personas designadas de alguna de las cualidades legalmente fijadas: profesor ordinario universitario en materia jurídica; Abogado con al menos quince años de ejercicio profesional e inscritos en los registros especiales para la actuación ante las jurisdicciones superiores; director general o asimilado de Ministerio, órgano constitucional o de cualquier otra Administración pública; Magistrado de categoría no inferior a la de Magistrado de la Corte de Apelación o asimilada a la misma.

El tercer grupo, finalmente, tiene por objeto establecer un acceso funcional directo al Consejo de Estado (mediante concurso público de méritos y examen teórico-práctico), precisamente por la categoría de Consejero de Estado. Se trata de un concurso restringido o de segundo grado, pues sólo pueden participar en él quienes tengan la condición de Magistrado de Tribunales Administrativos Regionales (con un mínimo de un año de antigüedad), Magistrado ordinario o militar (con al menos cuatro años de antigüedad), Magistrado de la Corte de Cuentas, Abogado del Estado (con al menos un año de antigüedad), funcionario del cuerpo directivo del Senado de la República o de la Cámara de Diputados (con al menos cuatro años de antigüedad) o funcionario de categoría directiva de la Administración del Estado o entes públicos perteneciente a cuerpo para el acceso al cual se exija la Licenciatura en Derecho.

Las categorías de Presidente de Sección del Consejo de Estado y de Presidente de Tribunal Administrativo Regional aparecen configu-

radas legalmente como escalones de la carrera para el ascenso desde la categoría de Consejero. El ascenso está limitado, sin embargo, por las posibilidades que ofrezcan las vacantes reales. Para paliar el inconveniente que esta limitación cuantitativa supone, todos los Consejeros (de Estado y de los Tribunales Administrativos Regionales) adquieren el derecho, al cumplir ocho años de antigüedad en la categoría, a la retribución económica del escalón superior, es decir, la correspondiente a Magistrado de Casación con funciones directivas superiores.

En cuanto al ascenso real o efectivo a la categoría superior, el correspondiente a la de Presidente de Sección del Consejo de Estado está reservado a aquellos que han prestado por lo menos dos años de servicios en el Consejo de Estado. Pueden beneficiarse del mismo los Consejeros (de Estado o de Tribunales Administrativos Regionales) que cuenten con al menos ocho años de antigüedad en la categoría. Se produce previo juicio positivo de idoneidad formulado por el Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa sobre la base de criterios predeterminados, que han de tener en cuenta en todo caso las aptitudes para el desempeño de funciones directivas y la antigüedad en el servicio. El aludido Consejo ha de proceder al efecto con el consentimiento de los interesados. Para los puestos que queden vacantes puede, sin embargo, proceder de oficio.

5. LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO (41)

El hecho de la previsión del Consejo de Estado en la norma constitucional y de la atribución al mismo de una función consultiva de carácter general no excluye, como no parece preciso justificar, la existencia de otros órganos consultivos, ni, por tanto, tampoco la exigencia legal en un asunto de varios informes, incluido el del Consejo de Estado. De hecho, es relativamente frecuente el requerimiento del informe tanto de la Abogacía del Estado como de dicho Consejo. En estos supuestos de concurrencia de juicios consultivos y siempre que el del Consejo de Estado sea preceptivo, éste ha de ser emitido en último lugar, estando la Administración obligada a remitir a dicho Consejo

(41) Sobre la función consultiva del Consejo de Estado, véase, además de G. LANDI, op. cit., en nota 23, pp. 257 y ss., los estudios contenidos en el libro colectivo elaborado justamente en homenaje a dicho autor, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato*, Ed. Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1985, así como también G. STERLICCHIO, *La collaborazione del Consiglio di Stato alla funzione legislativa: prospettive di sviluppo*, y G. LANDI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: passato, presente e futuro*, ambos en la obra colectiva *Studi per il centocinquenterario del Consiglio di Stato*, Ed. Istituto Poligrafo E. Zecca dello Stato, Roma, 1981, el primero de ellos en el tomo I, pp. 73 y ss., y el segundo en el tomo III, pp. 1267 y ss. En la siguiente exposición se sigue básicamente a G. LANDI.

los informes anteriormente emitidos a fin de que pueda considerarlos y valorarlos en el propio.

Los dictámenes del Consejo de Estado se clasifican, en razón a los términos en que su emisión aparece prevista legalmente, en facultativos (su solicitud es potestativa para la Administración) y preceptivos (su solicitud es obligatoria para dicha Administración).

A) *Los dictámenes facultativos*

La petición puramente potestativa del parecer del Consejo de Estado encuentra aún su base legal en el artículo 14 del TU número 1054, de 26 de junio de 1924, conforme al cual dicho Consejo, además de formular los proyectos de Ley y de Reglamentos que le encomiende el Gobierno, dictamina sobre las propuestas de Ley y los asuntos de cualquier naturaleza respecto de los que sea requerido por los Ministros.

Dada la amplitud con que aparece formulado el precepto legal, es claro que el Gobierno queda autorizado, con carácter general, para formular consultas al Consejo de Estado en cualesquiera asuntos, a su entera discreción y cuando no venga obligado a ello por determinación legal, estando obligado desde luego dicho Consejo a evacuarlas.

Aun cuando el precepto se refiere —dada la fecha de su promulgación y por lo que hace a las consultas sobre decisiones normativas— a «propuestas de Ley», la doctrina entiende que tal expresión debe interpretarse actualmente como comprensiva tanto de las propuestas de Ley en sentido estricto (surgidas en el seno del Parlamento), como de los proyectos de Ley (emanados del Gobierno), con entera independencia de que las unas y los otros se refieran a textos legales ordinarios o constitucionales. Por lo que hace a estos supuestos debe precisarse que la consulta siempre ha de efectuarse por el Gobierno (el Presidente del Consejo de Ministros o un Ministro), aun cuando deba versar sobre una propuesta de Ley, por lo que el Parlamento nunca puede ser destinatario de los dictámenes del Consejo (a los que el poder legislativo puede tener acceso sólo a través del Gobierno). En cualquier caso, la opinión del Consejo de Estado —por exigencia incluso constitucional (art. 100 de la norma fundamental)— tiene un contenido meramente técnico, concretamente jurídico-administrativo, nunca político.

Cuestión de no escasa trascendencia en punto a las consultas facultativas es la de la posibilidad de su formulación por las Regiones. Con la puesta en marcha a partir de 1970 de la descentralización política también en las Regiones de estatuto ordinario, algunas de éstas pretendieron aquella posibilidad. En un primer momento, el Presidente del Consejo de Ministros formuló consulta al Consejo de Estado

acerca de la obligación de las Regiones de requerir el dictamen del Consejo de Estado en los contratos llamados «ad evidencia pubblica», que fue evacuada en el sentido de que, si bien la función consultiva de dicho Consejo no tenía por destinatario exclusivo el Gobierno nacional y sí, en general, la Administración pública en su conjunto (teniendo en cuenta la condición del Consejo de órgano del Estado-ordenamiento o Estado-comunidad y no sólo del Estado-Administración, vocado a cumplir respecto del mismo la función jurisdiccional en términos de objetividad y neutralidad y la función consultiva en términos de colaboración auxiliar), era lo cierto que legalmente únicamente podía dictaminar a requerimiento de los Ministros, por lo que la extensión de la facultad de solicitud de dictamen a las Regiones requería la oportuna y, de otro lado, perfectamente posible, modificación legislativa (Dictamen núm. 74, de 11 de julio de 1974). Sin embargo, con posterioridad (Dictamen núm. 30, de 24 de abril de 1980), ha cambiado radicalmente de opinión, sosteniendo que la nueva realidad descentralizada del Estado determina la procedencia de asegurar a las Regiones la posibilidad de hacer uso de los órganos del Estado a los que está encomendada la función consultiva y aduciendo una cierta tendencia legislativa en tal sentido (con invocación, entre otras normas, del DPR número 616, de 24 de julio de 1977, que autoriza expresamente en su artículo 107 a las Regiones para valerse, a los efectos del ejercicio de sus competencias administrativas propias y delegadas, de los servicios órganos estatales, incluidos los consultivos, y llegando a sostener la legitimidad de la previsión por las Leyes regionales del trámite de informe del Consejo de Estado (en este contexto y ante la ausencia de normas reguladoras del procedimiento para la petición de dictamen, el Consejo de Estado sostiene la pertinencia de interpretar las vigentes en el sentido de la sustitución de la mención del Ministerio o del Ministro por la de la Región o del Presidente de la Región, órgano este que, según él, debe ser el componente para formular la consulta).

Sin perjuicio de este pronunciamiento del Consejo de Estado, lo cierto es que la cuestión no está definitivamente resuelta, en particular por lo que respecta al plano legislativo.

B) *Los dictámenes preceptivos y vinculantes*

Los dictámenes preceptivos del Consejo de Estado pueden ser o no vinculantes.

Los supuestos en que el dictamen es preceptivo y vinculante son, básicamente, los establecidos en los artículos 9.º de la Ley número 555, de 13 de junio de 1912, y 4.º de la Ley número 123, de 21 de abril de 1983, y, concretamente, los siguientes:

— El ejercicio por el Gobierno de la facultad de enervar la recuperación por italianos de la nacionalidad perdida por determinadas causas; ejercicio que requiere el previo dictamen conforme del Consejo de Estado.

— La desestimación de la adquisición de la ciudadanía italiana por apreciación por el Ministerio del Interior de la existencia, como causa obstativa, de razones comprobadas de seguridad nacional; desestimación que sólo es posible previo dictamen conforme del Consejo de Estado.

Un caso de dictamen preceptivo, pero sólo parcialmente vinculante (en el sentido de determinar una alteración de la competencia decisoria en caso de discrepancia con el mismo), es el previsto en el procedimiento del llamado recurso extraordinario ante el Presidente de la República; recurso que no es otra cosa que una vía de impugnación de actos administrativos de cualesquiera Administración, del Estado o territorial, matriz o instrumental autónoma, alternativa a la vía jurisdiccional (la Corte Constitucional ha declarado expresamente la legitimidad de este recurso incluso contra actos de las Administraciones regionales, al afirmar que también en tales supuestos la instrucción y resolución del mismo corresponde al Estado: S. núm. 31, de 25 de febrero de 1975). Conforme al artículo 14 del DPR número 1199, de 24 de noviembre de 1971, la decisión del recurso debe producirse mediante Decreto del Presidente de la República a propuesta del Ministro competente, el cual, cuando pretenda proponer una decisión disconforme con el dictamen del Consejo de Estado, ha de someter el asunto a la deliberación del Consejo de Ministros.

En todos los restantes casos, los dictámenes preceptivos del Consejo de Estado no son vinculantes. Están previstos en el artículo 16 del TU número 1054 de 1924 y son los siguientes:

— Los proyectos de Reglamentos Generales de Administración pública aprobados por Decreto del Presidente de la República, a propuesta del Ministro competente, previa deliberación del Consejo de Ministros.

El dictamen del Consejo de Estado versa aquí, conforme señala G. LANDI (42), sobre la regularidad constitucional y administrativa de la norma reglamentaria, así como sobre la técnica normativa y la oportunidad de la misma.

— La coordinación de normas legales y reglamentarias en textos únicos, salvo disposición diversa por Ley.

Cuando se trata simplemente de la refundición en una sola norma de preceptos legales y reglamentarios dispersos, dicha norma se dicta

(42) G. LANDI, *op. cit.*, en nota 23, p. 268.

en la misma forma y con idéntico procedimiento que las reglamentarias, por lo que su aprobación está desde luego sujeta al dictamen previo del Consejo de Estado. Cuando las facultades del Gobierno van más allá de la «raccolta organica», la operación requiere una delegación legislativa, en cuyo caso la Ley delegante puede disponer bien la sustitución del referido dictamen por otro trámite de control, bien su complemento con la intervención de otro órgano de control (normalmente parlamentario).

— Los contratos y convenios que deban aprobarse por Ley o que supongan compromisos económico-financieros no reconocidos o determinados regularmente por Ley.

La intervención consultiva del Consejo de Estado en materia contractual es actualmente complejísima, en razón a la multiplicidad y al detallismo de las normas en la materia. Con carácter general puede decirse, sin embargo, que la tendencia legislativa más reciente apunta claramente a una reducción de la intervención del Consejo de Estado en la misma, fundada normalmente en la necesidad de la simplificación, la agilización y la eficacia de la actuación administrativa.

— En todos los casos en que así lo determine una disposición con rango de Ley formal.

Son múltiples, como es claro, los supuestos aquí subsumibles, además de variar con la misma evolución del ordenamiento. Debe destacarse, no obstante, el previsto por el artículo 1.º del Real Decreto-ley número 273, de 9 de febrero de 1939, considerado aún vigente. Contempla el precepto el dictamen preceptivo del Consejo de Estado para todas las medidas legislativas que comporten nuevas atribuciones para dicho Consejo, la supresión o la modificación de las que ya le estén conferidas o afecten a la organización y funciones (en sede consultiva, como en sede jurisdiccional) del mismo.

6. EL PROCEDIMIENTO INTERNO PARA LA EMISIÓN DE DICTÁMENES

El procedimiento a seguir para la emisión de informes y dictámenes está regulado principalmente en el TU número 1054, de 24 de junio de 1924, y el Real Decreto número 444, de 21 de abril de 1942.

La iniciación depende, como es normal, de un impulso externo, cabalmente la pertinente solicitud, bien del Presidente del Consejo de Ministros, bien del Ministro competente por razón de la materia. La solicitud debe producirse en forma de comunicación al Consejo, en la que se especifiquen los términos (hechos y cuestiones) de la consulta requerida. Es facultad de la Administración requirente interesar que el asunto sea tratado en asamblea (sesión) general.

Recibida la comunicación antedicha, junto con el expediente o los antecedentes y documentos correspondientes, la Secretaría General del

Consejo de Estado somete el asunto a la consideración del Presidente, a los efectos de la pertinente decisión sobre la asignación del asunto según el reparto anual de los mismos. El Presidente puede resolver, no obstante y según la naturaleza del asunto, someterlo a la asamblea (sesión) general, a una Comisión especial o, incluso, a dos o más Secciones actuando en sesión conjunta.

Asignado un asunto, el Presidente de la Sección o, en su caso, de la Comisión especial fija fecha para la sesión en que deba tratarse y designa entre los Magistrados pertenecientes a la misma un ponente (puede serlo el propio Presidente). La instrucción del asunto corresponde al Secretario de la Sección, bajo la dirección tanto del Presidente de la Sección (o de la Comisión especial) como del ponente, comprendiendo la misma todos los actos (formales e informales) precisos para incorporar al expediente y obtener cuantos documentos e información sean pertinentes para la mejor formación de juicio sobre el asunto. Cuando la procedencia de tal incorporación resulte de la deliberación en órganos colegiados (Sección, Comisión especial o, incluso, asamblea o sesión general), debe producirse un acto de trámite por parte de éstos, que se comunica formalmente al órgano o autoridad administrativos que deban suministrar el documento o la información precisos.

Son de interés las siguientes reglas. En primer lugar, está prohibida a los miembros del Consejo de Estado la discusión de los asuntos en los que se haya solicitado dictamen con intervención de los en él interesados o de sus representantes o asesores; los documentos o las alegaciones que éstos puedan hacer llegar al Consejo deben ser remitidos al Ministerio correspondiente, que es al que corresponde proveer sobre los mismos, toda vez que el Consejo no puede tener en cuenta documento alguno que no le haya sido facilitado por dicho Ministerio (sin perjuicio de que pueda recabar del mismo la entrega de los documentos y la facilitación de la información que reputa necesarios). En segundo lugar, está facultado el Consejo de Estado (sus Secciones y, en su caso, Comisiones especiales) para invitar al Ministerio solicitante del dictamen a comunicar el asunto a otro u otros Ministerios considerados como eventualmente interesados, a fin de que los mismos puedan intervenir y, en todo caso, para remitir el dictamen emitido a cualesquiera otros Ministros distintos del requirente del mismo, cuando así se considere oportuno. Y, en tercer término, el Consejo de Estado, cuando así lo considere oportuno a la vista de la oscuridad, la imperfección o la deficiencia de la legislación aplicable en una materia, puede hacer un informe especial sobre tal extremo al Presidente del Consejo de Ministros (en la práctica, la opinión especial al respecto se manifiesta dentro del dictamen sobre el correspondiente asunto y en forma de un considerando del mismo, sin otra particularidad que la re-

misión de aquél tanto al Ministro interesado como al Presidente del Consejo de Ministros).

En el orden del día de cada sesión de órgano colegiado se incluyen todos los asuntos a tratar por el orden de antigüedad de los ponentes de los mismos, aunque el Presidente puede variar tal orden o posponer a otra sesión el debate de un asunto por considerarlo no maduro para una decisión o por razón del surgimiento de algún otro impedimento para su consideración. El primero en hablar es el ponente, que debe exponer el estado de la legislación en la materia correspondiente, precisar la cuestión objeto del debate y manifestar su opinión sobre la misma. Tiene derecho a intervenir el Ministro competente en la materia, por sí mismo o por medio de un «comisario delegado» designado al efecto, pero con finalidad puramente informativa, debiendo por ello abandonar la sesión antes de que comience el debate propiamente dicho.

En el debate intervienen todos los asistentes, correspondiendo al Presidente declararlo concluso y, en caso de haberse expuesto diversidad de opiniones, someter el asunto a votación (con voto de calidad del Presidente). Esta se produce siempre de forma pública, bien mediante la puesta en pie de los votantes, bien mediante llamamiento personal. Vota, en primer lugar, el ponente y luego los demás por orden inverso de categoría y antigüedad.

En los asuntos que deban resolverse en asamblea (sesión) general, la Sección o la Comisión especial correspondiente debe producir un preinforme, que es distribuido a todos los componentes de aquélla. Estos asuntos son los siguientes:

- Los proyectos de Ley y de Reglamentos.
- Los proyectos de «Texto Unico» de Leyes y Reglamentos.
- Los recursos extraordinarios ante el Presidente de la República.
- Las decisiones relativas a la ejecución de provisiones eclesiásticas.
- Los contratos y los convenios que deban aprobarse por Ley o por Decreto del Presidente de la República.
- Las cuestiones de interés general o de gran importancia en que así sea norma en casos análogos.
- Los asuntos en que así lo disponga el Presidente del Consejo de Estado o en los que el dictamen de la Asamblea general sea requerido por el Ministro correspondiente.

La redacción definitiva del dictamen corresponde al ponente, insertándose en el acta de la sesión en la que haya sido aprobado. El esquema de los dictámenes responde al de los pronunciamientos judiciales: breve resumen de los hechos, los puntos objeto de discusión y los motivos de la decisión. La minuta del dictamen se somete a la consi-

deración del Presidente del Consejo de Estado, el cual puede introducir (de acuerdo con el ponente) modificaciones y retoques (en algunas ocasiones —asuntos de excepcional importancia o delicadeza— se procede aún a una lectura colegiada del mismo). Cuando la minuta obtiene el visto bueno del Presidente, se envía a la Secretaría correspondiente para la remisión final al Ministerio pertinente.

Del dictamen no puede facilitarse copia a nadie sino previa autorización por escrito del Ministerio que lo haya solicitado (la petición de acceso a los dictámenes debe hacerse, por ello, a dicho Ministerio). También está prohibida la comunicación del nombre del ponente.