

# El fracaso en España del modelo francés de Consejo de Estado (1845-1904)

«Siempre que se ha tratado de transformar lo contencioso-administrativo, y de sacarlo del Consejo de Estado, el Consejo de Estado ha muerto; y es que el Consejo de Estado no tendría razón de ser sin lo contencioso-administrativo»<sup>1</sup>.

*SUMARIO:* I. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DEL *CONSEIL D'ÉTAT* ENTRE 1799 Y 1872. 1. De órgano de apoyo a órgano de jurisdicción retenida. A) La separación de la Administración activa. B) La independencia de sus miembros. 2. El *Conseil d'État* como órgano de jurisdicción delegada. II. LA IMPORTACIÓN DEL MODELO: EL CONSEJO REAL. 1. Los antecedentes: el Consejo de Estado en el programa político de los moderados. 2. El Consejo Real. 3. Del Consejo Real al Consejo de Estado. III. CRISIS Y SUSTITUCIÓN DEL MODELO: LA LLAMADA LEY SANTAMARÍA DE PAREDES Y EL TRIBUNAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. IV. ALGUNAS PERVIVENCIAS DEL CONSEJO DECIMONÓNICO. 1. Los reglamentos «ejecutivos». 2. El voto particular. 3. El carácter habilitante de los dictámenes preceptivos.

El Consejo de Estado español presenta la curiosa peculiaridad de ser un órgano únicamente consultivo, especialización que no concurre ni en el francés, ni en el italiano, ni en el belga, con los que sin embargo comparte un origen común. En todos los

---

<sup>1</sup> Manuel DANVILA, intervención en los debates sobre el proyecto de Ley de lo contencioso-administrativo, *Diario de Sesiones del Congreso*, núm. 7, de 9 de diciembre de 1887, pág. 129.

sistemas jurídicos citados, la función consultiva del Consejo de Estado tiene la impronta que le da el ser ejercida por el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa: sus dictámenes cumplen una importante función preventiva y su efecto es claramente superior al de una mera opinión. Pese a la opinión del diputado conservador Manuel Danvila, el Consejo de Estado español ha conseguido sobrevivir a la amputación del contencioso, que se produjo formalmente en 1904, pero que de hecho se había producido en 1888, con la creación de un Tribunal contencioso-administrativo, aunque formalmente continuase vinculado al Consejo.

Esta supervivencia puede explicarse quizá porque la amputación de cometidos jurisdiccionales no fue tan completa como pudiera parecer. El Consejo de Estado ejercía una labor sustitutiva de lo contencioso-administrativo en materias exentas de control jurisdiccional, como podían ser los reglamentos ejecutivos hasta la entrada en vigor de la Ley de 27 de diciembre de 1956. Pero además ejercía funciones de jurisdicción retenida: en materia de funcionarios, a través del llamado recurso de agravios, entre 1944 y 1956; o respecto a los conflictos de jurisdicción, hasta la creación del Tribunal de conflictos jurisdiccionales en 1985. E incluso funciones de jurisdicción delegada, como era el caso de su dictamen vinculante que era requisito indispensable para la ejecutividad de las decisiones de los Tribunales de honor. Pese a ello, desde 1904 el Consejo de Estado se ha visto sometido a constantes dudas sobre su función y posición institucional que, en gran medida, están sin resolver<sup>2</sup>.

En todo caso, el examen de la historia del Consejo de Estado entre 1845 y 1904 exige un estudio, siquiera somero dadas las dimensiones del trabajo, sobre la implantación y fracaso en España de un sistema de contencioso-administrativo muy similar al francés. En cierto modo, el Consejo de Estado actual es uno de los restos de ese naufragio.

---

<sup>2</sup> *Vid.*, desde diferentes perspectivas, A. PÉREZ-TENESEA HERNÁNDEZ, «Perspectivas del Consejo de Estado», en *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 22, 1979, págs. 239-250; T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de Derecho», en el vol. col. *Gobierno y Administración en la Constitución*, IEF, Madrid, 1988, págs. 207-239 y G. GARCÍA ÁLVAREZ, *La función constitucional del Consejo de Estado*, Cedecs, Barcelona, 1996.

## I. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DEL *CONSEIL D'ÉTAT* ENTRE 1799 Y 1872

El arquetipo de Consejo de Estado es sin duda el napoleónico, del que en gran medida se extraen las características descritas por WEBER<sup>3</sup>. Sin embargo, el Consejo de Estado francés y su evolución más allá de la caída del Imperio en 1814 no se traen a colación por eso, sino porque constituyó el modelo para la implantación entre nosotros de una jurisdicción contencioso-administrativa que vino a racionalizar en alguna medida el complejo sistema anterior, en el que se entrecruzaban las competencias de los jueces ordinarios con la de los jueces administrativos especiales. Su historia, fundamentalmente el otorgamiento de la jurisdicción delegada en 1872, marca una evolución distinta de la experimentada por el Consejo de Estado español; es la muestra de lo que podía haber sido y no fue.

Sin embargo, el Consejo de Estado napoleónico no había surgido como un órgano jurisdiccional, sino como un cuerpo con funciones de apoyo y, por ello, sus miembros eran nombrados y separados libremente y su distancia de la Administración activa —más correctamente, de la autoridad política o administrativa a la que asesoraba— era inexistente. Bonaparte diseñó su Consejo de Estado como un instrumento para acrecentar su poder personal. No quería un órgano que actuase como contrapoder dentro del Ejecutivo, sino que dependiese de él absolutamente, tanto por el modo de nominación y cese de sus miembros, como, sobre todo, por su carácter consultivo y su consecuente incapacidad para actuar por sí mismo. El modelo en que se inspiró parece haber sido el del Jefe apoyado por su Estado Mayor, un modelo propio de la organización militar.

Sin embargo, la institucionalización del régimen produciría la necesidad de rodear de garantías la acción del poder, fundada en el designio de ampliar su base social. Esto provocó la atribución al Consejo de Estado de determinadas funciones de control de la Administración. En sentido político, esta acción podría equipararse al restablecimiento del culto católico, al abandono del calendario revolucionario o a la instauración de la «nobleza de imperio». Sin embargo, con ello se puso en marcha un proceso de desarrollo de la jurisdicción administrativa, imparable pero sometido a vaivenes, y que iba a tener su punto de inflexión en 1872, en los albores de la Tercera República, con el paso de

<sup>3</sup> M. WEBER, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1967.

la jurisdicción retenida a un Consejo de Estado dotado de jurisdicción delegada.

Ciertamente, la jurisdicción administrativa contaba con antecedentes, incluso en los regímenes revolucionarios. La doctrina ha señalado cómo ya durante la Convención el Comité de Salvación Nacional conoció de algunos recursos contra actos de los administradores y que aunque fueron frecuentemente rechazados, en algún caso fueron examinados con arreglo a criterios jurídicos, fundamentalmente la incompetencia y el exceso de poder por parte del órgano administrativo autor del acto recurrido <sup>4</sup>. Sin embargo, el contencioso-administrativo no surge como tal sino ligado al Consejo de Estado.

## 1. DE ÓRGANO DE APOYO A ÓRGANO DE JURISDICCIÓN RETENIDA

Como se acaba de señalar, el primer Consejo de Estado era un instrumento al servicio de la preeminencia de Bonaparte en el seno del Ejecutivo. Primero, era el Consejo el órgano que estudiaba y preparaba las reformas, que de este modo se sustraían a la competencia de los ministros. Segundo, los consejeros de Estado contribuían a un control más eficaz de la actividad de los ministros gracias a su posición separada de la estructura ministerial y próxima en un primer momento a los Cónsules y, posteriormente, al Emperador.

Se trata de una estructura que en gran parte se explica en virtud de la personalidad del Primer Cónsul, es decir, el propio Bonaparte. El Consejo de Estado era necesario para estas funciones debido al desconocimiento casi absoluto que éste tenía sobre cuestiones tales como la Administración civil o la fiscalidad, y a su total ignorancia del Derecho privado. En consecuencia, el Consejo de Estado tenía como misión desarrollar el pensamiento, las intuiciones de Bonaparte y, al propio tiempo, contribuir a la formación política del Primer Cónsul, que asistía regularmente a sus sesiones, al menos en una primera época. En otros términos, el Consejo de Estado napoleónico estaba concebido para armonizar una visión política general, aportada fundamentalmente por Bonaparte, con los conocimientos técnicos de sus miembros en materias tales como el Derecho, la Administración, las finanzas

---

<sup>4</sup> Vid. B. MIRKINE-GUETZEVITCH, «De l'étude du contentieux administratif du Gouvernement révolutionnaire», en el vol. col. *Le Conseil d'État. Livre jubilaire*, Sirey, París, 1952, págs. 57-75, esp. págs. 70 y ss.

o la organización militar. Por ello, el Consejo estaba organizado en Secciones especializadas, siendo los contrapesos necesarios a una excesiva especialización la Asamblea General y la participación del propio Bonaparte.

Sin embargo, la misión del Consejo de Estado no se limitaba a garantizar la preeminencia de Bonaparte en el Ejecutivo. También debía contribuir a reforzar al Poder ejecutivo frente a las asambleas creadas por la Constitución del año VIII (el Senado, el Tribunado y el Cuerpo legislativo): los consejeros de Estado eran los encargados de redactar los proyectos de ley e incluso de defenderlos ante el Cuerpo legislativo. Por último, las funciones y los privilegios que confería la condición de consejero de Estado fue un instrumento utilizado por Bonaparte para atraerse a personajes que, de otra manera, habrían militado en la oposición <sup>5</sup>.

Como una prolongación de sus principales funciones, aunque sin una base legal explícita, el Consejo de Estado comenzó inmediatamente a aceptar recursos dirigidos contra los actos de la Administración, creándose en 1806 la Sección del contencioso. La existencia de este control interno, desarrollado en interés fundamentalmente de la racionalidad interna de la actuación administrativa —asimilable a la legalidad— iba a ser un acontecimiento capital. Casi inmediatamente se crea como instrumento dogmático el «recurso por exceso de poder» que, con sus sucesivas aperturas, iba a suponer la creación del Derecho administrativo <sup>6</sup>.

A partir de una configuración como órgano de apoyo inmediato, la atribución progresiva de funciones «cuasi jurisdiccionales» —la instrucción y propuesta de resolución en los recursos contra la Administración— condujeron inevitablemente a la separación, que ha llegado a ser casi total, entre Consejo de Estado y Administración activa. El *Conseil d'État* experimentó este proceso durante un largo período que abarca del 1799 al 1872, año en que se confirió al Consejo de Estado la jurisdicción delegada, por medio de la Ley de 24 de mayo de 1872.

<sup>5</sup> Ch. DURAND, *Études sur le Conseil d'État napoléonien*, PUF, París, 1949, págs. 61-68; sobre la participación de Bonaparte en las sesiones del Consejo de Estado, del mismo autor, *Le fonctionnement du Conseil d'État napoléonien*, Bibliothèque de l'Université d'Aix-Marseille, Gap, 1954, págs. 167 y ss. Véase también, del mismo autor, «La coopération entre le Gouvernement et le Conseil d'État sous le Consulat et le Premier Empire», en el vol. col. *Le Conseil d'État. Livre jubilaire*, Sirey, París, 1952, págs. 77-93.

No obstante lo anterior, cfr. J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, París, 1970, págs. 32 y ss., quien sostiene que el Consejo de Estado nació ya como órgano de justicia administrativa.

<sup>6</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, págs. 194 y ss.

Durante el primer período (1799-1872), el Consejo permaneció estrechamente unido a la Administración activa, pero experimentó variaciones importantes en su situación, su prestigio y su independencia. La doctrina de la responsabilidad política del Ejecutivo y la doctrina de que la soberanía nacional había delegado en el Jefe del Estado la Justicia administrativa, impidieron que durante este período prosperasen las propuestas que propugnaban el otorgamiento de la jurisdicción delegada al Consejo o la creación de un Tribunal administrativo. No obstante, ya durante el Primer Imperio se asentó la costumbre, que se mantuvo durante los diferentes regímenes, de que el Jefe del Estado firmase sin excepción los acuerdos del Consejo tomados en sede contenciosa. Los autores contemporáneos coinciden en afirmar que ninguna decisión de un asunto contencioso fue tomada en contra del dictamen del Consejo de Estado, aunque sí se conocen dos casos —uno bajo la Monarquía orleanista y otro durante el Segundo Imperio— en que la firma de la decisión fue retrasada varios años. En consecuencia, la jurisdicción retenida era más una convención constitucional que una realidad práctica.

#### A) *La separación de la Administración activa*

Durante el Primer Imperio, el Consejo desempeñó el papel de auxiliar del Emperador en el gobierno de Francia y como contrapartida desempeñó sus funciones con una dependencia estricta del Poder ejecutivo. Las discusiones en el seno del Consejo, muy vivas en los primeros tiempos del Consulado, van decayendo durante el Imperio, con grave perjuicio de la independencia del Consejo de Estado, tanto en sede consultiva como en sede contenciosa. Pero esa dependencia se produce en relación al Emperador, no a la Administración, no siquiera a los ministros: el Consejo depende del Emperador y le sirve controlando a la Administración activa.

Durante este período se da un cierto grado de confusión entre la Administración activa y la deliberante: por el artículo 68 del Senado-consulta de 16 de termidor del año X, se otorgó a los ministros la posibilidad de asistir y de intervenir en las sesiones del Consejo de Estado. Por otra parte, no había distinción alguna entre los asuntos consultivos y los contenciosos, que eran examinados por la sección competente en función del ministerio de procedencia. La única especialidad era la obligación de los administradores de un servicio público de abstenerse en la deliberación

de los litigios provocados por los servicios que administrasen (art. 12 del Reglamento de 5 de nivoso del año VIII).

No es sino en 1806 cuando se crea una «Comisión del contencioso», formada por doce miembros, cuya misión era instruir los asuntos contenciosos y preparar una relación de cada uno para la Asamblea General del Consejo (título IV del Decreto de 11 de junio de 1806). Pronto, el hábito de la Asamblea General de aprobar sin modificaciones los proyectos de decisión que le eran sometidos, el carácter estable de sus miembros y la personalidad de alguno de ellos, convirtieron a la comisión en el verdadero Juez administrativo. Incluso se extendió la práctica de una ratificación directa por el Emperador de las propuestas de decisión de la comisión, que no llegaban a pasar por la Asamblea General<sup>7</sup>.

El *procedimiento contencioso* surge con el Decreto de 22 de julio de 1806 que, curiosamente, se inspiraba en la regulación del procedimiento de 1738. Se trataba, sin embargo, de un procedimiento demasiado similar al empleado para la tramitación de las consultas puramente administrativas. La pauta estaba marcada aunque la independencia del Consejo sufriría altos y bajos en los siguientes sesenta años.

Con la Restauración monárquica, el Consejo de Estado es reestructurado por las Ordenanzas de 23 de agosto de 1815 y 26 de agosto de 1824, y pierde toda su importancia política, convirtiéndose en un mero consejero del Gobierno, tanto en sede consultiva como en sede contenciosa. El hecho de que el Consejo de Estado no apareciese en la Carta otorgada, y que por ello fuese atacado como inconstitucional, produjo una precariedad de su situación jurídica que favoreció el aumento de su dependencia. En materia contenciosa, actuando sin una regulación de las normas y del procedimiento digna de tal nombre, la situación era lamentable. Situación atenuada durante esa época de transición que fue la Monarquía orleanista, en que se introdujeron algunas reformas.

La independencia del Consejo de Estado sufrió un retroceso durante la Restauración borbónica, que actualizó el trámite en desuso de deliberación de los asuntos en la Asamblea General (art. 14 de la Ordenanza de 23 de agosto de 1815), de la que formaban parte los ministros, subsecretarios y directores generales (Ordenanzas de 23 de agosto de 1815 y 19 de abril de 1817). Esta orientación sería corregida durante el período de la «Mo-

---

<sup>7</sup> Práctica que incluso sería normativizada, por breve tiempo, en los primeros momentos de la Restauración (art. 9 de la Ordenanza de 29 de junio de 1814).

narquía de julio», que creó un órgano reducido, distinto de la Asamblea General, del que sólo formaban parte los consejeros de Estado en servicio ordinario y el *maître de requêtes* que hubiese elaborado el proyecto de decisión (art. 11 de la Ordenanza de 20 de agosto de 1830), cuyas decisiones eran preparadas por un órgano especializado, el Comité de Justicia administrativa, dividido en dos secciones.

La Segunda República supuso la introducción de numerosas reformas en el régimen jurídico del *Conseil d'État*. Por ejemplo, la jurisdicción delegada. Pero no sólo ésa. El Consejo se transforma en el órgano consultivo de la Asamblea Nacional, que es la que selecciona a sus miembros, y que le dota de una absoluta independencia respecto de la Administración, aunque fuese al precio de una politización que casi lo convirtió en una segunda cámara. En el aspecto organizativo, se formó una «sección de lo contencioso», formada por nueve miembros, con la finalidad exclusiva de ejercer funciones jurisdiccionales. Los consejeros de esta sección siguieron formando parte de la Asamblea General, pero la rotación obligatoria entre secciones desaparece en 1849, y los miembros de la secciones de legislación y de administración —lógicamente más próximos a la Administración activa— no participan ya en los trabajos de la Sección de lo contencioso, como no sea para completar el *quorum* requerido en caso de que fuese necesario. Por otra parte, el procedimiento contencioso se benefició de una reforma radical, durante la que se introdujeron el debate oral, la publicidad de las sesiones y la intervención del Ministerio público (Ordenanzas, respectivamente, de 2 de febrero, 12 de marzo y 9 de septiembre de 1851).

El Segundo Imperio supuso, por el contrario, la vuelta al modelo de Consejo de Estado napoleónico, consagrada por la Constitución de 1852: vuelve a una dependencia estricta del Emperador. Se crea un nuevo órgano, la Asamblea de lo contencioso, formado por los seis consejeros de la Sección de lo contencioso, y por dos consejeros por cada una de las cinco secciones consultivas, designados por el Emperador por plazos de dos años. No obstante, los consejeros de las secciones consultivas no podían participar en el enjuiciamiento de decisiones que hubiesen sido preparadas por un dictamen del Consejo en cuya elaboración hubiesen tomado parte.

## B) *La independencia de sus miembros*

El mismo proceso cabe apreciar por lo que se refiere a la *garantía de la independencia de los miembros* del Consejo de Estado, partiendo de una situación inicial, el artículo 41 de la Constitución del año VIII, en que se establecía la facultad del Primer Cónsul de nombrar y separar libremente a los miembros del Consejo. La primera ruptura de este principio la introdujo el artículo 77 del Senado-consulta de 28 de floreal del año XII, al establecer que los consejeros que hubiesen permanecido cinco años en servicio ordinario, se convertían en vitalicios.

La Restauración supondría un retroceso: el artículo 5 de la Ordenanza de 23 de agosto de 1815 impuso un sistema que, en la práctica, equivalía a la renovación anual de todos los miembros del Consejo. Las Ordenanzas de 1824 y 1828 introdujeron una suavización de este principio, estableciendo para la separación de alguno de los miembros del Consejo, la necesidad de una ordenanza real dictada a propuesta del Ministro de Justicia. El artículo 72 de la Constitución de 1848 confió el nombramiento de los consejeros de Estado a la Asamblea Nacional. Los *maîtres de requêtes* eran nombrados por el Presidente de la República, aunque a propuesta del Consejo de Estado. Los auditores o letrados eran nombrados por concurso. El Segundo Imperio volvió al sistema de la Monarquía de julio, aunque mantuvo el examen de ingreso para los auditores.

El relato anterior es también una muestra de cómo el modelo de Consejo de Estado es estrechamente dependiente del régimen político. VIVIEN hace el relato de los diferentes modelos del Consejo de Estado que se suceden en Francia entre finales del siglo XVIII y mediados del siglo XIX, pero entre ellos destaca dos: el de la breve Segunda República y el del Segundo Imperio<sup>8</sup>.

La Constitución de 1848 erigió el Consejo de Estado en «un gran poder del Estado». El sistema institucional de la Segunda República reposaba sobre una Asamblea única y un Presidente elegidos ambos por sufragio universal. El Consejo de Estado estaba destinado a disminuir las fricciones entre esos dos poderes y ello se plasma en la forma de nombramiento de sus miembros y en las funciones que le son atribuidas. La elección de los consejeros correspondía a la Asamblea nacional, que sin embargo parece haber mantenido la mayor parte de los consejeros de la Monarquía, y de la misma manera, su revocación sólo podía hacerse por la Asamblea a propuesta del Presidente de la Repú-

<sup>8</sup> A. F. A. VIVIEN, *Études administratives*, Cujas, París, 1858 (tercera edición), págs. 93 y ss.

blica. Este origen parlamentario se refleja en su papel en el procedimiento legislativo: se le confía la tarea de preparar las leyes propuestas por el Ejecutivo, pero también podía ser consultado por la Asamblea sobre las propuestas de ley de origen parlamentario. Pero sobre todo se intenta hacer del Consejo un órgano cuya *auctoritas* suponga una limitación para el Presidente de la República en el ejercicio de determinados poderes de carácter marcadamente político en la concepción de la época. El Presidente tenía que consultarle para el ejercicio del derecho de gracia, para la disolución de los Consejo Generales y los Consejos municipales o para revocar a un alcalde. Por último, el Consejo de Estado tenía la función de examinar la actuación de los funcionarios públicos e incluso de los ministros, a petición de la Asamblea nacional o del Gobierno, emitiendo un informe destinado a ser hecho público<sup>9</sup>.

Por otra parte, el Consejo de Estado republicano, cuyos miembros parecen haber sido en gran parte los de la Monarquía, parece haber mantenido en materia administrativa la doctrina de sus predecesores y haber desempeñado con dignidad e imparcialidad sus funciones políticas, velando por el equilibrio entre Ejecutivo y Legislativo. «De esta manera, había adquirido una plaza muy elevada en la confianza de la Asamblea y en la opinión pública»<sup>10</sup>.

Como es lógico, ese Consejo de Estado «no podía sobrevivir a la Constitución de 1848». Después del golpe de Estado de Luis Napoleón, «es el Presidente el que decide su composición, que nombra y revoca sus miembros. La Ley no admite ni la inamovilidad después de un tiempo de ejercicio, como bajo el Imperio, ni la deliberación previa y el parecer favorable del Consejo de Ministros, como bajo la Monarquía de Julio: el derecho de nominación y de revocación corresponde íntegramente y sin condición al Presidente de la República». En estas condiciones el Consejo es «un cuerpo político» pero no para «limitar los derechos del poder ejecutivo; su misión es más bien extenderlos, prestándoles su apoyo, cubriendo los actos que el poder ejecutivo no podría hacer sólo ni directamente sin comprometer seriamente su responsabilidad». VIVIEN no deja de señalar la contraposición inevitable entre las competencias políticas que comportan necesariamente la sumisión estrecha al Presidente de la República y la necesaria independencia en asuntos administrativos o contenciosos<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> A. F. A. VIVIEN, *Études administratives*, cit., págs. 95-98.

<sup>10</sup> A. F. A. VIVIEN, *Études administratives*, cit., pág. 99.

<sup>11</sup> A. F. A. VIVIEN, *Études administratives*, cit., págs. 100-102.

## 2. EL CONSEIL D'ÉTAT COMO ÓRGANO DE JUSTICIA DELEGADA

La segunda etapa se inició con la supresión del principio de justicia retenida, que fue la principal de las reformas introducidas por la Ley de 24 de mayo de 1872 y que supuso una cesura radical en la evolución del Consejo de Estado francés. Esta reforma había sido precedida por la toma de análoga medida para los Consejos de prefectura y ha sido considerada por la doctrina francesa como un desarrollo «natural» del principio constitucional de separación de la jurisdicción administrativa y Administración activa. Además, se trató más de un progreso teórico que con consecuencias prácticas. Se ha dicho que la pérdida de la naturaleza jurídica *cuasi* jerárquica provocó una auténtica crisis en la jurisprudencia del Consejo de Estado y paralizó por unos años el progreso del recurso por exceso de poder, aunque, en mi opinión, la causa más probable de la crisis fue la tremenda purga de 1879, que supuso la salida del Consejo de todos sus miembros con simpatías monárquicas o católicas <sup>12</sup>.

Eso, sin contar con la supervivencia de la jurisdicción delegada en determinados ámbitos: los actos de tutela sobre las entidades locales, hasta entonces considerados como de naturaleza jurisdiccional y en adelante, como de naturaleza administrativa; lo relativo a las presas marítimas; el juicio de los recursos por exceso de poder; el recurso extraordinario contra actos no susceptibles de recurso contencioso, etc. <sup>13</sup>.

En otro orden de cosas, la Ley de 1872 supuso una vuelta a las garantías formales y organizativas de la Monarquía de julio, inferiores a las que se habían alcanzado con la Segunda República. Pero fue lo relativo al estatuto personal de los miembros del Consejo de Estado, el aspecto que produjo una mayor controversia en la época. La Ley de 1872 supuso un avance en la independencia de los consejeros de Estado, al establecer que su nombramiento y separación correspondía a la Asamblea Nacional. Sin embargo, en el artículo 4 de la Ley de 25 de febrero de 1875, la propia Asamblea Nacional volvió sobre sus pasos, otorgando al Jefe del Estado la competencia para nombrar y separar a los consejeros de Estado. Aunque, ciertamente, en la práctica no se produjeron revocaciones políticas después de 1879: los consejeros

<sup>12</sup> Vid. F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, París, 1995, págs. 203-207.

<sup>13</sup> F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, cit., pág. 201. En realidad, estos asuntos venían siendo sustanciados conforme al procedimiento de las consultas administrativas, no al procedimiento contencioso, ya que se entendía que no había intereses de los ciudadanos en juego, sino sólo el interés del Estado (F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, pág. 100).

de Estado iban a gozar desde ese momento de una inamovilidad de hecho <sup>14</sup>.

## II. LA IMPORTACIÓN DEL MODELO: EL CONSEJO REAL

### 1. LOS ANTECEDENTES: EL CONSEJO DE ESTADO EN EL PROGRAMA POLÍTICO DE LOS MODERADOS

En 1845 iba a ocurrir un hecho trascendental para lo que ahora es el Consejo de Estado: la introducción en España de un sistema contencioso-administrativo inspirado en el francés. Este hecho se produce en el seno del fortalecimiento de la Administración pública, elemento central en el programa político de los moderados.

Entre los moderados, iba a tener una clara importancia como inspirador del nuevo sistema Francisco Agustín SILVELA, autor claramente movido por un ansia de modernización y racionalización de un sistema contencioso-administrativo todavía tributario del modelo judicial del Antiguo Régimen y de las regulaciones introducidas durante el Trienio liberal, que supusieron la renuncia al modelo judicialista gaditano <sup>15</sup>.

Tanto SILVELA como el resto de los que pueden ser considerados como los primeros administrativistas españoles, la generación de los «ensayistas», no eran autores movidos por una preocupación teórica, sino administradores y políticos próximos al partido moderado, que propugnan la creación de una Administración fuerte, instrumento de modernización de España y soporte del régimen implantado por una nueva clase de políticos. Esta posición de fortalecimiento de la Administración se percibe claramente en las palabras de un autor contemporáneo, al referirse a los controles <sup>16</sup>:

«Enhorabuena se tenga semejante recelo [contra la Administración] en los gobiernos despóticos, en los que careciendo los súbditos de garantías, la misma facilidad que existe de arrebatarlo todo, la impunidad que acompaña a la

<sup>14</sup> Véase, sobre este tema, J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, cit., págs. 102-120, 199-214 y *passim*.

<sup>15</sup> Vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, págs. 150 y 211-212.

<sup>16</sup> A. GIL DE ZARATE, «Sobre el proyecto de Ley de Ayuntamientos», en *Revista de Madrid*, 1838, p. 99.117, pág. 109 (cito por A. NIETO, *Los primeros pasos del Estado constitucional*, cit., pág. 431).

violencia, incita y provoca al despojo; pero en una nación sujeta al régimen constitucional, donde hay representación nacional, publicidad y libertad de imprenta, donde existe, en fin, la responsabilidad ministerial, la Administración tiene que ser esencialmente benéfica, y al paso que representa los intereses comunes, no le es dado atropellar arbitrariamente los intereses privados. En tales países la Administración necesita quedar con todas sus fuerzas para defenderse: si usa mal de estas fuerzas, la ley no tarda en atajar sus pasos».

Autores como Javier DE BURGOS<sup>17</sup>, Alejandro OLIVÁN<sup>18</sup> o el propio SILVELA, forman «una brillante generación de autores que aciertan a crear, casi de la nada, una Ciencia española que colocan, si bien por poco tiempo, a una altura por lo menos tan digna como la francesa y, desde luego, muy superior a cualquiera de las demás europeas»<sup>19</sup>.

SILVELA publicó en 1839 un volumen o *Colección de proyectos, dictámenes y leyes orgánicas*, también titulado como *Estudios prácticos de Administración*, y cuya introducción, aparte del plan de la obra, contiene un extenso apartado, con el cual se inicia, titulado *De la necesidad de la reforma administrativa*<sup>20</sup>. Al referirse al poder ejecutivo, distinguiéndolo de los otros poderes del Estado, este autor señala:

«La misión de este poder, que también se llama gobierno en su acepción menos lata (...) es sumamente penosa, delicada y difícil. No le basta, como al judicial, aplicar una regla inflexible a hechos consumados y probados: tiene por el contrario que prever los hechos futuros, evitar se verifiquen los que juzga perjudiciales, y cooperar a que se produzcan aquellos cuya existencia conceptúa útil o necesaria a la pública prosperidad. No le basta, como al legislativo, sentar las reglas generales y uniformes: tiene que cuidar de

<sup>17</sup> Sobre Javier DE BURGOS, vid. A. MESA SEGURA, *Labor administrativa de Javier de Burgos*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1946. En este volumen está recogido el texto completo de las dos principales obras de este autor: la *Instrucción a los Subdelegados de Fomento* de 30 de noviembre de 1833 (págs. 156 y ss.) e *Ideas de Administración*, publicada en 1841 (págs. 220 y ss.).

<sup>18</sup> Sobre este autor, vid. el «prólogo» de E. GARCÍA DE ENTERRÍA a A. OLIVÁN, *De la Administración pública con relación a España*, IEP, Madrid, 1954 (edición por la cual se cita), J. GASCÓN Y MARÍN, «Oliván y la Ciencia de la Administración», en el vol. col. *Centenario de los iniciadores de la ciencia jurídico-administrativa española*, IEAL, Madrid, 1944, págs. 9-22, y L. MARTÍN-RETORTILLO, «Un retrato y un discurso de Alejandro Oliván», en *RAP*, núm. 57, 1968, págs. 379-406.

<sup>19</sup> A. NIETO, «Apuntes para una historia de los autores de Derecho administrativo general español», en *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, INAP, Madrid, 1983, págs. 17-67, pág. 22.

<sup>20</sup> F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos, Dictámenes y Leyes Orgánicas o Estudios prácticos de Administración*, Imprenta Nacional, Madrid, 1839, págs. III a XXXII.

su ejecución, descender a infinidad de pormenores sutiles y variables, según las circunstancias y las localidades, y suplir a cada instante la falta, la insuficiencia o el silencio de la ley»<sup>21</sup>.

Con estas palabras SILVELA pone de relieve uno de los elementos que le caracterizan, a él y al resto de los «ensayistas»: lejos de acoger el esquematismo del binomio ley-tribunales, atribuye el mayor protagonismo a la labor administrativa, aunque identifique la Administración con el poder ejecutivo<sup>22</sup>.

SILVELA, como el resto de los autores de su generación, prescinde de cualquier vinculación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo. La razón probable es su tendencia política, su filiación moderada, que le lleva a prescindir de toda referencia a la Constitución progresista de 1837, que desea ver derogada. En este sentido, GALLEGO ANABITARTE ha señalado que el primer saber administrativo «constituyó el elemento técnico para imponer el modelo político administrativo del partido moderado frente al progresista»<sup>23</sup>.

La generación de los «ensayistas» presenta dos características comunes. La primera, una profunda influencia del Derecho administrativo francés, probablemente producto tanto del influjo que ejercía sobre toda Europa el modelo de la Administración napoleónica, como de su respectiva trayectoria vital<sup>24</sup>. Sin embargo, ha de hacerse notar que la recepción del Derecho francés no se hizo a partir de obras de primera fila, sino de las de autores franceses secundarios como BONNIN, BOURBON-LEBLANC y GANDILLOT<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos...*, cit., pág. VII.

<sup>22</sup> PAREJO considera que es determinante en estos primeros desarrollos del Derecho administrativo la ausencia de un Estado fuerte y la continuidad en el ideal ilustrado de la Administración fomento, que comportó la persistencia de los conceptos del «principio de autoridad» y de la «realización imperativa desde el mismo del bienestar colectivo, del bien común, inherentes al viejo Estado absoluto ilustrado» (L. PAREJO ALFONSO, *El concepto del Derecho administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pág. 77).

<sup>23</sup> A. GALLEGO ANABITARTE, «Las asignaturas de Derecho político y administrativo: el destino del Derecho público español», en *RAP*, núms. 100-102, 1983, págs. 706 y ss., pág. 731, también pág. 739, nota 42.

<sup>24</sup> NIETO recuerda que Francisco Silvela nació y se educó en París, educación francesa que comparte con Alejandro Oliván, quien al igual que Javier de Burgos, hubo de exiliarse al país vecino (A. NIETO, «Apuntes para una historia de los autores de Derecho administrativo», cit., pág. 23).

<sup>25</sup> En 1839, SILVELA se referiría, como ejemplos de autores de tratados de administración a estos tres autores y sus obras, «que son los tres tratados que tenemos traducidos en castellano» (F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos...*, cit., pág. XXXVI, en nota), *vid.* también J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1973, pág. 127, nota 47.

La segunda, que estos autores no conciben a la Administración como el objeto de una rama jurídica, sino como una empresa política tributaria de la «mitología de la Administración de fomento» ilustrada<sup>26</sup>. Ésta sería la base ideológica para la construcción de la poderosa Administración centralizada de inspiración napoleónica, que dominará el panorama español durante más de un siglo.

Fue probablemente la afirmación del destacado protagonismo de la Administración pública en el proceso de modernización de España, de transformación de sus estructuras sociales, políticas y económicas, lo que llevó al reconocimiento o al mantenimiento de una serie de privilegios exorbitantes en su régimen jurídico. La concreción de esos privilegios tuvo lugar durante la denominada «década moderada», durante la cual se fueron asentando los fundamentos para la edificación de nuestra moderna Administración pública<sup>27</sup>. Durante esta época habrían surgido o se habrían asentado la prohibición de interdictos, el privilegio de inembargabilidad, la exigencia de reclamación administrativa previa, la autorización administrativa previa para procesar a los empleados públicos y, finalmente, el contencioso-administrativo<sup>28</sup>. Precisamente en este contexto y como uno de los ejemplos más destacables se aprueba la Ley de Organización y atribuciones del Consejo Real de 6 de julio de 1845, que culminó la importación del modelo francés de justicia administrativa, iniciada unos meses antes con la Ley de Organización y atribuciones de los Consejos provinciales de 2 de abril de 1845. Tanto el contenido de ambas leyes, como el mismo orden en que fueron aprobadas, estuvieron claramente inspiradas en la obra de SILVELA.

En sus *Estudios prácticos de Administración*, SILVELA incluye dos documentos directamente ligados a contenidos relacionados con el tema de este trabajo. Por un lado, aparece la proposición de Ley presentada al Congreso de los Diputados en la sesión de 12 de noviembre de 1838 por el propio SILVELA, sobre «organización y funciones de los Consejos de Provincia» (págs. 181-235) y, por otro lado, incluye en el apéndice el Dictamen de la Comisión del Senado, presentado en 29 de enero de 1839, acerca del

---

<sup>26</sup> SANTAMARÍA señala cómo «la mitología de la Administración de fomento, que Burgos supo insuflar en los estertores del Antiguo Régimen, no tenía nada o muy poco que ver con el Derecho administrativo, esto es, con un Derecho administrativo basado en el principio de legalidad», pero pese a ello «condicionó su nacimiento con tanta o mayor eficacia que la misma influencia de la doctrina francesa» (J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español*, cit., págs. 127 y ss.).

<sup>27</sup> Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *La defensa en Derecho del Estado*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 30.

<sup>28</sup> J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho administrativo español*, cit., págs. 149 y ss.

proyecto de ley relativo a la creación de un Consejo de Estado (págs. 305 a 322). El objeto de esta inclusión era, entre otros, «ofrecer a los legisladores, por decirlo así, el cuadro de los asuntos pendientes, y facilitar de algún modo sus tareas», como dice el autor <sup>29</sup>.

De ambos documentos, el primero es el que tiene mayor interés para comprender la posición del Partido moderado, por cuanto incluye una descripción bastante precisa del modelo contencioso-administrativo que se pretende introducir. Con él se pretende poner fin a la situación existente. La supresión de las jurisdicciones administrativas especiales parece considerarse como un beneficio indiscutible:

«De muy antiguo, a la verdad, existen juzgados privativos y privilegiados», pero «el formar una sola y única jurisdicción de muchos de ellos; el convertir aquellos juzgados pretoria-nos en salas de justicia administrativa, puede ser una feliz innovación de nuestros días» <sup>30</sup>.

Sin embargo, la supresión de las competencias judiciales sobre la actividad administrativa era evidentemente un aspecto más controvertido. Desde luego, SILVELA reconoce que el sistema judicialista tiene «la ventaja de dar suficientes garantías al interés individual; pero sería a costa de haber quitado sus fueros al interés general; a costa de haber ahogado a la Administración entre interminables dilaciones». No obstante, el principal inconveniente no sería el de índole práctico, sino la merma de legitimidad que el control judicial supone:

«... el ir a buscar su validez definitiva los actos administrativos en un poder extraño ¿dejaría de debilitar hasta el extremo su prestigio y su fuerza moral? ¡Y quién sin prestigio y sin fuerza moral se atrevería a mandar! ¿Estaría seguro de hacerse obedecer el gobierno que sólo pueda decir al súbdito: “cumple por hoy, no porque yo tenga razón, que de eso ni tú ni yo nada sabemos; pero mañana podrás burlarte de mí si nuestro juez común decide en tu favor?”» <sup>31</sup>.

Igualmente rechazable considera SILVELA la jurisdicción delegada, la creación de tribunales administrativos independientes: «¿quién duda de que, a pesar de su título, más bien pertenecerían al orden judicial que al administrativo?» <sup>32</sup>.

<sup>29</sup> F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos...*, cit., pág. XXXIV.

<sup>30</sup> F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos...*, cit., pág. 186.

<sup>31</sup> F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos...*, cit., pág. 188.

<sup>32</sup> F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos...*, cit., pág. 188.

En consecuencia, la única solución aceptable parece haber sido la jurisdicción retenida. SILVELA considera «un dogma constitucional» que

«el supremo administrador del Estado debe ser, al propio tiempo, el juez supremo de las contiendas administrativas, bajo la responsabilidad de sus ministros»<sup>33</sup>.

En las páginas siguientes SILVELA va a desgranar los elementos que deben articular el modelo que propugna: un Consejo de Estado, unos consejos de provincia y, eventualmente, unos consejos de partido.

El Consejo de Estado habría de preparar lo necesario para asegurar el acierto de la decisión, utilizando para ello «todas las formas jurídicas para asegurar más y más el acierto», pero «no resolver por sí», sino limitarse a «presentar sólo proyectos de decretos que el Rey aprueba o desecha, porque él es quien juzga; y que los ministros refrendan o no, porque sobre ellos pesa la responsabilidad»<sup>34</sup>. SILVELA va más allá: no sólo el Consejo de Estado debe tener limitadas sus facultades a la propuesta de resolución, sino que «los consejeros no han de ser vitalicios, sino amovibles». En caso de discrepancias graves, el Gobierno debe poder obtener del Rey la destitución del o de los consejeros que no sintonicen con el ministerio. «De no ser así, fluctuaría cada ministro entre dos alternativas igualmente imposibles para él: o firmar despropósitos empleando consejeros inhábiles, o quedar desprovisto de auxiliares indispensables, no valiéndose de ellos». Todavía más:

«Desde el punto en que los consejeros fuesen inamovibles, sus fallos serían de hecho irrevocables; cesaría la responsabilidad ministerial, y con ella la vigilancia que ejercen sobre el gobierno los cuerpos colegisladores»<sup>35</sup>.

De ahí que SILVELA considerase la implantación de una jurisdicción contencioso-administrativa siguiendo el modelo francés de jurisdicción retenida no como una mera cuestión de conveniencia, sino como un «dogma constitucional». Sin embargo, lo que vale para el Consejo de Estado no debe valer para los consejos de provincia: sería «un absurdo, y un absurdo peligroso, como todos los absurdos en política». La razón es práctica:

<sup>33</sup> F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos...*, cit., pág. 189.

<sup>34</sup> F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos...*, cit., pág. 192.

<sup>35</sup> F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos...*, cit., pág. 193.

«En la imposibilidad de enterarse de todos los negocios, los ministros tendrían que aprobar sin examen los proyectos de resolución; y para este caso no les ofrece iguales garantías el consejo de provincia que el de Estado» y «a tanto no llega a comprometerse ningún ministro honrado»<sup>36</sup>.

En consecuencia,

«El rey *ejercerá* por sí el poder administrativo judicial, bajo la responsabilidad de sus ministros, mientras racionalmente pueda hacerlo: pasada aquella línea de posibilidad racional, lo *delega*»<sup>37</sup>.

Como resultado de lo anterior, los consejos de provincia deberían dictar sus propias resoluciones: tendrían jurisdicción delegada. Pero contra sus resoluciones cabría recurso ante el Consejo de Estado. Además, cada consejo provincial —compuesto por cuatro miembros dotados de «cuasi inamovilidad»— habrá de estar presidido por un delegado del gobierno con voto dirimente en caso de empate. Es decir, que en palabras de SILVELA,

«La presencia de un delegado del gobierno en el consejo; la revisión de los juicios, en caso necesario, por el poder supremo, no pueden menos de asegurar su parte al interés general»<sup>38</sup>.

Como ya se ha señalado, SILVELA incorpora también a su libro, aunque como apéndice al mismo, el dictamen de la Comisión del Senado de 29 de enero de 1839, relativo al proyecto de Ley para la creación de un Consejo de Estado. Se trata de un texto de menor altura y mucho más breve<sup>39</sup>. En él se muestra el acuerdo de la Comisión «en que se titule *consejo de estado*: palabra que en un sentido lato lo abraza todo, y que no pugna con nuestras tradiciones»<sup>40</sup>. Este órgano habrá de ser «un cuerpo misto (sic) de *consultivo* y *judicial*, sin entrometerse a ejercer actos

<sup>36</sup> F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos...*, cit., pág. 194. La cursiva en ésta y las siguientes citas corresponden al original.

<sup>37</sup> F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos...*, cit., pág. 197.

SILVELA rechaza también la posibilidad de que fuese el jefe político de la provincia a quien se propusiesen los proyectos de sentencia y quien tuviese la última palabra. Éste, para dar o denegar la aprobación, precisaría de la delegación del Rey. «Y si de todos modos hemos de venir a parar a la delegación ¿no es preferible que ésta se verifique en un tribunal colegiado que en una sola persona?; ¿a qué derogar nuestra legislación para restablecer lo mismo, un solo juez?» (F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos...*, cit., págs. 200-201).

<sup>38</sup> F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos...*, cit., pág. 200.

<sup>39</sup> De acuerdo con CORDERO, en este dictamen habrían influido un proyecto francés de 11 de abril de 1833 y «unos artículos del marqués de la Valgornera y de Pacheco en la *Revista de Madrid* (...) defendiendo la creación del Consejo» (J. M. CORDERO TORRES, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944, pág. 87).

<sup>40</sup> *Vid.* F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos...*, cit., pág. 307.

de administración». Entre las competencias «consultivas» —o mejor, administrativas— se hace especial mención al dictamen «para la iniciativa de las leyes, cuando la corona use de esta prerrogativa, y para la sanción de las ya aprobadas por los cuerpos colegisladores», «los reglamentos o instrucciones para la ejecución de las que obtuvieran la sanción real» y las «graves cuestiones de interés público; esto es, en las de aplicación de los principios del Derecho de gentes, y en las que se promovieren sobre interpretación de los tratados»<sup>41</sup>.

En cuanto a las «competencias judiciales», en opinión de la Comisión del Senado, «no constituye propiamente un poder». Y ello porque las materias de su competencia serán los conflictos de jurisdicción, sin entrar en «el fondo de los asuntos para dar o quitar derecho», o los conflictos entre dos o más autoridades administrativas o, finalmente,

«ha de recaer sobre cuestiones por su naturaleza administrativas, si llegan a tomar el carácter de contenciosas, en los casos y bajo las formas que determinen las leyes; las cuales, cuando se dictaren, no perderán de vista que estas controversias deben terminarse para beneficio de los mismos interesados de una manera arbitral; verdad sabida y buena fe guardada»<sup>42</sup>.

La inestabilidad parlamentaria retrasaría durante varios años la implantación de un Consejo de Estado. Finalmente, usando el Gobierno la autorización concedida por las Cortes para reorganizar la Administración —por Ley de 1 de enero de 1845— se crearía el Consejo Real por Ley de 6 de julio de 1845.

## 2. EL CONSEJO REAL

El Consejo creado en 1845 encarnó los principios que SILVELA había preconizado. Se trató de un cuerpo puramente consultivo y, de acuerdo con la lógica de la época, compuesto por consejeros «amovibles». Desde una perspectiva actual puede extrañar, pero en la mentalidad de la época se vinculaban ambos aspectos. No sólo lo hacía SILVELA, como se ha expuesto, sino también COLMEIRO. En palabras de este autor,

«Los consejeros son amovibles y deben serlo, porque el Consejo Real carece de jurisdicción propia, cuyo ejercicio

<sup>41</sup> Vid. F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos...*, cit., págs. 307 y 311.

<sup>42</sup> Vid. F. A. SILVELA, *Colección de Proyectos...*, cit., págs. 307-308.

reclama la independencia que la ley garantiza a la autoridad judicial»<sup>43</sup>.

No obstante, COLMEIRO consideraba altamente deseable la estabilidad en el cargo de los componentes del Consejo Real, que en su opinión debía estar «compuesto de personas que si no son inamovibles según la ley, deben serlo por voluntad del Gobierno», única forma de preservar las tradiciones administrativas de los vaivenes de la política<sup>44</sup>.

En el Consejo Real había dos categorías de consejeros con un muy distinto régimen en cuanto a su revocabilidad. Los consejeros ordinarios eran los únicos con competencias contencioso-administrativas y consiguientemente tenían un régimen que garantizaba en mayor medida su independencia: el cargo era incompatible con cualquier empleo efectivo —aunque compatible con los de diputado o senador— y se accedía a él por nombramiento mediante Real Decreto, siendo separado de la misma manera. Por el contrario, los consejeros extraordinarios no participaban en los procedimientos contencioso-administrativos, ni estaban sujetos a incompatibilidad —su presencia se explicaba por «la conveniencia de que asistan a las deliberaciones del Consejo Real los jefes principales de cada servicio administrativo»<sup>45</sup>— ni su nombramiento se hacía por tiempo indefinido, sino que tenía carácter anual, siguiendo el modelo francés. Es decir, que «los consejeros extraordinarios no ejercen un cargo como los ordinarios, sino más bien desempeñan una comisión»<sup>46</sup>. Como esa comisión era anual, cada año expiraba la autorización para acceder a las deliberaciones del Consejo, «de suerte que si no se hallan comprendidos en la nueva lista, cesan de hecho de asistir a sus sesiones y dejan desde el momento de su publicación de ser miembros de aquel cuerpo»<sup>47</sup>.

Los consejeros, incluidos los ordinarios, no tenían que ser jurisperitos. Sin embargo, se preveía la existencia de un fiscal, que defendía a la Administración y a las instituciones sujetas a inspección o tutela<sup>48</sup>, y de un número indeterminado de auxiliares letrados adscritos a la Sección de lo contencioso.

El Consejo Real, los Consejo de provincia y los jueces administrativos especiales conformaban una jurisdicción contencioso-administrativa en la que las competencias no estaban des-

<sup>43</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo I, pág. 191.

<sup>44</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo II, págs. 336-337.

<sup>45</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo I, pág. 193.

<sup>46</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo I, pág. 192.

<sup>47</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo I, pág. 194.

<sup>48</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo I, pág. 195.

lindadas sino de una forma confusa y casuística. Los Consejos provinciales no conocían sino de las cuestiones contencioso-administrativas que la legislación les atribuía de forma expresa, careciendo incluso de la posibilidad de reivindicar la competencia sobre cualquier asunto del que se hallase conociendo otra autoridad administrativa o judicial<sup>49</sup>. El Consejo Real conocía en apelación de los recursos intentados contra las resoluciones de los Consejos provinciales, contra las dictadas por los gobernadores como jueces administrativos de excepción<sup>50</sup> y contra las dictadas, en el mismo supuesto, por los ministros. También era competente el Consejo Real para conocer de los recursos de casación —por infracción manifiesta de las leyes o de formas sustanciales del juicio— contra las decisiones del Tribunal de Cuentas<sup>51</sup>. Por último, el Consejo Real conocía en única instancia de los recursos sobre cumplimiento, interpretación o rescisión de los contratos celebrados por el Gobierno o las Direcciones Generales y de las reclamaciones contra las resoluciones de los ministros, cuando el Gobierno acordase previamente someter a su conocimiento esas pretensiones<sup>52</sup>.

En todos los casos anteriores, el Consejo Real actuaba como órgano de jurisdicción retenida. Es decir, que sus decisiones sólo eran ejecutivas desde el momento en que eran aceptados por el Rey, con el refrendo del Ministro de la Gobernación, bajo cuya responsabilidad se dictaban<sup>53</sup>. Sin embargo, de la aceptación por el Gobierno del criterio del Consejo Real en una inmensa mayoría de casos y de la estabilidad de que en la práctica parecen haber gozado los consejeros ordinarios, COLMEIRO deduce que

«el Consejo Real ejerce una cuasi-jurisdicción, porque *en el hecho* decide sin ulterior recurso las materias contenciosas, aunque *en derecho* sea el Monarca quien pronuncia las sentencias y por su autoridad solamente causen ejecutoria»<sup>54</sup>.

Aparte de sus funciones contencioso-administrativas, el Consejo Real desempeñaba funciones administrativas y cuasi-conten-

<sup>49</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo II, pág. 323.

<sup>50</sup> COLMEIRO señala una única excepción, que sería la designación por el gobernador de la parte con que cada pueblo hubiese de contribuir para la construcción de un camino vecinal; en este caso el recurso de apelación debía hacerse ante el Consejo provincial (*vid.* M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, pág. 332).

<sup>51</sup> Ley de 25 de agosto de 1851, dando nueva organización al Tribunal de Cuentas, arts. 50-54.

<sup>52</sup> *Vid.* M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo II, págs. 337-338.

<sup>53</sup> Es interesante constatar que, en opinión de COLMEIRO, esa responsabilidad política del ministro «no crece ni mengua por seguir o no seguir el dictamen elevado a la aprobación de la Corona» (M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo II, pág. 336).

<sup>54</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo II, pág. 337.

ciosas. Estos dos últimos grupos de consultas tenían una tramitación prácticamente idéntica a la de los asuntos contenciosos, pero diferían en un punto fundamental: el carácter reservado de sus deliberaciones, que tenían lugar a puerta cerrada. Y esto pese a que, como señala COLMEIRO, determinados asuntos, que califica de «cuasi contenciosos», tienen una naturaleza análoga a la de los contencioso-administrativos <sup>55</sup>.

Entre los asuntos que COLMEIRO considera cuasi contenciosos estarían la naturalización de extranjeros, las presas marítimas, la autorización a los pueblos y provincias para litigar o enajenar sus bienes o las autorizaciones que, con arreglo a la legislación vigente en aquellos momentos, debía dar el Gobierno para encausar a los funcionarios públicos <sup>56</sup>.

De entre las cuestiones puramente administrativas destacan «todas las reglamentarias», en palabras de COLMEIRO <sup>57</sup>. Es decir, las consultas «sobre las instrucciones generales para el régimen de cualquier ramo de la Administración pública» <sup>58</sup>. En todo caso, se trata de un conjunto considerablemente menos numeroso que el de la materias cuasi contenciosas.

### 3. DEL CONSEJO REAL AL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo Real fue un producto del programa de reorganización de la Administración de los moderados y, como tal, permaneció sujeto a los vaivenes políticos. En palabras de COLMEIRO,

«Los graves acontecimientos de 1854 aniquilaron la existencia del Consejo Real; pero tales raíces había ya echado la institución entre nosotros, que se hubo de considerar necesario suplir su falta con un Tribunal Contencioso-Administrativo. No satisfechas las Cortes Constituyentes con este engendro, acordaron las bases de un futuro Consejo de Estado, como si el odio fuese más bien al nombre que al cuerpo sacrificado por nuestras discordias civiles. Nuevos sucesos, no menos graves, ocurridos en 1856, restituyeron la vida al Consejo Real; y aunque se meditan importantes reformas en su organización y atribuciones, quedan a salvo los principios en que descansa: principios cuya bondad debe

<sup>55</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo I, pág. 200.

<sup>56</sup> *Vid.* M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo I, págs. 200-205.

<sup>57</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo I, pág. 200.

<sup>58</sup> Ley de 6 de julio de 1845, artículo 11.1.

inspirarnos tanta más confianza, cuanto que han sufrido pruebas muy recias y no se han quebrantado»<sup>59</sup>.

Esa reforma que anunciaba COLMEIRO supondría como primera medida el cambio de nombre, que precedió en dos años la auténtica reforma. El Consejo Real pasó a ser Consejo de Estado por Real Decreto de 14 de julio de 1858, pero sólo se procedería a su reorganización por Ley de 17 de agosto de 1860. La reforma no alteraría la esencia de la institución, como diría COLMEIRO del Consejo de Estado cinco años después de esa reforma, reiterando su opinión a términos casi literales

«los principios en que descansa deben inspirarnos plena confianza, al considerar que sometidos a pruebas muy duras, no se han quebrantado»<sup>60</sup>.

Sin embargo, la Ley de 17 de agosto de 1860 retocó el sistema en puntos sensibles como la composición del Consejo. Los ministros seguían siendo miembros natos del Consejo, pero desapareció la categoría de consejero extraordinario. En cambio, el Gobierno podía ordenar que en las consultas de asuntos administrativos asistiese a la sesión, con voto, un comisario que fuese jefe superior de la Administración civil o militar, aparte de que el Consejo podía decidir oír a funcionarios con especiales conocimientos, invitándoles a sus sesiones por medio del Presidente del Consejo de Ministros<sup>61</sup>. Otra innovación en el terreno del estatuto personal de los consejeros fue establecer determinadas categorías profesionales, eclesiásticas o políticas de las que como regla general debían proceder obligatoriamente los consejeros, que seguían siendo nombrados por el Rey a propuesta del Consejo de Ministros. Por otra parte, la cualidad que habilitaba a cada miembro para ser nombrado consejero debía hacerse constar en el Real Decreto de nombramiento. Sin embargo, el Gobierno conservaba la posibilidad de nombrar hasta una cuarta parte de los consejeros aparte de las categorías previstas legalmente.

También en 1860 se introducen las categorías de oficiales mayores de sección, oficiales y aspirantes para preparar los dictámenes.

Entre las competencias hubo en 1860 muy escasas novedades. Una de ellas sin embargo fue la de los recursos por abuso de poder o de incompetencia que elevasen al Gobierno las autori-

<sup>59</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo I, pág. 188.

<sup>60</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1865, tomo I, pág. 177.

<sup>61</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1865, tomo I, pág. 183.

dades del orden judicial contra las resoluciones administrativas. De acuerdo con COLMEIRO, el abuso de poder consistía en el exceso en sus atribuciones de una autoridad administrativa, «traspasando los límites que le señalan las leyes y los reglamentos», mientras que la incompetencia sería la «usurpación de jurisdicción extraña, esto es, menoscabo de las facultades propias del poder judicial». Se trataría de un recurso a ejercitar por los órganos del Poder Judicial:

«Como los tribunales ordinarios no tienen derecho de promover competencias a la Administración ni de reformar sus actos, la ley abre el camino de la queja ante el Consejo de Estado, para conjurar el peligro de la arbitrariedad»<sup>62</sup>.

Sin embargo, en 1860 se introduce una fórmula que haría fortuna, la de «oído el Consejo de Estado» para expresar que la resolución se emitía en disconformidad con el dictamen del Consejo de Estado, mientras que en los casos en que se seguía el parecer del Consejo también debía hacerse constar esa circunstancia, aunque no se establecía una fórmula precisa para ello<sup>63</sup>. Por otra parte, la Ley de 1860 también incorpora la previsión, hoy clásica, de que consultado el Pleno del Consejo de Estado, no puede pedirse parecer a ningún otro cuerpo ni oficina del Estado<sup>64</sup>.

En los asuntos contencioso-administrativos, se establece con carácter general la competencia del Consejo de Estado para conocer de las demandas contenciosas contra las resoluciones particulares de los ministros. En la Ley de 1860 no se hace mención a la necesidad de que el Gobierno acuerde previamente someter esas reclamaciones al Consejo, que sí existía en la normativa anterior<sup>65</sup>. Esa desaparición de la autorización previa del Gobierno «normalizaría» el recurso contencioso-administrativo como una vía ordinaria de reclamación y ya no como recurso

<sup>62</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1865, tomo I, pág. 194.

<sup>63</sup> Ley de 17 de agosto de 1860, artículo 65.

<sup>64</sup> Ley de 17 de agosto de 1860, artículo 67. En este artículo también se preveía que si el dictamen había sido emitido por las Secciones, sólo podría consultarse al Pleno del Consejo de Estado.

<sup>65</sup> Artículo 1.2 del Real Decreto de 30 de diciembre de 1846, que aprobó interinamente el reglamento sobre el modo de proceder en los negocios contenciosos de la Administración que se ventilan en el Consejo Real: «Corresponde al Consejo Real conocer en primera y única instancia: (...) De las demandas contenciosas a que den lugar las resoluciones de los Ministros de S. M. cuando el Gobierno acuerde previamente someter al conocimiento del Consejo las reclamaciones de las partes». Por el contrario, el artículo 46.2 de la Ley de 17 de agosto de 1860 establecía la competencia en primera y única instancia del Consejo de Estado «respecto a las reclamaciones a que den lugar las resoluciones particulares de los Ministros de la Corona en los negocios de la Península y Ultramar».

extraordinario y ello, pese al poder de veto que, con carácter excepcional y sujeto a un plazo tasado, se continuaba reconociendo al gobierno (arts. 58 y 59).

### III. CRISIS Y SUSTITUCIÓN DEL MODELO: LA LLAMADA LEY SANTAMARÍA DE PAREDES Y EL TRIBUNAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La reforma del Consejo de Estado que más trascendencia iba a tener para el modelo español de control contencioso-administrativo fue obra de unas Cortes dominadas por el Partido Liberal y bajo el liderazgo de Sagasta, las que desarrollaron su labor entre 1886 y 1890.

Se ha señalado como una de las peculiaridades que separan al Derecho administrativo español de su inicial modelo francés el que entre nosotros haya primado el desarrollo legislativo sobre el jurisprudencial. Sin duda, a esta circunstancia no debió ser ajeno el carácter de administradores de las primeras generaciones de administrativos españoles y su proximidad al Partido moderado y al programa político de construcción de una Administración fuerte y centralizada<sup>66</sup>. Sin embargo, no puede negarse como un factor concomitante el fracaso del Consejo de Estado a la hora de hacer un desarrollo judicial del Derecho administrativo. La introducción en España de una jurisdicción contencioso-administrativa calcada de la francesa en 1845 podía haber abierto el camino hacia una construcción jurisprudencial del Derecho administrativo. Fue el fracaso de la doctrina de los vicios de orden público, descrita por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ como un sucedáneo español del recurso por exceso de poder, lo que provocaría finalmente el protagonismo de las reformas legislativas. Primero por obra del legislador sectorial, posteriormente a través de la reforma del contencioso-administrativo<sup>67</sup>.

Sagasta y el Partido liberal habían asumido el poder a la muerte de Alfonso XII. Como resultado de una situación de crisis, Sagasta es encargado por la Reina regente de formar Gobierno. Rápidamente, el nuevo Gobierno iba a convocar elecciones. De ellas surgiría una amplia mayoría parlamentaria

<sup>66</sup> Vid. A. NIETO, *Estudios históricos de Administración y Derecho administrativo*, cit., págs. 239 y ss. En el mismo sentido, A. SERRANO, «El problema de la transmisión cultural de las formas jurídicas: discurso e historia en el Derecho administrativo español», en *RVAP*, núm. 23, 1989, págs. 137-157, pág. 152

<sup>67</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, cit., págs. 68-72 y *passim*.

para el Partido Liberal, conforme con el principio de que los Gobiernos de la Restauración convocaban las elecciones para ganarlas. A partir de 1886 y durante casi cinco años se iba a llevar a cabo una ingente labor legislativa, entre cuyos resultados están la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Jurado o el Código Civil. En este contexto se presenta por el Gobierno de Sagasta el Proyecto de Ley de 22 de julio de 1886 «sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa» que, con numerosas y sustanciales modificaciones, daría lugar a la Ley de 13 de septiembre de 1888<sup>68</sup>. En todo caso, se trata de uno de los textos legislativos que, a la postre, iban a tener una mayor influencia en la conformación del Consejo de Estado español.

Se ha aludido ya a la gran obra legislativa del llamado «Parlamento largo» y precisamente en el impulso dado al movimiento codificador reside uno de los motivos alegados como causa de la reforma del contencioso-administrativo<sup>69</sup>.

Este propósito codificador se percibe con claridad en las palabras de uno de los principales autores de la Ley, SANTAMARÍA DE PAREDES, quien le daría nombre. Según este autor, «los fundadores en España de lo contencioso-administrativo en 1845, no fijaron reglas generales que determinasen la procedencia de esta vía», sino que su ámbito venía determinado de un modo casuístico por normas organizativas o sectoriales. En consecuencia, continúa este autor,

«preciso era al hacerse una ley general de lo contencioso-administrativo establecer principios y señalar caracteres que fijasen de una vez la naturaleza de este recurso».

Por ello, la Comisión del Congreso encargada de dictaminar el Proyecto de Ley de lo contencioso de 1886 —Comisión de la que fue secretario y redactor del dictamen el propio SANTAMARÍA— creyó necesario incorporar un título relativo a la «naturaleza y condiciones generales» del recurso contencioso-administrativo y, como señalaría posteriormente el propio autor, «así resulta consignado en la vigente ley, que de esta suerte ha venido a esclarecer el concepto de este recurso que solamente acertaban a concretar los muy versados en tales asuntos»<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Sobre la génesis y tramitación parlamentaria de esta Ley de lo contencioso-administrativo, vid. por todos L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, IEA, Madrid, 1975. El proyecto de ley citado puede consultarse íntegramente en L. MARTÍN REBOLLO, *op. cit.*, págs. 387-404.

<sup>69</sup> En este sentido, L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., págs. 52-53.

<sup>70</sup> V. SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1891 (tercera edición), págs. 827-828.

Otro de los motivos que llevaron a la elaboración de la nueva ley de lo contencioso-administrativo habría sido el ideológico, según MARTÍN REBOLLO. Es decir, una «exigencia doctrinal y de compromiso» del Gobierno liberal y, concretamente, la supresión de la «jurisdicción retenida»<sup>71</sup>. No obstante, el origen de esta posición no habría sido sólo la ideología liberal, sino también un cierto prurito dogmático y el deseo de equiparar la legislación española a la de otros países europeos<sup>72</sup>.

El tercer motivo, probablemente el determinante, habría sido la palpable crisis de la organización contemporánea del contencioso-administrativo y el crecimiento imparable del número de asuntos pendientes<sup>73</sup>. En el diagnóstico de esta crisis funcional parece haber habido consenso entre conservadores y liberales, aunque discrepasen en el tratamiento<sup>74</sup>. En todo caso, las referencias a los expedientes pendientes de resolución y estancados en el Consejo de Estado son constantes a lo largo de la tramitación parlamentaria de la Ley de 13 de septiembre de 1888.

Sin embargo, no se trataba de una mera crisis de la «organización», sino del entero «sistema» contencioso-administrativo, que aportaba unas garantías que se consideraban absolutamente insuficientes, tanto por conservadores como por liberales. Como prueba de ello puede aducirse el malogrado Proyecto de Ley de lo contencioso-administrativo de 26 de enero de 1881 que, al revés que el más afortunado de 1886, era producto de un Gobierno conservador<sup>75</sup> y presentaba una línea marcadamente más continuista<sup>76</sup>. Este proyecto fracasaría debido a la falta de

<sup>71</sup> L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., pág. 54.

<sup>72</sup> L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., págs. 56-57.

<sup>73</sup> L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., págs. 58-65.

<sup>74</sup> En este sentido MARTÍN REBOLLO aduce el voto particular del miembro de la Comisión del Congreso Manuel Benayas y Portocarrero, quien aducía que «la reforma (...) debe limitarse a dar mayor independencia a los Tribunales de lo contencioso-administrativo y a facilitarles medios que impriman un rápido movimiento al despacho de los litigios», puesto que «dispone hoy el Consejo [de Estado] de los mismos medios que tenía cuando se entablaban anualmente ante el mismo 50 pleitos y ahora sustancia y falla de 400 a 500» (DSC núm. 122, de 23 de junio de 1887, apéndice 3.º, citado por L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., pág. 59).

<sup>75</sup> En realidad el Proyecto de 1881 fue elaborado por una Comisión prevista con este fin en la Ley de 16 de enero de 1879 y elevada al Gobierno que, en cumplimiento de la citada Ley, la presentó a las Cortes. Posteriormente, siendo José de Posada Herrera presidente del Consejo, Antonio Cánovas del Castillo presentaría con fecha de 16 de marzo de 1885 un nuevo proyecto al Senado que, en realidad, era el de 1881 con algunos retoques (*vid.* L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., págs. 72-75 y 85).

<sup>76</sup> De él diría GALLOSTRA que «aunque radical en algunos puntos, no introduce teorías o

entendimiento entre conservadores y liberales<sup>77</sup>, pero resulta expresivo del hecho de que también en el bando conservador se percibían insuficiencias en el contencioso-administrativo que superaban lo meramente organizativo.

Como principales novedades propuestas en el proyecto conservador de 1881 figuraba el carácter inamovible y la condición de juristas de al menos un núcleo de los consejeros encargados del contencioso-administrativo, la jurisdicción delegada y la supresión del privilegio de «cuestión previa» en virtud del cual correspondía al Ministerio la decisión sobre los asuntos susceptibles de recurso contencioso. Es decir, un sensible incremento de las garantías de objetividad, aunque forzoso es reconocer que como contrapeso también se introducía la facultad del Gobierno de, en caso de recurso, decidir en última instancia sobre la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa<sup>78</sup>. Algo que, por otra parte, tendría su equivalente en el articulado de la Ley de lo contencioso-administrativo de 1888.

De lo anterior se deduce la existencia de un amplio consenso en la crisis, casi el colapso del sistema contencioso-administrativo que, sustancialmente, seguía siendo el implantado en 1845. Sin embargo, en un punto concreto la jurisdicción retenida parece haber funcionado razonablemente bien: los sucesivos Gobiernos se habrían separado en escasas ocasiones del dictamen del Consejo —Real o de Estado— entre 1845 y 1888. Recuérdesse que precisamente eran el seguimiento del criterio del Consejo Real en la inmensa mayoría de los casos y la estabilidad en la práctica de los consejeros ordinarios los dos elementos que COLMEIRO aducía en apoyo de que «el Consejo Real ejerce una cuasijurisdicción, porque *en el hecho* decide sin ulterior recurso las materias contenciosas, aunque *en derecho* sea el Monarca quien pronuncia las sentencias y por su autoridad solamente causen ejecutoria»<sup>79</sup>.

No obstante, en esas ocasiones en que los Gobiernos se separaron de la propuesta del Consejo de Estado parece haberse actuado con una cierta impunidad. Así al menos se deduce de las palabras del senador Romero Girón durante la discusión del proyecto de Ley de lo contencioso-administrativo de 1886:

---

doctrinas desconocidas, ni grandes novedades en la organización y el procedimiento» (J. GALLOSTRA Y FRAU, *Lo contencioso-administrativo*, cit., pág. 88).

<sup>77</sup> En este sentido, L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., pág. 81, en nota 23.

<sup>78</sup> L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., págs. 75-78.

<sup>79</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo II, pág. 337.

«¿Se ha levantado alguna voz de censura acaso después de cuarenta años de existencia que lleva la jurisdicción contencioso-administrativa, contra cualquiera de los Gobiernos que en cuatro o cinco ocasiones se ha separado del dictamen de la sección de lo contencioso del Consejo de Estado y han dictado una resolución contraria a él?»

Por otra parte, la opinión del senador Romero sobre la inanidad de la opinión no era unánime. Le respondería el senador también liberal Calderón y Herce, quien señala que en los casos referidos sí se han producido censuras y

«por esos clamores viene hoy día este proyecto, dando al Tribunal Supremo la jurisdicción delegada, abandonando por completo la retenida».

No obstante, señala acertadamente MARTÍN REBOLLO que en un sistema en el que la independencia de los miembros de la Sección de lo contencioso no estaba asegurada ni por las leyes ni, al parecer, por los usos, el Gobierno tenía bastantes posibilidades de influir en el contenido de los dictámenes<sup>80</sup>.

En todo caso, lo anterior obligaba a una reforma. No obstante había una discrepancia fundamental entre liberales y conservadores respecto al papel reservado en el futuro al Consejo de Estado.

Los conservadores, tanto en proyectos como el de 1881 como durante la tramitación de la Ley de 13 de septiembre de 1888, pretendían mantener un sistema de jurisdicción retenida en el que el Consejo de Estado desempeñaría el papel de protagonista<sup>81</sup>. Incluso en plena transacción parlamentaria, fruto de la cual sería la Ley de lo contencioso-administrativo, transacción en el

<sup>80</sup> Las citas de Romero Girón y Calderón y Herce y el comentario de MARTÍN REBOLLO, en L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., págs. 240-241, en nota, y pág. 242. El concreto punto de debate a propósito del que se producen las intervenciones citadas era la facultad de suspensión de las sentencias contencioso-administrativas que se terminaría acordando al Gobierno.

<sup>81</sup> En palabras de GALLOSTRA, uno de los defensores desde un plano teórico de la jurisdicción retenida, la Jurisdicción contencioso-administrativa «no puede ser delegada; si lo fuera, resultaría rota la jerarquía administrativa, puesto que en realidad existiría frente a frente del Jefe supremo de la Administración activa, una corporación que ejercería igual autoridad en cuanto a la Administración contenciosa, quedando por ello destruida la *unidad*, condición reconocida como indispensable para la organización administrativa, por todos los tratadistas que se han ocupado en tan importante ramo del Derecho» (J. GALLOSTRA y FRAU, *Lo contencioso-administrativo*, cit., pág. 321).

En el mismo sentido se pronunciaba COLMEIRO, quien a su condición de profesor universitario unía la de senador. En calidad de tal tuvo ocasión de participar en los debates de la Ley de 13 de septiembre de 1888, cuyo sistema «armónico» —a medio camino entre el judicialista y el llamado «sistema administrativo»— rechazaba tajantemente. En este sentido, *vid.* el discurso de don Manuel COLMEIRO ante el Senado (*Diario de Sesiones del Senado*, núm. 101, de 3 de mayo de 1888, págs. 2070-2072, íntegramente recogido en L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., págs. 553-557).

curso de la cual los conservadores habían renunciado a la movilidad de los jueces y a la jurisdicción retenida, el Partido conservador

«se ase con vehemencia a la especialidad administrativa de los tribunales del orden de que se trata. Y obra así, no por una razón de estéril vanidad, sino porque entiende que es preciso que en dichos cuerpos existan de una manera perfecta los elementos necesarios para llegar en cada caso al conocimiento íntegro y a la aplicación correcta del interés público. La escuela conservadora ha entendido siempre que este perfecto conocimiento no puede existir sino en aquellos Cuerpos que se dedican de una manera constante y, por decirlo así, a diario al estudio y gestión de los asuntos administrativos»<sup>82</sup>.

Por el contrario, los liberales propugnaban un sistema judicialista, suprimiendo el Consejo de Estado o, al menos, reduciéndolo a funciones consultivas<sup>83</sup>. No obstante esto y su aplastante mayoría parlamentaria, los liberales se avinieron en seguida a pactar un sistema mixto. Este pacto se plasma en primer lugar en el Dictamen de la Comisión del Congreso de los Diputados, compuesta por liberales, pero de la que surgen unos Tribunales contencioso-administrativos de composición paritaria, separados tanto del Consejo de Estado como del Poder judicial<sup>84</sup>. Como es sabido, el proyecto sufriría una honda transformación en la Comisión del Senado, con una más fuerte presencia conservadora, en la que el Tribunal de lo contencioso-administrativo quedaría adscrito al Consejo de Estado y se rebajaría su componente judicial, hasta someterlo a decisión discrecional del Gobierno<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> Discurso de don Manuel Aguirre de Tejada, conde de Tejada de Valdosera, ante el Senado (*Diario de Sesiones del Senado*, núm. 108, de 12 de mayo de 1888, pág. 2232, citado por L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., pág. 358).

<sup>83</sup> En el proyecto de 22 de julio de 1886, presentado por Sagasta y que, muy modificado, daría lugar a la Ley de 13 de septiembre de 1888, pretendía atribuir «el conocimiento de los asuntos contencioso-administrativos» a «la sala primera o única de lo civil de las Audiencias Territoriales» y «al Tribunal Supremo», aunque en este caso se preveía la creación de una Sala específica en la que una mitad de los magistrados lo serían de carrera, mientras que los otros serían nombrados por el Gobierno a partir de persona que hubiesen desempeñado determinados cargos al servicio de la Administración, asimilándose no obstante en cuanto a inamovilidad a los magistrados de carrera (vid. L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., págs. 98-99).

<sup>84</sup> El Dictamen de la Comisión del Congreso de los Diputados «referente al proyecto de ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa» puede consultarse en el *Diario de Sesiones del Congreso*, núm. 121, de 22 de junio de 1887, apéndice 7.º, y en el reproducido en L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., págs. 405-426).

<sup>85</sup> El Dictamen de la Comisión del Senado puede consultarse en el *Diario de Sesiones del*

Es preciso reconocer que la primera motivación de las opciones judicialistas no parece haber sido la animosidad contra el Consejo de Estado —al menos abiertamente—, sino el rechazo de la jurisdicción retenida, que «nació en España al calor fugaz de un doctrinarismo en que ya no se inspiran los partidos ni las agrupaciones políticas de nuestra patria», afirmando el Gobierno de Sagasta «la esterilidad de una organización tan suspicaz como deficiente»<sup>86</sup>.

Sin embargo, puestos a adoptar una solución contraria a la jurisdicción retenida, ello parecía llevar de forma inevitable a los liberales a decantarse por la opción judicialista, entre otros motivos por

«el riesgo evidente de establecer frente al Poder ejecutivo, cuyos verdaderos jefes son los ministros, otro poder cuyos representantes revisen y examinen dentro de la misma órbita, pero con medios y atribuciones independientes, las actas y resoluciones de aquéllos»<sup>87</sup>.

La posición del Partido liberal era heredera, a través de Sagasta, de la obra legislativa de la Revolución de 1868. Pocos días después del cambio de régimen, por un Decreto del Gobierno provisional de 13 de octubre de 1868, el Gobierno provisional suprimió la Sección de lo contencioso del Consejo de Estado y los Consejos provinciales, pasando su competencia al Tribunal Supremo, en el que se creó una Sala para conocer de los recursos contencioso-administrativos. Como firmante del Decreto aparecía el Ministro de la Gobernación del Gobierno provisional, que sería la misma persona que firmaría el Proyecto de ley de 22 de julio de 1886: Sagasta. No obstante, la solución judicialista que éste propugnaba en 1886 era, como no podía ser menos, más moderada que la intentada dieciocho años antes.

No obstante, es preciso puntualizar que la opción judicialista no contaba con el apoyo de todos los miembros del Partido liberal, que aunque partidarios en su mayoría de la jurisdicción delegada, eran en general más moderados sobre el modo de articularla concretamente<sup>88</sup>. Esto probablemente es lo que explica

---

*Senado*, núm. 90, de 19 de abril de 1888, apéndice I y en L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., págs. 427-454.

<sup>86</sup> Exposición de Motivos del proyecto de 1886, citada por L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., pág. 388.

<sup>87</sup> Exposición de Motivos del proyecto de 1886, citada por L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., pág. 388.

<sup>88</sup> L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., pág. 125.

el éxito de los conservadores en la oposición a la hora de modificar el proyecto del Gobierno de Sagasta.

De esta manera, algunos de los aspectos más sobresalientes de la Ley de 13 de septiembre de 1888 no procedían del proyecto gubernamental, sino del dictamen de la Comisión del Congreso, redactado por su secretario, Vicente Santamaría de Paredes, quien por este motivo daría su nombre a la Ley. Pero además, a lo largo de la tramitación parlamentaria van incorporándose diversas enmiendas procedentes de las filas conservadoras, que son probablemente aprobadas merced a las discrepancias existentes en las filas liberales. Como señala MARTÍN REBOLLO, una mayoría de los diputados liberales no estaba dispuesta a admitir una solución judicialista y, en consecuencia, a desapoderar al Consejo de Estado de sus funciones jurisdiccionales<sup>89</sup>.

Como se ha señalado, la modificación de la solución judicialista contenida en el proyecto gubernamental comienza en el Dictamen de la Comisión del Congreso, que acepta «la especialidad de los tribunales contencioso-administrativos como independientes de lo administrativo y de lo judicial». Esta solución se considera como «término de avenencia», situado en «el fiel de la balanza» entre dos sistemas opuestos: el «judicial, que lo considera como un pleito ordinario» y «el administrativo, que considera lo contencioso como una revisión que el poder administrativo hace de sus propios actos». Al rechazarse este último sistema en favor del sistema mixto, la Comisión rechaza «dejar lo contencioso-administrativo en el Consejo de Estado con jurisdicción propia»<sup>90</sup>. En consecuencia se pretendía establecer una jurisdicción contencioso-administrativa ejercida «en nombre del Rey y por delegación suya» por un Tribunal Superior Contencioso-administrativo y por Tribunales Regionales Contencioso-administrativos (art. 8).

Sin embargo, el texto de la Ley iba a cambiar sustancialmente en el Senado, precisamente en el aspecto que es objeto del presente trabajo. Centrada la estrategia parlamentaria de los conservadores en el Congreso en la introducción de cautelas tales como el «recurso extraordinario de revisión» que permitía un examen *a posteriori* y por el Gobierno de la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos, en el Senado jugarían la

<sup>89</sup> L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., pág. 127, en nota.

<sup>90</sup> Exposición de Motivos del Dictamen de la Comisión del Congreso referente al proyecto de ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa (cito por L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., págs. 407-408).

baza de la organización de los Tribunales, consiguiendo notables avances hacia su administrativización. Es especial, la incorporación del Tribunal contencioso-administrativo a la organización del Consejo de Estado.

En el Dictamen de la Comisión del Senado se justifican los cambios en la organización del Tribunal en la conveniencia de mantener «enlaces con lo existente, a lo cual convida en ese caso la tradición gloriosa del Consejo de Estado». En el dictamen se adscribe el Tribunal al Consejo de Estado, aunque manteniendo su independencia. Para ello no se alegan posiciones ideológicas, sino razones «de oportunidad y de conveniencia». Por ello

«la Comisión no arranca, como de cuajo, la jurisdicción contencioso-administrativa de aquel alto Cuerpo, sino que la mantiene dentro de él con absoluta independencia en su ejercicio y funciones, pero con ciertas relaciones grandemente provechosas a la Administración activa, cuyos actos aquella convalida o anula en forma de juicio; y provechosas también para la jurisdicción misma, que toma por anticipado conocimiento exacto y profundo de las normas legales que luego deberá aplicar a casos concretos».

A ello se añaden determinadas modificaciones también en el origen de los componentes del Tribunal contencioso-administrativo, ya que

«Mantenido el nuevo organismo dentro del Consejo de Estado, claro es que primero y ante todo esa ilustre y respetable Corporación debe nutrir con preferencia el nuevo Cuerpo, así en lo que dice relación a sus miembros principales como a los auxiliares del mismo»<sup>91</sup>.

En consecuencia, los miembros procedentes de la carrera judicial no serán sino una minoría, concretamente tres, además de que su nombramiento dejar de ser obligatorio para el Gobierno, para convertirse en una mera posibilidad que se le reconocía<sup>92</sup>.

En consecuencia, victoria aparente de los defensores del Consejo de Estado y del llamado sistema administrativo de jurisdicción contencioso-administrativa. El resultado final se aproximaba mucho más a sus tesis que a las de los partidarios de una solución judicialista.

---

<sup>91</sup> Exposición de Motivos del Dictamen de la Comisión del Senado, relativo al proyecto de ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa (cito por L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., págs. 428-429).

<sup>92</sup> Art. 13, párrafo segundo, del dictamen del Senado y art. 13, párrafo tercero, de la Ley de 13 de septiembre de 1888.

Pero pese a todo lo anterior, los partidarios de un Consejo de Estado con funciones consultivas y jurisdiccionales sólo habían ganado aparentemente. En los debates de la Ley de 13 de septiembre de 1888 el senador conservador don Manuel Aguirre de Tejada había afirmado que «separado del Consejo el Tribunal contencioso-administrativo, bien pronto (...) su jurisdicción será absorbida por los tribunales ordinarios»<sup>93</sup>. Bien pronto se iba a poner de manifiesto que una adscripción meramente formal no era suficiente para anclar la jurisdicción contencioso-administrativa. En 1904 se consumaría la «excepción española» dentro de los Consejos de Estado latinos.

#### IV. ALGUNAS PERVIVENCIAS DEL CONSEJO DECIMONÓNICO

A primera vista, poco es lo que queda de un Consejo de Estado como el que ocupó la totalidad de la segunda mitad del siglo XIX. La constatación del fracaso entre nosotros de un modelo de contencioso-administrativo basado en el francés llevó al sistema «armónico» de Santamaría de Paredes, una judicialización a medias que inició un proceso que tendría su desenlace lógico en la incorporación del Tribunal contencioso-administrativo al Tribunal Supremo en 1904 y en la judicialización definitiva y pacífica, si se descuenta alguna defensa testimonial de un sistema de jurisdicción delegada según el modelo del *Conseil d'État* francés<sup>94</sup>.

No obstante, algo queda del Consejo de Estado de la segunda mitad del siglo XIX. La exposición se ha centrado en el contencioso-administrativo, el aspecto más importante de ese Consejo decimonónico, y de esa vertiente nada queda, excepto el carácter vitalicio de los nombramientos y el carácter inamovible de los consejeros de Estado. La última manifestación de funciones jurisdiccionales desapareció al crearse en 1985 el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales. Pero, pese a ello, quedan algunos vestigios en la función consultiva que desempeña el Consejo.

<sup>93</sup> Cito por L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., pág. 358.

<sup>94</sup> *Vid.*, M. PÉREZ OLEA, «Estudio preliminar» a la edición española de H. W. R. WADE, *Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, págs. XXXIX-XLIII. Este autor califica de «paso atrás» la judicialización operada en 1956, defendiendo la superioridad del sistema francés, basado en el Consejo de Estado, sobre el sistema judicialista británico. Esa superioridad residiría en la limitación de los sistemas judicialistas a un control estrictamente jurídico.

## 1. LOS REGLAMENTOS «EJECUTIVOS»

La fórmula que somete a dictamen del Consejo de Estado los proyectos de reglamento dictados «para la ejecución de las Leyes» es puramente decimonónica y, con pocas alteraciones, ha ido pasando de unas a otras regulaciones de la competencia del Consejo de Estado.

Sin embargo, en preciso señalar que en el siglo XIX la fórmula tenía un significado muy diferente del que viene dándosele por la práctica administrativa, la jurisprudencia y la doctrina desde 1944. De acuerdo con COLMEIRO, la fórmula empleada por la Ley del Consejo Real de 1845 se refería no a un tipo determinado de norma secundaria, sino a

«todas las reglamentarias, y así es necesario oír su dictamen acerca de las instrucciones generales para el régimen de cualquier ramo de la administración pública, o sobre los reglamentos generales para la ejecución de las leyes»<sup>95</sup>.

COLMEIRO parece partir de que todos los reglamentos son ejecutivos, junto a los que existirían las «instrucciones» como normas organizativas internas. Así lo indica el párrafo anterior, pero también su concepción de las normas del Ejecutivo como fuentes del Derecho administrativo<sup>96</sup>. En todo caso, es categórico al afirmar que

«Todo reglamento o instrucción general para cualquier ramo del servicio público decretado por el Rey sin consultar al Consejo Real, será inconstitucional, porque no estará *legalmente* hecho»<sup>97</sup>.

La categoría de reglamento ejecutivo —o más bien la terminología— aparece en el Derecho español en el Decreto de 26 de enero de 1812, que en su artículo V establecía que

«la Regencia expedirá los decretos, reglamentos e instrucciones *que sean conducentes para la ejecución de las leyes*, oyendo antes al Consejo de Estado».

La finalidad del precepto era, evidentemente, someter a control las normas del Ejecutivo, en un momento de tensiones entre

<sup>95</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo I, pág. 198.

<sup>96</sup> En efecto, esto puede deducirse del tenor literal del texto transcrito, pero también de lo que COLMEIRO dice al tratar las fuentes del Derecho administrativo: «En el poder ejecutivo reside exclusivamente, conforme al texto constitucional, la facultad de desarrollar el pensamiento del legislador sin corromperle y sin atentar indirectamente a sus prerrogativas, abusando del derecho de dictar leyes secundarias para explicar las primarias y disponer su ejecución» (M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo I, pág. 59).

<sup>97</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1858, tomo I, pág. 199.

las Cortes y la Regencia. Sin embargo, no está en absoluto claro qué debía entenderse por reglamento ejecutivo. Para empezar, es difícil determinar si los reglamentos ejecutivos eran una especie del género reglamento o si, por el contrario, eran la única posibilidad que estaba a disposición del Ejecutivo para que pudiese dictar normas sin la intervención de las Cortes; es decir, si existía la posibilidad de aprobar reglamentos que no fuesen ejecutivos.

Por un lado, el artículo 170 de la Constitución de 1812 establecía como competencia del Rey, además de ejecutar las leyes, «todo cuanto conduzca a la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior». Y el tenor literal de este artículo podría haber llevado a suponer que existía la posibilidad de dictar reglamentos de policía sin necesidad de que tuviesen carácter ejecutivo. Es más, incluso de dictar reglamentos autónomos. Sin embargo, con una concepción más rigurosa de la separación de poderes que la Constitución francesa del año VIII, el párrafo 23 del artículo 131 de la Constitución doceañista atribuía a las Cortes la facultad de «aprobar los reglamentos generales para la policía y sanidad del Reino». En consecuencia, la potestad reglamentaria del Ejecutivo parece haber estado circunscrita a la ejecución de las leyes, por lo menos en la voluntad del constituyente<sup>98</sup>.

En la Constitución de Cádiz no existía un concepto democrático de ley y la reserva de ley suponía que las Cortes han de contar con el Rey para regular determinadas materias (art. 142 a 152). Por el contrario, en las materias reglamentarias, las Cortes podían emanar normas, bajo la forma de decretos, sin la intervención del Rey. El problema es si el artículo 131 establecía una competencia exclusiva de las Cortes, si excluía las normas del Ejecutivo en materia de policía y sanidad, o si bien lo que hacía era superponerse al artículo 170, creando una competencia concurrente. En este último caso, caben pocas dudas sobre la prevalencia en este campo del Rey, que tenía bajo su mando la Administración que debía aplicar los reglamentos, y que tenía un menor tiempo de reacción a las nuevas circunstancias<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Sin embargo, tanto NIETO como GARCÍA MACHO afirman la existencia, ya bajo la Constitución doceañista, de una amplia potestad reglamentaria del Ejecutivo. Es más, GARCÍA MACHO señala que, dadas las características organizativas de Ejecutivo y Legislativo, probablemente prevalecerían las normas reglamentarias del Rey sobre las leyes y decretos de las Cortes (A. NIETO, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Madrid, 1986, págs. 187 y ss.; R. GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, págs. 45 y 46).

<sup>99</sup> En este sentido, también R. GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, cit., pág. 45.

Las similitudes con el Derecho francés contemporáneo no deben sobrevalorarse: el Consejo de Estado español de la época, tal y como lo regulaba la Constitución de 1812, era un órgano de control de los ministros, y con una cierta dependencia de las Cortes; o al menos un órgano cuya autonomía era garantizada por la intervención de las Cortes en el nombramientos de sus miembros. Los Consejeros de Estado eran nombrados por el Rey, pero éste se veía forzado a escoger entre una terna que confeccionaban las Cortes. Utilizando la terminología actual sería algo bastante próximo a un órgano auxiliar cuya función fuese el control mediato por las Cortes de la actuación del Gobierno <sup>100</sup>.

Contrariamente a lo sucedido en el Derecho francés, en España la distinción entre reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes no ha tenido relevancia a efectos de su posible impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa: ninguno podía ser recurrido <sup>101</sup>. Esto y la falta de un órgano de

<sup>100</sup> Este carácter peculiar del Consejo doceañista se debía a que era heredero directo del Consejo del final del Antiguo régimen y, a través de él, de la reacción que a finales del siglo XVIII se había producido contra el «despotismo ministerial». Reacción que contraponía el sistema administrativo borbónico y el sistema polisindial de los Habsburgo, caracterizado por la predominancia de los Consejos —se ha llegado a tildar al régimen habsbúrgico de «sinodiarquía». Entre estos dos, en un momento de nostalgia por las tradiciones perdidas, era el sistema de los Austrias el considerado como genuinamente español. Esta reacción «antiministerial» fue la causa de la Real Orden de 28 de febrero de 1792, por la que se extinguió la Junta Suprema, antecedente remoto de los actuales Consejos de Ministros, y se restableció el Consejo de Estado, suprimido desde 1787.

Sobre el Consejo de Estado español en el Antiguo Régimen, véase F. BARRIOS, *El Consejo de Estado y la Monarquía española 1521-1812*, Consejo de Estado, Madrid, 1984. Sobre el último periodo de la Monarquía absoluta y el reinado de Fernando VII, aunque desde una perspectiva exclusivamente histórica, véase también F. SUÁREZ (dir.), *Documentos del reinado de Fernando VII. El Consejo de Estado (1792-1834)*, EUNSA, Pamplona, 1971. Finalmente, sobre el conjunto de la historia del Consejo de Estado, sigue siendo insustituible el libro de J. M. CORDERO TORRES, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, IEP, Madrid, 1944; también puede consultarse L. JORDANA DE POZAS, «Le Conseil d'État espagnol et les influences françaises au cours de son évolution», Sirey, París, 1950. Hay traducción española, en *Estudios de Administración Local y General*, Madrid, 1961, págs. 71 y ss.

<sup>101</sup> Como se sabe, la impugnabilidad de los actos venía dada por su carácter de reglados o discrecionales. Y en la concepción de la época resultaba inconcebible la impugnación de los reglamentos de la Administración del Estado. En este sentido, resulta curioso repasar los textos de la época. Por ejemplo, el debido a Alfonso GONZÁLEZ (*La materia contencioso administrativa*, Madrid, 1891, pág. 135), al comentar el artículo 2.2 de la Ley Santamaría de Paredes de 1888, observa que el tenor literal del mismo permite el recurso contra los reglamentos ejecutivos, aunque, advierte, «da sola interrogación sobre este punto parecerá seguramente nefanda herejía a los que, intoxicados por los principios de la jurisprudencia más constantemente recibida, han aprendido en todo tiempo que las resoluciones de carácter general no pueden ser objeto de revisión en la vía contenciosa, ni dan lugar sino a responsabilidad ministerial».

El autor examina y rechaza la tesis de que los reglamentos ejecutivos sean fruto de una delegación del Poder legislativo y, en consecuencia, participen de la naturaleza de las leyes, para concluir diciendo que

«Bien comprendemos que esto es en realidad imposible; bien comprendemos que *el Tribunal, cualquiera que sea, no ha de consentir que prospere un recurso contencioso-administrativo contra disposiciones*

control de la constitucionalidad, fue determinante sin duda para la aparición de una importante potestad reglamentaria independiente, si no *de iure*, sí al menos *de facto*. Se trata de un sistema jurídico en que la Constitución no era invocable en la práctica jurídica cotidiana, con excepción de la parte organizatoria: eran posibles, pues, las infracciones y modificaciones de hecho de la Constitución por normas de rango inferior; es más, se produce una indefinición del sistema de fuentes, en el que es difícil determinar los ámbitos reservados a la ley<sup>102</sup>. Sí puede afirmarse la existencia de un ámbito bastante amplio reconocido a la potestad reglamentaria, como producto de la inexistencia de un concepto democrático de ley, y de la vigencia del principio monárquico<sup>103</sup>.

Todo ello iba a motivar un cambio en el criterio de atribución de competencias al Consejo en materia de reglamentos. A esta realidad respondía sin duda el artículo 11.1 de la Ley de 6 de julio de 1845, sobre organización y atribuciones del Consejo Real. En este precepto se disponía que éste debía ser «siempre» consultado

«sobre las *instrucciones generales para el régimen de cualquier ramo de la Administración pública*».

Es decir, que la norma no reconocía, no se pronunciaba sobre la existencia, o mejor sobre la corrección jurídica, de la aprobación de reglamentos independientes con eficacia *ad extra*, y para ello recurría a una terminología más neutral, pero sometía a dictamen cualquier manifestación de lo que ahora entenderíamos como ejercicio de la potestad reglamentaria.

No sería sino en 1860, al promulgarse la Ley orgánica del Consejo de Estado de 17 de agosto, cuando se reintroducirá, en el artículo 45, la fórmula de la ejecución de las leyes:

«El Consejo de Estado será oído necesariamente y en pleno: 1. Sobre los *reglamentos e instrucciones generales para la aplicación de las leyes* y cualquier alteración que en ellos haya de hacerse.»

En consecuencia, quizá pueda deducirse del contraste entre el artículo 45.1 con la legislación anterior y con otros preceptos

---

*de carácter reglamentario, porque esto sería perturbador en grado extremo; bien comprendemos que para ello se daría a la ley una aplicación tan restrictiva como fuese necesaria; pero examinamos el contexto de la ley, denunciamos una omisión suya, cual es la de no excluir de la vía contenciosa las resoluciones de aquella índole...» (La cursiva es mía).*

<sup>102</sup> R. GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, pág. 46. Algún autor ha llegado a afirmar, incluso, la inexistencia de esa reserva de ley (A. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho público occidental*, págs. 33 y 157).

<sup>103</sup> R. GARCÍA MACHO, *op. y loc. cit.* en la nota anterior.

de la Ley de 1860, la existencia de una voluntad tácita de excluir aquellos reglamentos que no fuesen «ejecutivos de las leyes» del informe preceptivo por el Consejo de Estado <sup>104</sup>. Si esto fuese así, no podría achacarse la limitación de la consulta preceptiva al Consejo de Estado a un mero «arrastre histórico», sino a una *decisión deliberada, tomada por el legislador de un momento concreto de la evolución del Consejo de Estado*, y mantenido en las reformas posteriores. Sobre el concepto actual de reglamento ejecutivo, a efectos del dictamen del Consejo de Estado, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo he tratado en G. GARCÍA ÁLVAREZ, *Función consultiva y procedimiento (régimen de los dictámenes del Consejo de Estado)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 117-171.

Sin embargo, la doctrina de la época no parece haber concedido ninguna relevancia al cambio normativo. COLMEIRO afirma en 1865, en los mismos términos que había empleado en 1858, que debían consultarse al Consejo de Estado, so pena de inconstitucionalidad, «todo reglamento o instrucción general para cualquier ramo del servicio público decretado por el Rey» <sup>105</sup>.

## 2. EL VOTO PARTICULAR

La normativa vigente reconoce a todos los consejeros la facultad de formular votos particulares <sup>106</sup>, lo que constituye una de las principales razones de ser del Pleno del Consejo de Estado en la actualidad, con la incorporación de una serie de personajes de prestigio o representantes de determinadas instancias administrativas. Las opiniones discrepantes pueden trascender al exterior del Consejo de Estado, llegando a los destinatarios de los dictámenes y aumentando así su información.

La posibilidad de emitir votos particulares con trascendencia externa es reintroducida en 1944. Ha de tenerse en cuenta que el voto particular es en esos momentos una rareza dentro del campo jurídico. Las normas procesales civiles y penales vigentes

---

<sup>104</sup> El contenido del artículo 45.1 de la Ley de 17 de agosto de 1860 contrasta con el contenido del artículo 45.13. En éste se establece que la audiencia al Consejo de Estado es preceptiva «sobre cualquier innovación de las leyes y reglamentos generales de las provincias de ultramar». La tendencia iniciada por la Ley de 1860 se plasma ya con toda claridad en la de 5 de abril de 1904, de nueva organización del Consejo de Estado. En esta ley se estableció como preceptivo el dictamen del Consejo «sobre las disposiciones de interés general que por autorización de las Cortes haya de dictar el Gobierno...» y también sobre «los reglamentos generales que hayan de dictarse para la ejecución de las leyes...».

<sup>105</sup> M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 1865, tomo I, pág. 188.

<sup>106</sup> Artículo 107 del Reglamento orgánico del Consejo de Estado, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

en España hasta fechas recientes no permitían el voto particular de los magistrados, sino solamente el «voto reservado», disentiendo del contenido de una sentencia registrada, pero no hecho público, que tenía la única finalidad de evitar una posible responsabilidad disciplinaria. Evidentemente, la perspectiva no puede ser la misma en la actualidad, en una época en que se ha abierto paso la idea de que las discrepancias en la aplicación judicial del Derecho son debidas a la indeterminación objetiva de los valores en función de los cuales se adopta la decisión y no a meras diferencias en la valoración del Derecho aplicable, indeseables por subjetivas. Actualmente se piensa que las valoraciones necesarias para adoptar una decisión no están completamente predeterminadas y, en consecuencia, caben varias soluciones jurídicamente correctas de un mismo caso. En este sentido, el voto particular tendría un valor objetivo incluso en órganos de control jurídico como los judiciales, ya que supondría un posible impulso del progreso en la interpretación del Derecho <sup>107</sup>.

El significado probable de la regla en la actualidad es el papel de asesor jurídico que desempeña el Consejo de Estado, lo que se plasma claramente en que no sólo los votos particulares son remitidos al Gobierno junto con la opinión de la mayoría, sino en lo previsto en el Reglamento del Consejo de Estado <sup>108</sup>, en el que se exime parcialmente a la Administración activa de usar la fórmula «oído el Consejo de Estado» cuando la decisión no sea conforme al dictamen, en los casos en que, pese a discrepar con la decisión mayoritaria, coincida con un voto particular. En este caso se unirá al «oído» un «de acuerdo con el voto particular formulado por el consejero...». Con esto se refuerza el papel asesor del Consejo de Estado en perjuicio de su función de garantía de la legalidad y al mismo tiempo se da una gran importancia a la independencia individual de todos los consejeros de Estado y no sólo de la mayoría.

Sin embargo, la previsión de los votos particulares no fue una novedad absoluta: se hallaban previstos en los artículos 62 y 99 de la Ley de 13 de septiembre de 1888 <sup>109</sup>. Estas previsiones, que

<sup>107</sup> F. J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, CEC, Madrid, 1991, *in totum*.

<sup>108</sup> Artículo 7.3 del Reglamento orgánico del Consejo de Estado, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

<sup>109</sup> Artículo 62: «Para que haya sentencia serán necesarios los votos conformes de la mayoría absoluta de los ministros que concurran a la vista. Todo el que tome parte en la votación de una sentencia firmará lo acordado aunque disintiere de la mayoría, pero podrá en este caso salvar su voto, extendiéndolo, fundándolo e insertándolo con su firma al pie a continuación de la sentencia, publicándose y notificándose junto con ésta (...)».

Artículo 99: «Las sentencias definitivas y los autos resolviendo sobre excepciones dilatorias que pronuncie el Tribunal de lo contencioso-administrativo, y los votos particulares que se refieren a unas y otros se publicarán en la Gaceta de Madrid».

provenían del proyecto gubernamental, desencadenaron una fuerte oposición de los parlamentarios conservadores durante su tramitación, fundamentalmente en el Senado <sup>110</sup>. Sin embargo, se trataría de una novedad de vida corta: desaparecía en la primera reforma de la Ley de lo contencioso-administrativo, la operada en 1894. La razón aducida sería que la publicación de los votos particulares menguaba la autoridad del Tribunal, sin provecho ninguno para las partes <sup>111</sup>.

Habían triunfado en consecuencia las opiniones de quienes, como uno de los senadores conservadores, opinaba que la novedad llevaba a la «anarquía judicial», ya que

«esos embriones de sentencia serán, a no dudarlos, corteses en la forma, pero en el fondo llevarán la intención de hacer trizas los fallos que les precedan» <sup>112</sup>.

A la postre habría resultado inútil la defensa de don Vicente Romero Girón, senador liberal que había formado parte de la Comisión dictaminadora y que sin duda se adelantaba a su tiempo al afirmar que

«... la formación del Derecho, la consolidación del Derecho, la eficacia del Derecho en los tiempos modernos se funda sobre todo, en la publicidad. Y partiendo de este principio, que me parece también primordial en este punto, vengo a sostener por el mismo la necesidad de que todo el contenido de la sentencia y su modo de elaboración sea conocido; y aplico además a lo contencioso-administrativo esta regla por cuanto, por la naturaleza e índole de la materia que es objeto de lo contencioso-administrativo, lleva envuelta la decisión del Tribunal de lo Contencioso-administrativo una cierta cantidad de doctrina general que no todas las veces lleva envuelta la decisión del tribunal ordinario en lo que se refiere al conflicto de los derechos privados» <sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> Vid. L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., págs. 208-218.

<sup>111</sup> Exposición de Motivos del Real Decreto de 22 de junio de 1894, reformando varios artículos de la ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa de 13 de septiembre de 1888 y del reglamento general para su ejecución de 29 de diciembre de 1890.

<sup>112</sup> Manuel Aguirre de Tejada, conde de Tejada de Valdosera, en *Diario de Sesiones del Senado* núm. 111, de 18 de mayo de 1888, pág. 2312. Citado por L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., pág. 212.

<sup>113</sup> *Diario de Sesiones del Senado* núm. 111, de 18 de mayo de 1888, pág. 2315. Citado por L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., págs. 214-215.

### 3. EL CARÁCTER HABILITANTE DE LOS DICTÁMENES PRECEPTIVOS

En el párrafo 13 del artículo 10 de la LRJAE de julio de 1957 se modificó de forma sustancial el régimen de los informes preceptivos. En este precepto se dispone que

«es de la competencia del Consejo de Ministros (...) resolver aquellos asuntos en los que, habiéndose solicitado por un Ministro dictamen preceptivo del Consejo de Estado o del de Economía Nacional<sup>114</sup>, disienta aquél del parecer de éstos...».

Es decir, que cuando el Consejo de Estado emite un informe en virtud de una consulta preceptiva, el Ministro consultante sólo puede resolver de acuerdo con él o elevar el asunto al Consejo de Ministros, que tendrá plena libertad de decisión. En consecuencia, los dictámenes preceptivos del Consejo de Estado tienen naturaleza «parcialmente vinculante» o «habilitante» para los ministros, aunque no para el Gobierno como órgano colegiado<sup>115</sup>.

Esta técnica encuentra, desde luego, precedentes en la legislación española del siglo XIX, pero en procedimientos contencioso-administrativos. Curiosamente, esta norma no se encuentra en la Ley de 6 de julio de 1845, de organización y atribuciones del Consejo Real, sino en el «Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración», aprobado por Real Decreto de 30 de diciembre de 1846, que establecía que «el Real Decreto será refrendado por el Ministro de Gobernación de la Península» (art. 222), pero que «cuando Su Majestad no tuviese a bien conformarse con la

<sup>114</sup> El Consejo de Economía Nacional era un órgano consultivo adscrito a efectos organizativos a la Presidencia del Gobierno. De estructura similar a la del Consejo de Estado, fue creado por Ley de 4 de junio de 1940. Este Consejo estaba formado por el General Jefe del Alto Estado Mayor y el Delegado Nacional de Sindicatos —quienes también eran consejeros de Estado natos— más un Presidente y un número indeterminado de consejeros «nombrados directamente por el Jefe del Estado», según el artículo 2 de la Ley de 4 de junio de 1940. Curiosamente, el artículo 15 de su Reglamento, de 1957, disponía que serían nombrados por Orden de la Presidencia del Gobierno, en un momento en que los cargos de Jefe del Estado y Presidente del Gobierno, aunque ocupados por una misma persona, aparecían perfectamente diferenciados en la LRJAE. Resulta también reseñable que en junio de 1957, en el momento de promulgarse la LRJAE no tenía, salvo error por mi parte, atribuida ninguna materia como de informe preceptivo. No las tuvo, de hecho, mientras no se las atribuyó el artículo 6 del Decreto de 13 de septiembre de 1957 —una suerte de reglamento orgánico—, que de todas formas establecía que «el Gobierno podrá omitir este trámite previo siempre que lo aconsejen razones de urgencia». El Consejo de Economía Nacional fue suprimido por la Ley 18/1980, de 24 de abril, y su personal transferido a la Presidencia del Gobierno.

<sup>115</sup> Esta regulación se encuentra incorporada al artículo 2.5 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

resolución del Consejo, dictará en Consejo de Ministros el Real Decreto motivado que estime justo» (art. 223). Pese a utilizarse en ambos casos el término Real Decreto, la voluntad del autor del Reglamento parece haber sido limitar la deliberación del Consejo de Ministros a los casos de apartamiento del dictamen. La utilización de la palabra «Decreto» venía obligada por el tenor literal de la Ley reguladora del Consejo Real: «El Real Decreto que en vista del dictamen del Consejo recayere, será leído en Consejo pleno y terminará el punto litigioso» (art. 18).

La causa más probable de que esta regulación se incorporase en los términos citados en el Reglamento y no en la Ley es la influencia francesa. Más precisamente, a una influencia sobrevenida. En Derecho francés, esta regla había sido introducida de forma casi simultánea, por norma dictada con posterioridad a la Ley española del 6 de julio, concretamente por el artículo 24 de la Ley de 21 de julio de 1845<sup>116</sup>.

De forma similar al Reglamento de 1846, pero elevando de rango la regulación, en la Ley de 17 de agosto de 1860 se establecía que conformándose el Gobierno con el proyecto de sentencia elaborado por el Consejo de Estado, «lo aprobará por un Real Decreto refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros» (art. 62), pero se preveía también que en los casos en que el Gobierno no se conformase «publicará la que estime justa en la Gaceta de Madrid», precisando que este Real Decreto «debe ser motivado y acordado en Consejo de Ministros».

En términos más claros, la misma Ley del Consejo de Estado de 1860 establecía que «la real orden por la que se conceda o se niegue la vía contenciosa se expedirá por el Ministerio a que se haya elevado la consulta» (art. 58), pero que «cuando el Gobierno no se conformase con la consulta afirmativa del Consejo publicará en la Gaceta de Madrid una resolución motivada por medio de decreto acordado en Consejo de Ministros...» (art. 59).

La regulación anterior se refería a las competencias contenciosas del Consejo y desaparecería junto con la «jurisdicción retenida». Sin embargo, la regulación reintroducida por la LRJAE en julio de 1957 podría tratarse de una reminiscencia y no la única en la legislación de los cincuenta: un año más tarde, el artículo 43.1.c) de la Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, establecía también que habían de ser motivados aquellos actos que «se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o *del dictamen de órganos consultivos*».

<sup>116</sup> Vid. F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, cit., pág. 94.

Sin embargo, también podríamos estar ante una influencia del Derecho italiano. El Consejo de Estado italiano todavía desempeña funciones en régimen similar a la jurisdicción retenida, compatibilizándolas con otras propiamente jurisdiccionales. En este sentido, el «recurso extraordinario al Rey» ha sobrevivido a la promulgación de la Constitución republicana de 1948 como recurso «al Presidente de la República». Si la resolución del recurso no va a seguir el parecer del Consejo de Estado, debe pronunciarse el Consejo de Ministros<sup>117</sup>. A partir de este caso inicial de dictamen parcialmente obstativo, se generalizaría para todos los casos de informe preceptivo del Consejo de Estado, a través de una norma reglamentaria, dictada dos años antes de nuestra Ley del Consejo de Estado de noviembre de 1944. El Real Decreto núm. 444, de 21 de abril de 1942, estableció que en los asuntos

«en los cuales deba proveerse mediante Real Decreto previo dictamen del Consejo de Estado, debe oírse al Consejo de Ministros, cada vez que el Ministro que pidió el dictamen, no quiera atenerse a él»<sup>118</sup>.

De todas formas, en el Derecho español chocó la «reintroducción» de la regla y parece haber generado alguna resistencia por parte de los ministros y una clara toma de posición de la Comisión Permanente del Consejo de Estado en defensa de los efectos obstativos de sus dictámenes preceptivos, reflejada en la moción núm. 59, de 11 de julio de 1968, en la que a propósito de una infracción cometida por el Ministro de Comercio dictando una resolución «oído el Consejo de Estado» la Comisión Permanente denuncia los reiterados incumplimientos<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> Real Decreto núm. 1054, de 26 de junio de 1924, de aprobación del texto único de las leyes sobre el Consejo de Estado, artículos 14.4 y 16, párrafo segundo: «Nei casi previsti al numero 4 di questo articolo, quando il provvedimento sia contrario al parere del Consiglio di Stato, deve farsi constare dal decreto reale che è stato pure udito il Consiglio dei Ministri».

<sup>118</sup> El contenido de este precepto ha sido incorporado por la Ley núm. 400, de 23 de agosto de 1988, de disciplina de la actividad del Gobierno y ordenación de la Presidencia del Consejo de Ministros, artículo 2.3: «Son sometidos a la deliberación del Consejo de Ministros: (...) m) Las resoluciones que tienen que ser emanadas con decreto del Presidente de la República previo dictamen del Consejo de Estado, si el ministro competente no quiere conformarse con el dictamen.»

<sup>119</sup> En esta moción, el Consejo se cuida de precisar que el efecto traslativo de las discrepancias sólo se produce en los casos en que la consulta es preceptiva y también en afirmar el carácter de órgano asesor del Consejo de Estado, pese a este efecto de alteración de la competencia. Pero exige en tono firme el cumplimiento de la legalidad, no sólo por las consecuencias que podrían tener los vicios de los actos dictados por un órgano incompetente, sino por la «naturaleza jurídico-constitucional de las relaciones interorgánicas que, en el seno de la Administración del Estado, atribuyen las leyes examinadas, en forma recíproca, al Gobierno y al Consejo de Estado, delimitando los campos de competencias respectivas a la cabeza de los órdenes activo y consultivo de la Administración».

En todo caso, la pequeña historia de esta regla concreta pone de manifiesto las influencias recíprocas entre los Consejos de Estado de los tres países. Influencia decisiva en la creación y los primeros pasos del Consejo Real, primero, y del Consejo de Estado, después. También ponen de manifiesto la singularidad de un Consejo de Estado privado (¿definitivamente?) de funciones cuasijurisdiccionales.



# **II. Posición constitucional del Consejo de Estado**

