

El Consejo de Estado

SUMARIO: A) EL PROTOTIPO. EL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS. B) LA RECEPCIÓN DEL MODELO FRANCÉS Y SU EVOLUCIÓN. C) PERDIDA DEFINITIVA DE LAS COMPETENCIAS JUDICIALES Y SEPARACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN ACTIVA. D) EL CONSEJO DE ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978. SU NATURALEZA. E) COMPOSICIÓN. F) COMPETENCIAS. G) FUNCIONAMIENTO.

A) EL PROTOTIPO. EL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS

Una de las piezas claves de la Administración contemporánea, debida al genio napoleónico, es precisamente el Consejo de Estado, que nace en Francia con la Constitución del año VIII. Esta institución habría de tener un éxito inmediato a lo largo del siglo XIX en los países europeos continentales que importan esa figura (España, Italia, Bélgica), y, en la actualidad, su generalización puede decirse que se ha realizado a escala mundial, por cuanto modelos similares de Consejo de Estado se dan en otros continentes (Japón, Colombia, etcétera).

La universalidad de esta institución, la circunstancia de que el Derecho administrativo tenga su cima en los conceptos básicos alumbrados por el Consejo de Estado, son suficiente justificación para su estudio. Pero, además, la descripción de ese prototipo institucional es absolutamente necesaria para tomar las verdaderas medidas del Consejo de Estado español que, si bien en sus orígenes tuvo el empaque y trascendencia institucional de su homólogo francés, y del que fue una simple copia, el paso del tiempo lo ha ido degradando hasta convertirlo

en un puro órgano consultivo de carácter jurídico, sin las funciones judiciales que son propias de aquél, ni el rigor de su funcionamiento, ni la brillantez y profundidad de sus trabajos. Paradójicamente, sin embargo, cuando nuestro Consejo de Estado atraviesa el momento más bajo de su existencia, es cuando resulta inmune a su supresión o reforma sustancial por haber sido constitucionalizado por el artículo 107 de la Constitución, que lo califica de supremo órgano consultivo del Gobierno y remite a una Ley Orgánica la regulación de su composición y competencias.

Pues bien, y sobre sus *orígenes* debe recordarse que Napoleón no pretendió la creación de un órgano consultivo de alto nivel separado de su persona que solamente emitiera dictámenes jurídicos, escritos y solemnes. Por el contrario, quiso y logró un órgano formado por personas expertas en las más diversas ciencias y técnicas relacionadas con el quehacer del Estado, estrechamente vinculado a su persona, en cuyo seno pudieran discutirse, sin seguir un procedimiento formalizado, los grandes asuntos de Estado. Un órgano que elaborase los proyectos de ley, los reglamentos de Administración Pública, y que le permitiera servir de sus funcionarios para el desempeño de misiones concretas en la Administración Pública. Pretendió, además, que este órgano entendiera jurisdiccionalmente de las controversias jurídicas en que fuera parte la Administración Pública, a fin de evitar la intromisión de los Tribunales de Justicia, y con la misma intención le atribuyó competencia para dar o negar la necesaria autorización, a fin de que los Tribunales pudieran encausar a los funcionarios públicos, creando a todos estos efectos, en 1806, dentro del Consejo, la Comisión de lo Contencioso.

Sin perjuicio de las analogías con el *Conseil du Roi* del Antiguo Régimen, parece bastante claro que Napoleón trasladó principios de organización propios de la Administración Militar a la Civil, y que con la creación del Consejo de Estado pretendió la instauración de una especie de Estado Mayor, en el que los miembros de éste asesoran y auxilian de modo íntimo e inmediato al Jefe. Por eso el Consejo de Estado no tenía inicialmente un presidente titular. (Napoleón ejercía la Presidencia cuando fue Primer Cónsul y luego Emperador.) Como un Estado Mayor estrechamente vinculado al Jefe, no tenía ninguna facultad decisoria, que correspondía íntegramente a aquél, y fue tal la búsqueda intimidad y cercanía entre el jefe y sus asesores y auxiliares, como en los Estados Mayores, que no se le asignó un domicilio propio, constituyendo —según la expresión de un autor de la época— «a la vez el consejo, la casa y la familia del Primer Cónsul, con el que comparte el palacio de las Tullerías». De la intimidad de esta forma de asesoramiento da cuenta la circunstancia de que sus sesiones se celebraban en cualquier momento del día o de la noche y que el Emperador inter-

venía directamente en ellas, simulando a veces posiciones contrarias a las de su convicción personal con la finalidad de estimular la discusión y el celo entre los consejeros.

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

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

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

En la actualidad, las formaciones y la función consultiva del Consejo siguen respondiendo a la misma filosofía. Sin embargo, la función jurisdiccional sufrirá un importante cambio en 1872 (Ley de 24 de mayo). Hasta esta fecha la justicia administrativa era justicia «retenida», es decir, que los dictámenes del Consejo no tenían valor sin la aprobación del Jefe del Gobierno (al igual que ocurría con la Jurisdicción castrense en que las sentencias de los Consejos de Guerra no eran válidas sin la aprobación de la Autoridad militar correspondiente). A partir de esa fecha, el poder de decisión se atribuye directamente al Consejo, con lo que se instaura la llamada justicia «delegada». Pero la conquista de la independencia en la función contenciosa se vio contrapesada, en 1872, con la creación de un Tribunal de Conflictos, perdiendo entonces el Consejo de Estado la función de decidir las cues-

tiones de competencia que se suscitaban entre la Administración y los Tribunales y que hasta entonces tenía atribuidas.

En definitiva, y sin entrar en más pormenores, puede decirse que el Consejo de Estado francés por reunir el más alto nivel de la función jurisdiccional administrativa, que ejerce con acrisolada independencia, por la extraordinaria calidad de los Cuerpos de funcionarios que lo integran, por el peso de unas tradiciones centenarias de estudio y pasión por los asuntos públicos, ha sido el gran cerebro de la Administración francesa, sobre cuyos trabajos se ha levantado la estructura del Derecho administrativo. Por esto no resulta extraño que pieza tan singular haya deslumbrado a los legisladores de otros países que han incorporado esta institución a su sistema de Derecho público. Así ocurrió, efectivamente, en el nuestro y en los términos que a continuación se detallan.

B) LA RECEPCION DEL MODELO FRANCES Y SU EVOLUCION

Un Consejo de Estado que responde fielmente al modelo napoleónico y que nada tiene que ver con los Consejos del Antiguo Régimen en España (Consejo de Estado, Consejo de Castilla, Consejo de Hacienda, etc.), se diseña en los artículos 52 a 60 de la Constitución de Bayona. Presidido por el Rey se compone de treinta como mínimo y sesenta consejeros como máximo, siendo individuos natos los Ministros y el Presidente del Consejo Real (órgano judicial máximo previsto en la Constitución). Se dividía en seis secciones (Justicia y Asuntos Eclesiásticos, Interior, Hacienda, Guerra, Marina e Indias), con un Presidente y cuatro Consejeros como mínimo. Se dota al Consejo de consultores, asistentes y abogados.

Como en Francia, el Consejo no tiene sino voto consultivo y sus funciones son las de preparar los proyectos de leyes civiles y criminales y los reglamentos generales de Administración Pública, conocer de las competencias de jurisdicción entre los Cuerpos administrativos y judiciales, de la parte contenciosa de la Administración, y de la citación a juicio de los agentes o empleados de la Administración Pública.

Muy distinto —quizá como reacción napoleónica— es el Consejo de Estado, que se diseña en los artículos 231 a 241 de la Constitución de Cádiz. Característica fundamental es su desvinculación de la Administración activa: los Ministros no forman parte del Consejo ni se le dota de funcionarios para servir de enlace con la Administración o colaborar con ella. Tampoco tiene funciones judiciales, puesto que en la Constitución gaditana se parte del principio de unidad judicial y de repudio a los fueros privilegiados —salvo el militar y el eclesiástico—,

lo que suponía que tanto los pleitos de cualquier índole en que era parte la Administración, como el enjuiciamiento de los funcionarios, habrían de seguirse ante los Tribunales civiles y penales. Las funciones del Consejo de Estado gaditano son, pues, puramente políticas de asistencia al Rey, siendo el único órgano de consulta en los asuntos graves gubernativos y señaladamente para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra y hacer los tratados. Es al mismo tiempo limitador de la potestad regia en ciertos nombramientos relativos a la presentación de los beneficios eclesiásticos y la provisión de las plazas de judicatura, correspondiendo al Consejo presentar al Rey las correspondientes ternas.

Por razones históricas de sobra conocidas, tanto el Consejo de Estado de Bayona como el previsto en la Constitución de Cádiz abortaron prácticamente antes de dar frutos positivos. Fernando VII restableció el Consejo de Castilla y las demás instituciones del Antiguo Régimen, y sólo a finales de la década de 1830 y 1840 vuelve a plantearse en la literatura administrativa, y por influencia de los tratadistas franceses de Derecho administrativo, la necesidad de instaurar un Consejo de Estado según el modelo napoleónico. Lo que más se añora en esta época es la falta de una jurisdicción administrativa separada y distinta de los Tribunales civiles, y por ello es al hilo de las teorizaciones sobre aquélla como se plantea y defiende la necesidad de instaurar un Consejo de Estado.

Al fin se instaura con el nombre de Consejo Real el modelo francés de Consejo de Estado en la legislación de 1845, legislación clave en el nacimiento del régimen administrativo español. La Ley de 1 de enero de 1845 —*sin apoyo ni fundamento constitucional alguno*, pues ni en la Constitución de 1837 ni en la de 1845 se menciona al Consejo de Estado ni a la Jurisdicción administrativa— autorizó al Gobierno para arreglar la organización y fijar las atribuciones de un Cuerpo o Consejo Supremo de Administración del Estado, y el Gobierno, en uso de esta autorización, instaura el Consejo Real por Decreto legislativo de 6 de julio de ese mismo año. Las reformas por el Real Decreto de 14 de julio de 1858 y la Ley de 17 de agosto de 1860 no puede decirse que le afectasen sustancialmente.

La influencia del Consejo de Estado francés en el diseño de este Consejo Real —que tomará definitivamente el nombre del Consejo de Estado por Real Decreto de 14 de julio de 1858— resulta evidente en su organización y funciones, sobresaliendo entre ellas las relativas al ejercicio de la *potestad reglamentaria*, modificación de las leyes de ultramar, *cuestiones de competencia entre la Administración y los Tribunales*, y entre Ministerios, autoridades y agentes de la Administración, recursos de abuso de poder o de incompetencia que elevasen al Gobierno las autoridades del orden judicial contra las resoluciones admi-

nistrativas, sobre la autorización necesaria para procesar a las autoridades y funcionarios por abusos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sobre suplementos de créditos extraordinarios o transferencias de crédito, cuando no se hallasen reunidas las Cortes, sobre la provisión de las plazas de Magistrados y Jueces y presentación de beneficios eclesiásticos; por último, el Consejo de Estado debía ser oído en la resolución final de todos los asuntos contencioso-administrativos.

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

El Consejo de Estado, al igual que el francés, además de su función consultiva y judicial tenía prevista la *colaboración directa* con la Administración activa a través del destino temporal de algunos consejeros para el mando del Ejército o la Armada, misiones diplomáticas extraordinarias, o comisiones regias para inspeccionar algún ramo de la Administración Pública.

Sobre las competencias reseñadas cobra un especial relieve la *contencioso-administrativa* ejercida por el Pleno o por la sección de este nombre, de la que formaban parte dos Consejeros de la sección que entendía especialmente de los asuntos del Ministerio a que corresponde la reclamación, y otro de cada una de las demás secciones.

Las consultas emitidas por el Consejo de Estado en los asuntos contenciosos no tenían valor de sentencias si no eran aprobadas por el Gobierno mediante un Real Decreto. De aquí que se llamasen, cuando aquél las aprobaba, Reales Decretos Sentencias. Si el Gobierno no estaba de acuerdo con la consulta del Consejo podía dictar la que fuese justa, siempre que ésta fuere acordada en Consejo de Ministros, motivada, y se publicase conjuntamente con el dictamen contrario del Consejo de Estado. A este sistema de justicia administrativa, en el que la competencia en último extremo corresponde al Gobierno, se le llamó, como en Francia, justicia «retenida».

Pero la retención de la justicia administrativa en manos del Gobierno no había de ser del agrado de los partidos más liberales (progresistas y republicanos) que veían en ella un atentado al principio de unidad judicial. Esto explica que una de las primeras medidas de la Revolución de septiembre de 1868 fuera la supresión de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y su atribución, por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, al Tribunal Supremo y a las Audiencias. Desprovisto el Consejo de uno de sus más importantes cometidos, la Primera República, por Decreto de 1 de junio de 1874, lo disuelve totalmente.

Con la Restauración Monárquica (Decretos-Leyes de 20 de enero de 1875 y 16 de diciembre de 1876) se atribuyó otra vez al Consejo de Estado y al Gobierno la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Pero esta atribución habría de sufrir una importante modificación con la aprobación de la *Ley Santamaría de Paredes sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, de 13 de septiembre de 1888, que instaura en nuestra patria un sistema llamado por su autor armónico, y por otros mixto, por cuanto los Tribunales Contencioso-Administrativos se habían de componer con personal procedente de las carreras administrativa y judicial. El órgano supremo de esta nueva Jurisdicción sería el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo integrado en el Consejo de Estado, aunque con función propia y absoluta independencia, hasta que la Ley de 5 de abril de 1904 le sustrae toda la competencia jurisdiccional contencioso-administrativa y la traspaşa definitivamente al Tribunal Supremo, iniciándose así su decadencia definitiva.

La Dictadura de Primo de Rivera por Real Decreto de 1924 amplió el número de Consejeros, dando entrada con este carácter a representantes de las Corporaciones en un intento de darle, de acuerdo con los principios de aquel sistema político, una base corporativa. La Segunda República, al igual que la Primera, no vio con buenos ojos al Consejo de Estado hasta el punto de que declaró disuelto el Pleno y trasladó sus competencias a la Comisión Permanente; además, la audiencia deja de ser obligatoria y pasa a ser facultativa.

C) PERDIDA DEFINITIVA DE LAS COMPETENCIAS JUDICIALES Y SEPARACION DE LA ADMINISTRACION ACTIVA

Tras la guerra civil, el Consejo de Estado se restablece con un Presidente y seis Consejeros permanentes en 1940 (Ley de 10 de febrero). Por la Ley de 25 de noviembre de 1944, reglamentada por Decreto de 13 de abril de 1945, el Consejo de Estado se vio inicialmente investido de la competencia para informar los recursos que se suscitaban en ma-

teria de personal (jurisdicción de agravios), siguió dictaminando los conflictos de atribuciones entre órganos administrativos y las cuestiones de competencias entre la Administración y los Tribunales (Ley de 17 de junio de 1948) y, después, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se exigió su dictamen favorable para la anulación de los actos declarativos de derechos. En todo caso, lo más significativo en esta fase es que el afianzamiento definitivo de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, desde 1956, como un orden judicial ordinario, va a suponer la pérdida definitiva, incluso de toda esperanza de recobrar su carácter jurisdiccional.

Desde el punto de vista orgánico se produce, sin embargo, la ruptura y separación del Consejo con la Administración activa, aplicándose también en esto el modelo francés. En adelante, ni lo presidirá el Presidente del Consejo de Ministros o el Jefe de Estado, ni los Ministros formarán parte de él. Pero esta separación no implicó una independencia real, ya que, a través de los nombramientos discrecionales de Presidente del Consejo y de los Consejeros (salvo el Primado de las Españas), y al margen de que se respetara de hecho su ordinario funcionamiento, la influencia del ejecutivo sobre el Consejo era, prácticamente, total.

D) EL CONSEJO DE ESTADO EN LA CONSTITUCION DE 1978. SU NATURALEZA

Perdidas las características funcionales y orgánicas que históricamente determinaron su creación, el Consejo de Estado pudo haber sido silenciado por la Constitución de 1978 e, incluso, suprimido por una simple Ley Ordinaria. Al fin y a la postre las funciones de asesoramiento jurídico que le restaban podían ser ya fácilmente cubiertas por otra institución como la Dirección General de lo Contencioso del Estado u otro cuerpo de funcionarios letrados. Y es que imposibilitada la vuelta atrás por el principio de unidad judicial, que impedía atribuirle de nuevo funciones judiciales como en sus orígenes decimonónicos, y por el principio democrático de plena responsabilidad del Gobierno en la función ejecutiva y ejercicio de la potestad reglamentaria, incondicionadas, en principio, por exigencias de dictámenes o consultas preceptivas y, menos aún, vinculantes, la lógica constitucional llevaba al silenciamiento del Consejo de Estado y a la derogación de la ley que venía rigiendo desde el régimen político anterior.

Sin embargo, el Consejo de Estado salvó su vida y aseguró su continuidad institucional porque las Constituyentes de 1978 lo citaron para exigir su dictamen preceptivo en el ejercicio de la delegación de ma-

terias de titularidad estatal a las Comunidades Autónomas (art. 153) y, sobre todo, porque, en función de lo dispuesto en el artículo 107, lo configuraron como *supremo órgano consultivo del Gobierno*, remitiendo a una Ley Orgánica la regulación de su composición y competencia.

En todo caso, la caracterización del Consejo de Estado como órgano consultivo del Gobierno —y no en asuntos de gobierno y administración, como decía el artículo 93 de la Constitución de 1931— parecía significar claramente que sólo lo sería de la Administración del Estado, y no de las Comunidades Autónomas y de los Entes locales, como efectivamente lo ha convertido la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, y la Ley de las Bases del Régimen local de 2 de abril de 1985 (art. 48), dejando, pues, las cosas tal y como estaban antes de la Constitución. Pero la continuidad del Consejo en los términos de la Ley de 1944 quedó además asegurada por la citada Ley Orgánica de 1980, que lo configura también como órgano consultivo, con separación orgánica del Gobierno, pero cuyos miembros son todos, en su inmensa mayoría, de nombramiento gubernamental, como se verá, y con iguales competencias a las que ejercía el Régimen anterior.

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

La calificación como *órgano de control* parece la más adecuada, en términos generales, con esos datos de la independencia funcional y de la intervención preceptiva, que parecen establecidos en función de asegurar o preservar determinadas aplicaciones del Ordenamiento jurídico de una intervención e interpretación exclusiva del Gobierno o de la Administración, por muy bien que pudiera estar asesorada por otros órganos. En otras palabras, la intervención del Consejo de Estado no parece impuesta tanto por la necesidad misma del asesoramiento técnico que sus dictámenes puedan comportar, sino con una finalidad *cuasi-fiscalizadora*, orientada a que el Gobierno y la Administración sigan en esas materias el parecer del Consejo de Estado, so pena y sanción de que sus actuaciones, o bien no sean válidas, si se omite la petición de informe, o sufran una cierta desautorización material —no formal, porque la decisión contraria a las consultas es válida— si el Gobierno o la respectiva Administración deciden en contra de la opinión de aquél. Además, cuando el informe del Consejo de Estado no sólo es preceptivo, sino también vinculante, es obvio que se convierte en copartícipe de la competencia, ya que no cabe más decisión válida que la que es conforme con su opinión.

La caracterización como órgano de control pese al apelativo de consultivo se desprende, asimismo, de las garantías de que se le inviste, que son las propias de los órganos judiciales —«*ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia*»— y por la finalidad de sus intervenciones —«*velará por la observancia de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico*»— propia también de aquéllos.

El control que ejerce el Consejo es básicamente jurídico, pero puede extender sus opiniones a la oportunidad y conveniencia de los proyectos de disposiciones y resoluciones que se le consultan «*cuando lo exijan, la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines*».

Ahora bien, si el Consejo de Estado controla, más que auxilia y asesora, al Gobierno y a otras Administraciones Públicas es normal que el ejecutivo trate a su vez de controlar en lo posible su funcionamiento. Para esto dispone de la facultad de nombramiento de su Presidente y de los Consejeros permanentes y electivos. Además, la Ley de Medidas de la Función pública, de 2 de agosto de 1984, intentó relativizar la independencia del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado, al fusionar a sus funcionarios con los Cuerpos de Letrados del Ministerio de Justicia y los Abogados del Estado en un nuevo colectivo, los Letrados del Estado (Disposición Adicional Novena). Pero dicha disposición fue declarada inconstitucional, en lo que se refiere al Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado, por carecer de rango suficiente para modificar la regulación de la Ley Orgánica del Consejo de Estado en que dicho Cuerpo se reguló (STC de 11 de junio de 1987).

Fuera de las materias en que es preceptivo su dictamen, el Consejo de Estado actúa como *órgano consultivo* en cualquier asunto que lo estimen oportuno el Gobierno, los Ministros o las Comunidades Autónomas. Esta vía se utilizará normalmente, más que por la real necesidad de la asistencia técnica, para supuestos en que el órgano consultante desee reforzar o descargar parte de la responsabilidad de su decisión en las *autoritas* institucional del Consejo.

Por último, el artículo 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 ha convertido al Consejo de Estado, pero sólo parcialmente, en *órgano constitucional decisorio* de las competencias entre la Administración y los Tribunales. En la tradición de nuestro Derecho público esa función estaba atribuida al Jefe del Estado; al Consejo de Estado, como se dijo, solamente le correspondía dictaminar sin carácter vinculante. Ahora, con la creación de un órgano paritario de dos Magistrados del Tribunal Supremo y tres Consejeros Permanentes del Consejo de Estado, presidido por el Presidente del Tribunal Supremo con voto de calidad, va a participar directamente a través de estos Conse-

jeros en la toma de decisiones sobre conflictos de jurisdicción que se imponen al Gobierno y a las Administraciones públicas, adquiriendo así sobre ellas y los Tribunales una dimensión de superioridad política y jurídica, que tampoco se corresponde con su caracterización como órgano consultivo del Gobierno.

A propósito de esta función, la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/1990, de 29 de marzo, ha declarado —frente a la pretensión de algunas Comunidades Autónomas de que cuando los conflictos les afectasen los Consejeros de Estado fuesen sustituidos por representantes de la respectiva Comunidad— que la Comisión no es un órgano de composición paritaria, integrado por representantes de las partes en conflicto, que ostenta capacidad y disposición sobre el objeto de la controversia, pues, en definitiva, tanto la jurisdicción que corresponde a los Tribunales como la competencia propia de la Administración son irrenunciables, no existiendo sobre ellas facultad alguna de disposición o transacción, afirmando asimismo que, a pesar de estar definido en la Constitución como Supremo Órgano Consultivo del Gobierno, el Consejo de Estado tiene «en realidad el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece», resultado así de su composición y de sus funciones consultivas que se extienden también a las Comunidades Autónomas.

E) COMPOSICION

Además del Presidente, nombrado libremente por el Consejo de Ministros sin necesidad de cualificación profesional alguna, el *Pleno* del Consejo se compone de los Consejeros Permanentes, Consejeros Natos, Consejeros Electivos y el Secretario General.

Los *Consejeros Permanentes* constituyen el elemento estable y profesional del Consejo, y les corresponde la Presidencia de las Secciones en que se divide el Consejo, y junto con el Presidente y el Secretario General forman la Comisión Permanente. Curiosamente, los Consejeros Permanentes son los titulares de cargo público más protegidos de todo el Estado, pues son nombrados con carácter inamovible sin límite de tiempo. Esta garantía de independencia resulta excesiva si se compara con la limitación temporal en cargos estatales necesitados por su función de una superior estabilidad, como los Magistrados del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional y los miembros del Consejo General del Poder Judicial, de una permanencia indefinida en suma, que les ponga a cubierto de la necesidad de obtener compensaciones,

en forma de otros nombramientos del Poder Ejecutivo, al término de su mandato.

Los *Consejeros Electivos* son nombrados por un período de cuatro años, entre personas que han ostentado cargos relevantes en cualquiera de los poderes del Estado (Diputados, Senadores, Ministros, Presidentes de Autonomías, Embajadores, Rectores de Universidad, Magistrados del Tribunal Constitucional, etc.).

Son *Consejeros Natos* los que ostentan determinados cargos públicos que, con excepción del Presidente del Consejo General de la Abogacía y de los Presidentes de las Reales Academias (Española, de Ciencias Morales y Políticas, y de Jurisprudencia y Legislación), son todos, como los anteriores, de nombramiento gubernativo (Fiscal General del Estado, Director General de lo Contencioso, Presidente de la Comisión General de Codificación, Director del Centro de Estudios Constitucionales).

El Consejo de Estado está asistido por el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado. De entre los Letrados se nombra el Secretario General del Consejo. Las unidades operativas del Consejo son las Secciones, en número de ocho, presididas, como se dijo, por un Consejero Permanente.

F) COMPETENCIAS

El Consejo de Estado debe emitir informes en cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno o los Ministros o las Comunidades Autónomas a través de sus Presidentes. Asimismo, el Pleno o la Comisión Permanente podrá elevar al Gobierno propuestas que juzgue oportunas acerca de cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugiera.

Pero las más importantes competencias son las de informe preceptivo en las que, como se ha dicho, el Consejo de Estado actúa como órgano de control jurídico, distinguiendo la Ley Orgánica las que debe emitir el Pleno de las que correspondan a la Comisión Permanente.

El *Pleno* deberá ser consultado sobre materias que se refieren al *ejercicio de la función legislativa y reglamentaria*, como sobre los proyectos de decretos legislativos, es decir, los que desarrollan una Ley de Bases, anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento, o desarrollo de tratados, convenios, o acuerdos internacionales, y anteproyectos de Ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia y funcionamiento del Consejo de Estado.

Asimismo el Pleno deberá informar en materia de *relaciones internacionales* sobre las dudas o discrepancias que surjan en la interpreta-

ción o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales en los que España sea parte, acerca de los problemas jurídicos que suscite la interpretación o cumplimiento de los actos y resoluciones emanadas de Organizaciones internacionales o supranacionales y sobre las reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional. También deberá informar sobre las transacciones judiciales y extrajudiciales acerca de los derechos de la Hacienda Pública y para sostenimiento o arbitraje de las contiendas que se susciten respecto a las mismas, sobre la separación de Consejeros Permanentes, y sobre los asuntos de Estado a los que el Gobierno reconozca especial trascendencia o repercusión (art. 21 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado).

Aunque el informe parece configurarse en estas materias como preceptivo, su omisión no tendrá consecuencias jurídicas puesto que el posterior acto de Gobierno o da lugar a leyes, no fiscalizables judicialmente, al menos por ese motivo, o no da lugar a actos administrativos como ocurre en la mayoría de las eventuales consultas sobre problemas internacionales.

La realidad es que la función ordinaria del Consejo de Estado se canaliza a través de las competencias que tiene asignadas la *Comisión Permanente*, y que en número de diecinueve asuntos se relacionan en el artículo 22. Sobresalen aquellas cuestiones que tienen relación con control de la potestad reglamentaria que se ejercite en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales o en ejecución de las Leyes, así como de sus modificaciones.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de mayo y de 2 de junio de 1987 (Ponente, González Navarro), confirmadas por las de 2 junio de 1987 y 25 de abril de 1989, pusieron en entredicho esta competencia al privar de la sanción de nulidad a los reglamentos dictados en ejecución de ley sin previo dictamen del Consejo de Estado, aduciendo que dicho informe es un trámite que tiene por finalidad efectuar *ex ante* un control de la legalidad de la norma que se pretende elaborar y que puede ser suplido por razones de economía procesal por el control *ex post* del Tribunal Supremo durante el proceso. Señalan también que «resulta imposible encontrar en el ordenamiento en vigor apoyatura alguna en favor de la tesis de que el Reglamento ejecutivo necesite para su perfección de la concurrencia de dos voluntades, la del Consejo de Estado y la del Gobierno».

La Sala Especial de Revisión confirmó esta doctrina en la Sentencia de 29 de octubre de 1987 (Ponente, Paulino Martín). En contra, la Sentencia, también de la Sala Especial de Revisión, de

10 de mayo de 1989 (Ponente, Mendizábal) afirma que «a través del informe preceptivo el Consejo de Estado ejerce un control preventivo que no es mero formalismo, corrupción o perversión de la forma, sino que actúa como una garantía profiláctica, preventiva, para asegurar en lo posible el imperio de la Ley, por lo que no es correcto volatilizar este trámite de informe sobre el conjunto de la disposición y sustituirlo por un control judicial posterior casi siempre casuístico o fragmentario y siempre eventual, normalmente tardío y, en definitiva, escasamente eficaz».

También ha quedado descartada la obligatoriedad de la consulta al Consejo de Estado de las disposiciones que en ejecución de leyes aprueben las Comunidades Autónomas cuando tengan competencia exclusiva sobre la materia. Así lo afirman las Sentencias de 17 de febrero y 6 y 21 de junio de 1988 (Ponente, González Navarro).

También deberá informar la Comisión Permanente sobre determinados supuestos de relaciones del Estado con las Comunidades Autónomas, como los anteproyectos de Ley Orgánica de transferencia o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas; control del ejercicio de funciones delegadas por el Estado a las Comunidades Autónomas, e impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo o posterior a la interposición del recurso. En este último caso el Gobierno acordará en la misma sesión, interponer el recurso y formular la consulta.

También se asignan a la Comisión Permanente las tradicionales competencias consultivas sobre los conflictos de atribuciones entre los distintos Departamentos Ministeriales; sobre nulidad, interpretación y resolución de los contratos y concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del contratista; concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito; y concesión de monopolios y servicios públicos monopolizados.

De posterior atribución —pues tienen su origen en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado o en la Ley de Procedimiento Administrativo— son las de informar los recursos administrativos de súplica o alzada que deban conocer en virtud de disposición expresa de una Ley, el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno o la Presidencia del Gobierno, recursos administrativos de revisión, así como la revisión de oficio de los actos administrativos en los supuestos previstos por las Leyes, y sobre reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado.

A la Comisión Permanente se atribuye asimismo y con carácter residual todo asunto en que se diga que debe consultarse a la Co-

misión Permanente o al Consejo y no se atribuya la consulta al Pleno.

No el Consejo de Estado como Corporación, pero sí sus miembros más profesionales, los Consejeros Permanentes y los Letrados, pueden, según una vieja tradición de la que prácticamente no se ha hecho uso, ser investidos por el Gobierno de determinadas misiones, que la Ley Orgánica define como «*desempeño de cometidos especiales y participación en comisiones de estudio para cuestiones de singular relevancia o interés público*».

G) FUNCIONAMIENTO

Corresponde a las secciones preparar el despacho de aquellos asuntos en que hayan de entender el Pleno o la Comisión Permanente y a esta última desempeñar la ponencia de todos los asuntos en que el Consejo en Pleno haya de entender. Ante el Consejo pueden ser oídos los directamente interesados en los asuntos sometidos a consulta, por acuerdo del Presidente, de oficio o a petición de aquéllos. La audiencia se concederá en todo caso cuando en la consulta esté directamente interesada una Comunidad Autónoma, y así lo manifieste. El Consejo puede solicitar directamente del órgano consultante que se complete el expediente con cuantos antecedentes, informes y pruebas estime necesario, incluso con el parecer de los Organismos o personas que tuvieren notoria competencia en las cuestiones relacionadas con los asuntos sometidos a dictamen. También les puede invitar a informar ante el Consejo, por escrito o de palabra.

La regla del secreto sobre el contenido de las deliberaciones y de los términos de la votación se impone a todos los miembros del Consejo y personal auxiliar en todo tiempo y sobre las propuestas y acuerdos únicamente, mientras no estén resueltos (art. 8 del Reglamento Orgánico, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio).

En cuanto a los dictámenes, no son vinculantes, salvo que la Ley disponga lo contrario. Ahora bien, separándose de lo que es habitual en los órganos consultivos, y como una reminiscencia de cuando el Consejo de Estado ejercía funciones judiciales, se establece una limitación y una carga formal.

La limitación afecta a los Ministros, quienes pierden la competencia en favor del Consejo de Ministros para resolver aquellos asuntos en que, siendo preceptiva la consulta al Consejo de Estado, el Ministro consultante disienta del dictamen de aquél. Si el Ministro resuelve por sí mismo es obvio que su acuerdo estaría afectado de un vicio de incompetencia jerárquica.

La carga formal, cuya inobservancia, por otra parte, no tiene ninguna sanción o relevancia jurídica, consiste en que en los casos de disenso, el órgano que ha solicitado la consulta debe hacer constar en la resolución que ésta se adopta «oído el Consejo de Estado», lo que equivale a decir que no se ha seguido su opinión.

Para asegurar en todo caso la preeminencia del Consejo sobre cualquier otro órgano de análogo o similar carácter, se impone la regla de que en los asuntos que éste hubiera dictaminado no podrán remitirse después a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración del Estado y en los que hubiera dictaminado la Comisión Permanente sólo podrá informar el Consejo de Estado en Pleno.