

EL CONSEJO DE ESTADO. ORIGEN HISTÓRICO Y REGULACIÓN ACTUAL A LA LUZ DE LA LEY ORGÁNICA 3/2004, DE 28 DE DICIEMBRE

TERESA MARÍA NAVARRO CABALLERO
Profesora Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad de Murcia
tnavarro@um.es

SUMARIO: I. Introducción. II. Evolución histórica. Singularidad del Consejo de Estado español respecto del *Conseil d'Etat* francés. III. El Consejo de Estado en la Constitución española de 1978. La continuidad institucional del Supremo Órgano Consultivo frente a su pretendida desaparición. 1. El debate constituyente. La discutida oportunidad de su constitucionalización y la definitiva atribución de una función de relevancia constitucional. 2. Su definitiva configuración en el artículo 107 de la Constitución Española. 2.1. El Consejo de Estado es un *órgano de relevancia constitucional*. 2.2. El Consejo de Estado como *supremo órgano consultivo del Gobierno*. IV. Naturaleza jurídica del Consejo de Estado 1. Posiciones doctrinales: el Consejo de Estado como órgano consultivo o como órgano de control. 2. Posición del Consejo de Estado. 3. Conclusión. V. El Consejo de Estado en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril. 1. Los diversos grados de autonomía del Consejo de Estado: orgánica, funcional y financiera. 2. Composición y miembros del Consejo de Estado. 2.1. El Pleno, la Comisión Permanente y las Comisiones de Estudio. 2.2. Sus miembros. 2.2.1. El nivel político: el Presidente y los Consejeros. 2.2.2. El nivel técnico: los Letrados del Consejo de Estado. 3. Funcionamiento del Consejo de Estado. 4. Competencias VI. El Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas

RESUMEN: El presente trabajo acomete el estudio del Consejo de Estado español efectuando un primer acercamiento a su origen y evolución histórica. A continuación, el análisis del Alto órgano consultivo aborda la configuración que éste ha recibido tanto en la Constitución Española de 1978 como en su Ley Orgánica 3/1980. De tal modo se efectúa una exposición de la naturaleza jurídica, composición, funcionamiento y competencias del Consejo de Estado, haciendo especial consideración de las modificaciones que han afectado a la institución en virtud de su última reforma efectuada por Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre.

PALABRAS CLAVE: Consejo de Estado, Administración Consultiva, Constitución Española, función consultiva.

ABSTRACT: The research aims to analyse the Consejo de Estado in Spain taking the origin of the institution into consideration. The study tackles the Consejo de Estado in the Spanish Constitution and its statute law. Moreover, the research analyses the nature, composition and areas of competence of the Consejo de Estado at present.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución española de 1978 consagra un Estado avanzado de Derecho en cuya parte orgánica, contenedora del entramado institucional de dicho Estado, existen

una serie de instituciones laterales que, aparte de los órganos constitucionales propiamente dichos, son órganos auxiliares que han de servir de control, garantía y auxilio de los principios democráticos solemnemente consagrados en el Título preliminar de nuestra Norma Fundamental.

Uno de los citados órganos de relevancia constitucional es el Consejo de Estado cuyo regulación constitucional no representa ninguna novedad en la medida en que se remonta a la propia Constitución gaditana de 1812. Ahora bien, la garantía institucional del supremo órgano consultivo adquiere un nuevo sentido en la Constitución de 1978 que lo configura como una pieza clave en el funcionamiento de la Administración contemporánea. En efecto, el multiseccional Consejo de Estado adquiere relevancia como mecanismo de control de la Administración Pública, sirve de garantía de los principios constitucionalmente consagrados en la misma así como de auxilio del Gobierno en el ejercicio de su función ejecutiva.

Ahora bien, antes de iniciar el estudio de una de las instituciones más antigua de nuestro Derecho, conviene efectuar un ligero repaso de su Historia, pues únicamente conociendo su configuración en el pasado se podrá comprender el Consejo de Estado en su diseño actual.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. SINGULARIDAD DEL CONSEJO DE ESTADO ESPAÑOL RESPECTO DEL *CONSEIL D'ÉTAT* FRANCÉS

Se ha dicho que la edad de un hombre se conoce sin dificultad, no así la de una institución. Esta afirmación efectuada respecto del Consejo de Estado francés, es perfectamente trasladable al nuestro pues no existe acuerdo unánime sobre el acta de nacimiento de nuestro Consejo de Estado como institución.

Tanto en Francia como en España existe una fractura en la Historia del Consejo de Estado. En España se produjo con el Decreto de las Cortes de Cádiz de 21 de enero de 1812 que representa la quiebra entre el Consejo del Antiguo Régimen y el Consejo de Estado constitucional. Ahora bien, en nuestro país la ruptura no es total ya que por diversos avatares decimonónicos y por la propia lógica de las instituciones el Consejo de Estado actual se puede considerar legítimo sucesor de él¹.

España, como Francia, debe a Napoleón gran parte del ser actual de la institución consultiva. Sin embargo, la influencia francesa en nuestro Consejo no es tan grande como en otros ordenamientos. De hecho, son dos las principales diferencias que existen entre el Consejo de Estado español y su homónimo francés. De un lado, el Consejo de Estado francés se erige en el juez administrativo supremo del país, lo que garantiza su independencia y refuerza enormemente su posición frente el Gobierno, que no puede permitirse ignorar las opiniones emitidas en vía administrativa. Por el contrario, el Consejo de Estado español perdió su condición de órgano jurisdiccional hace mucho

¹ Así lo reconoció expresamente el Dictamen de 28 de octubre de 1943. Y el propio Tribunal Supremo ha declarado al Consejo de Estado como el "sucesor del de Castilla y de su Cámara" (sentencia de 26 de noviembre de 1917).

tiempo y parece haber perdido, a juicio de un sector de la doctrina, el predicamento de que gozaban sus dictámenes ante los órganos jurisdiccionales. De otro lado, el Consejo de Estado francés tiene carácter de *gran corps*, en el que los ascensos desde un puesto de inferior rango como el de “auditor de segunda clase” hasta otro muy superior como el de Consejero se producen por antigüedad. Esto contrasta fuertemente con el Consejo de Estado español, calificado, incluso en la propia Constitución como supremo órgano consultivo, compuesto por un cuerpo de funcionarios altamente cualificados al servicio, sin embargo, de dos órganos políticos como el Pleno y la Comisión Permanente. A lo anterior se ha de añadir que el Presidente del Consejo español es nombrado y revocado discrecionalmente por el Gobierno, mientras que su homólogo francés, nombrado también por el Gobierno, ha de serlo entre Consejeros, no habiéndose producido ninguna revocación desde 1945. Consecuentemente, la cohesión y capacidad de influencia del Consejo de Estado francés, arropado además por miembros de la alta función pública, formados en la *Ecole Nationale d'Administration*, sea muy superior a los del Consejo español, que en última instancia puede resultar dividido y más controlable.

En coherencia con su propia evolución, la pérdida de competencias jurisdiccionales ha hecho que el Consejo de Estado español haya depurado al máximo la misión esencial de la institución: la función consultiva.

La perspectiva histórica anunciada, para ser completa, ha de remontarse mucho más atrás de la Constitución gaditana. Como ha afirmado CORDERO TORRES, el Consejo de Estado no tiene padres muy longevos pero sus antepasados sí que lo son y, así, desde que hubo Estado han existido órganos que desempeñan la función consultiva que es irremplazable².

En efecto, el Consejo de Estado es consustancial a la Monarquía. Surge con ella, y evolucionó a su lado en forma lenta y progresiva. Ahora bien, aún antes de la aparición del Consejo de Estado como órgano debió existir la función consultiva, como demuestra un texto de Tácito, el *Germania*, hacia el año 100, en el que al referirse a las instituciones de los pueblos germánicos habla del *consilium*. Más adelante una función similar sería invocada en textos medievales españoles, así el Fuero de Nájera o el de Sahagún, en los que el Rey consulta a los prelados y magnates reunidos en *consilium*. Finalmente, acabaría imponiéndose que el Rey consulte en todos los asuntos importantes a un órgano que desde el siglo XII se denominará “Concilium”, “curia”, “cort” o “Corte”.

Resulta comúnmente admitido por la doctrina que la fecha de nacimiento del Consejo de Estado español, en cuanto órgano, son las Cortes de Valladolid de 1385. El Rey Juan I crea el Consejo Real como un cuerpo burocrático organizado, con plantilla fija, carácter permanente y funciones propias. En éste existía una considerable tensión entre los elementos políticos y los jurídicos: la pugna entre los Consejeros togados frente a los de “capa y espada”. En su composición sufrió cambios desde la Ordenanza de 1465 de Enrique IV hasta los Reyes Católicos, quienes en las Cortes de Madrigal de 1476 y en las de Toledo de 1480 dispusieron que la composición definitiva fuera de un

² CORDERO TORRES, J. M.: *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944, p. 15.

prelado y doce plazas, tres para caballeros y las restantes para Letrados. Es bajo el reinado de aquéllos cuando se refuerza la autoridad del Consejo cuyas funciones eran muy variadas en la medida en que “...era Cuerpo de consulta que determinaba sobre los negocios *librados por Cámara*, asimismo era Cuerpo activo de la incipiente administración real que libraba por expediente con fuerza ejecutiva. Intervenia en el ejercicio del Poder legislativo por medio de autos y pragmáticas. Y por último entendía y fallaba en asuntos judiciales muy variados del orden civil, penal y administrativo. En esta última función casi siempre actuaba como Tribunal superior o extraordinario, en último grado y para los asuntos más importantes”³.

Con el advenimiento de la dinastía Borbón, el sistema sinodial entra en decadencia pues aunque las disposiciones de 1715 que reorganizaron el Consejo de Castilla no resultaron demasiado hostiles al mismo auguran el comienzo de su ocaso. En tal sentido, fue determinante para su debilitamiento el florecimiento de una nueva burocracia, a través de la multiplicación y desarrollo de las Secretarías de Estado, sobre todo si se tiene en cuenta que antes del reinado de Felipe V existía una sola Secretaría de Estado que despachaba todos los asuntos que posteriormente se repartirían en las de nueva creación. La tendencia se acusa más fuertemente con la nueva planta de las Secretarías del despacho establecida el 30 de noviembre de 1714, en que se crearon cuatro ministros-secretarios —Estado, Justicia, Guerra, Marina e Indias— y un intendente universal de Hacienda. Los Secretarios fueron adquiriendo importancia, autoridad y poder y su personal administrativo creció considerablemente adquiriendo una cierta estabilidad. Paulatinamente acabaría conformándose una Administración diferente a la de los Consejos, que será el germen de nuestra Administración del siglo XIX, en la que la desconfianza hacia los antiguos Consejos imperiales se acentúa mermando su independencia en favor de los ministros cuando el sistema sinodial entraba en conflicto con el nuevo modelo.

Como se ha señalado, el primer Consejo de Estado constitucional español es el creado por las Cortes de Cádiz el 21 de enero de 1812, regulado más tarde por la Constitución del mismo año en los artículos 231 a 241. El artículo 236 señalaba: “El Consejo de Estado es el único Consejo del Rey, que oír su dictamen en los asuntos graves gubernativos, y señaladamente para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra y hacer los tratados.”

Tras la muerte de Fernando VII fueron varios los proyectos de gobierno que trataron de establecer un Consejo de Estado y que se encontraban fuertemente influenciados por los exiliados a Francia, los afrancesados Silvela, Javier de Burgos, Mendizábal o Bravo Murillo. Éstos sufrieron el rechazo al considerarlos una mera importación francesa, lo que junto a la inestabilidad política provocó que se abandonara el proyecto de creación de un Consejo de Estado y se sustituyera por el Consejo Real, creado por ley de 6 de julio de 1845 aunque la diferencia era puramente nominal. La importante labor desarrollada por éste ha sido destacada por la doctrina y, así, GARCÍA TREVIJANO le atribuye haber sentado las bases del incipiente régimen administrativo, considerán-

³ *Ibidem*, p. 21.

dolo como el forjador de nuestras principales Leyes administrativas de la época⁴. En este sentido, se le encargó la formación del proyecto sobre contratación por cuenta del Estado de todas las obras y servicios públicos, el proyecto de Ley del notariado... de esta época es el dictamen sobre el proyecto de expropiación forzosa, el del Canal de Isabel II, donde se plantearon graves cuestiones sobre propiedad, expropiación, derechos preferentes, dotaciones, etc... o, en fin, el del proyecto de ley sobre sociedades anónimas. De igual modo, CORDERO TORRES señala que al Consejo Real se debe la moderna técnica administrativa y la noción de lo contencioso, o su actuación como Tribunal de competencias⁵.

El Real Decreto de 14 de julio de 1858 cambió el nombre de Consejo Real por el de Consejo de Estado, “por la mayor autoridad que con la tradición lleva consigo aquel título”, dándole el máximo rango, después del Consejo de Ministros. Conservará ya su nombre hasta la actualidad, con la única excepción de la Segunda República que se verá a continuación. El artículo 9 del citado Real Decreto ordenaba al Gobierno presentar a las Cortes un proyecto completo de organización y atribuciones del Consejo de Estado, que fue la Ley de 17 de agosto de 1860, orgánica del Consejo de Estado. El artículo 1 de la ley lo define como “El Cuerpo supremo consultivo del Gobierno en los asuntos de Gobernación y Administración, y en los contencioso-administrativos de la Península y Ultramar. Precede a todos los Cuerpos del Estado después del Consejo de Ministros”.

La Ley Orgánica del Consejo de Estado, de 5 de abril de 1904, reforma profundamente el Alto Cuerpo Consultivo. En su virtud, pierde definitivamente sus funciones jurisdiccionales que pasan al Tribunal Supremo, y se configura definitivamente como órgano consultivo.

La dictadura del General Primo de Rivera afectó muy profundamente al Consejo de Estado, que sufrió sucesivas y desordenadas reformas. Por ello, con el advenimiento de la Segunda República la reforma del mismo fue inmediata. La Constitución de 1931, silenció su nombre por considerarlo “incompatible con el espíritu democrático” y se refirió a él como el “Cuerpo consultor supremo de la República en asuntos de Gobierno y Administración”, remitiendo su regulación a una “ley especial”. Los acontecimientos frustraron el desarrollo del artículo 93.2 de dicha Constitución, pese al entendimiento de que el Consejo Supremo Consultivo se podría haber convertido en un modelo para otros ordenamientos europeos, similar al Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución republicana.

Después de la guerra civil, la ley de 10 de febrero de 1940 restablece el funcionamiento del Consejo de Estado. Su situación provisional expresamente establecida en la Exposición de Motivos de la Ley de 1940 terminó con la promulgación de la Ley orgánica de 25 de noviembre de 1944, precedente de la actual, la Ley 3/1980, de 22 de abril, Orgánica del Consejo de Estado (en adelante LOCE).

⁴ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: “La función consultiva de las Administraciones Públicas, con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas”, *Revista de Administración Pública*, nº 133, 1994, p. 145 y ss.

⁵ CORDERO TORRES, J. M., u.o.c., p. 25.

III. EL CONSEJO DE ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. LA CONTINUIDAD INSTITUCIONAL DEL SUPREMO ÓRGANO CONSULTIVO FRENTE A SU PRETENDIDA DESAPARICIÓN

1. El debate constituyente. La discutida oportunidad de su constitucionalización y la definitiva atribución de una función de relevancia constitucional

Perdidas las características funcionales y orgánicas que históricamente determinaron su creación, el Consejo de Estado pudo haber sido silenciado por la Constitución de 1978 e, incluso suprimido por una simple Ley ordinaria. Como afirma PARADA, las funciones de asesoramiento jurídico que le restaban podían ser ya fácilmente cubiertas por otra institución como la Dirección General de lo Contencioso del Estado u otro cuerpo de funcionarios Letrados⁶. Y es que, en opinión de aquel autor, la lógica constitucional llevaba al silenciamiento del Consejo de Estado y a la derogación de la ley que venía rigiendo desde el régimen político anterior.

Sin embargo, el Consejo de Estado aseguró su continuidad institucional y el artículo 107 de la Carta Magna lo configuró como supremo órgano consultivo del Gobierno, remitiendo a una Ley Orgánica la regulación de su composición y competencia. Además, el artículo 153 exige su dictamen preceptivo en el ejercicio de la delegación de materias de titularidad estatal a las Comunidades Autónomas.

El debate que acerca de esta figura mantuvieron los constituyentes se centró básicamente en dos temas: el primero era el relativo a la oportunidad o no de constitucionalizar el Consejo de Estado; el segundo, el relativo a la posición institucional del mismo.

En efecto, la inclusión del Consejo de Estado en la Constitución fue objetada en la tramitación parlamentaria sin que ello constituyera en ningún momento una oposición ni frontal ni mayoritaria.

La enmienda 543 del Grupo Mixto al Anteproyecto de Constitución pedía la supresión del entonces artículo 106 sobre el Consejo de Estado “por no estimar necesaria su constitucionalización en nuestro régimen jurídico-administrativo”. No aparece, sin embargo, defendida dicha enmienda en el debate en la Comisión Constitucional ni en el Pleno, por lo que no pueden conocerse con exactitud las razones que la fundamentan, fuera de la lacónica motivación escrita recogida en su texto. No ocurrió lo mismo con la enmienda presentada en el Senado por el grupo de Progresistas y Socialistas Independientes, que igualmente se oponían a la constitucionalización del Consejo de Estado. Esta enmienda sí fue objeto de debate, y en él, tras destacar el prestigio de la institución y el mérito de su doctrina, se ponía en duda, sin embargo, la necesidad de consagrar su existencia en el propio texto constitucional entendiéndose que era una institución que podía regularse por ley ordinaria. Sin embargo, la enmienda fue derrotada mayoritariamente y no se mantuvo para el debate en el Pleno.

⁶ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, vol. I, decimoquinta edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 125.

Del mencionado debate no pueden extraerse demasiadas conclusiones salvo la de que el constituyente tomó una decisión consciente sobre la oportunidad de recoger en el texto constitucional el Consejo de Estado. De esta “constitucionalización consciente” del Consejo de Estado se extrae el carácter deliberado de aquélla.

Todo lo anterior pone de relieve que, si la no inclusión del Consejo de Estado en el texto constitucional no implicaba su desaparición de nuestras instituciones, su inclusión supone algo más: supone una valoración del constituyente acerca de la necesidad de su existencia; en concreto, la asignación objetiva de una función de relevancia constitucional. Es decir, no tanto que se asigne una función consultiva a un determinado órgano, sino que la existencia de un órgano consultivo con su propia función es algo que el Constituyente valora como merecedor de rango constitucional.

De otro lado, en cuanto a la posición constitucional del Consejo de Estado hay que reseñar que esta cuestión constituyó el nudo central de la discusión. La fórmula del actual artículo 107, “El Consejo de Estado es el Supremo Organismo Consultivo del Gobierno”, es idéntica a la del artículo 106 del Anteproyecto de Constitución elaborado por la Ponencia constitucional⁷. Esa misma redacción es la del artículo 100 del Proyecto aprobado por el Pleno del Senado. Sólo el texto aprobado por la Comisión constitucional del Congreso dio otra redacción al primer inciso del artículo, así, “El Consejo de Estado es el Supremo Organismo Consultivo en materias de Gobierno y Administración”.

En torno a estas dos redacciones giró casi todo el debate constitucional, aunque en realidad las variaciones son pequeñas. Aquél no se refería a si la redacción final que configuraba al Consejo de Estado como Organismo Consultivo del Gobierno, impedía a éste conocer de asuntos de pura administración. En el debate del Congreso PECES-BARBA entendía que la expresión “Gobierno” implicaba las materias de gobierno y Administración. De hecho al Gobierno pertenece la dirección de la Administración (artículo 97 de la Constitución Española de 1878) y, además, no sólo gobierna como órgano colectivo, como Consejo de Ministros, sino también ejerciendo cada miembro del mismo sus funciones propias como ministro responsable de la cartera de la que es titular.

⁷ A dicho artículo 106, publicado en el B.O.C. número 44, de 5 de enero de 1978, se presentaron las enmiendas registradas con los números 7, 74, 291, 431, 534 y 779. La enmienda núm. 7, del señor De La Vallina, añadía el inciso “de la Administración” inmediatamente después de la palabra “Gobierno”, argumentando que no debe olvidarse que el Consejo de Estado es órgano consultivo de la Administración, máxime cuando el título en que va incluido este artículo distingue entre Gobierno y Administración. Las enmiendas núm. 79, del señor Silva Muñoz, y núm. 779, del Grupo Parlamentario U.C.D., sustituían “del Gobierno” por “en asuntos de gobierno y administración”, por considerar que esta expresión mantiene las tradicionales competencias del Consejo de Estado, incluyendo el control de oportunidad de las actividades administrativas, que desaparecería en otro caso. Las restantes enmiendas, de los Grupos Socialista del Congreso, Socialistas de Cataluña y Mixto, respectivamente, proponían la supresión del artículo por no estimar necesaria la constitucionalización del Consejo de Estado.

La Ponencia informó en el sentido de mantener el primitivo texto, pero la Comisión del Congreso aceptó la modificación postulada en las enmiendas núm. 74 y 779. En el debate de la Comisión el señor Herrero y Rodríguez de Miñón puso de relieve la tradición del texto propugnado y la amplia interpretación que últimamente había logrado (Diario de Sesiones del Congreso, núm. 81, de 6 de junio de 1978). Sin embargo, el Pleno del Congreso, aceptando los votos particulares de los Grupos Parlamentarios Socialista del Congreso, Socialistas de Cataluña y Comunista, volvió al texto del Anteproyecto Constitucional. Se argumentó como justificación de dichos votos que el término “Gobierno” había de entenderse en un sentido amplio comprensivo también de “Administración”. Ese fue el texto del artículo hasta que la Comisión Mixta introdujo la exigencia de que fuera regulado por una ley orgánica.

A mayor abundamiento, el debate no se refería tanto a si la calificación de “órgano consultivo del Gobierno” impediría al Consejo de Estado conocer de asuntos de administración como a la posición constitucional del mismo: esto es, si era un órgano del Poder Ejecutivo —*staff* se llegó a decir— o un órgano del Estado. Para justificar la tesis de órgano del Estado se ponía como ejemplo su intervención, en la legislación preconstitucional, en materias competencias de Corporaciones Locales; así mismo se señalaba que el artículo 153 de la Constitución asignaba al Consejo de Estado funciones de intervención en el control sobre las Comunidades Autónomas. Era evidente que no se podía afirmar que el Consejo de Estado era el supremo órgano consultivo del Gobierno y sólo del Gobierno; esa afirmación impedía que pudiera asesorar a Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales.

Ahora bien, los argumentos sobre Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales no tenían sino valor dialéctico, pues la intervención del Consejo sobre materias competencia de las Corporaciones Locales respondía a una legislación preconstitucional que no consagraba la autonomía local y concedía al Gobierno amplias facultades de tutela sobre las mismas.

Lo mismo sucede con el argumento de las Comunidades Autónomas, pues las facultades que el artículo 153 de la Constitución Española atribuye al Consejo de Estado no se refiere al control directo por éste del ejercicio de facultades delegadas a las Comunidades Autónomas por el Estado, mediante, por ejemplo, el asesoramiento directo a las Comunidades Autónomas en ese campo. Antes al contrario, lo que el Consejo de Estado hace es controlar al Gobierno de la Nación en lo que se refiere a la forma en que aprecia la conformidad o disconformidad con los términos de la delegación de la actuación de las Comunidades Autónomas. Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

Sin duda, las funciones que se asignan al Consejo de Estado oscilan íntegramente dentro de las que corresponden al Gobierno y Administración. Este cumple una función preventiva y una función de ayuda a la labor del ejecutivo. Parece, pues, que su incardinación en la órbita del Poder Ejecutivo es adecuada.

Las enmiendas mencionadas pretendían que el artículo 107 constitucional indicara que el Consejo de Estado era el supremo órgano consultivo en materias de Gobierno y Administración. Aunque lo que se pretendía eludir era la actual afirmación de que es el supremo órgano consultivo del Gobierno, al entender que, con esa afirmación, se comprometía la independencia del Consejo, haciéndolo dependiente del Gobierno. Sin embargo, tal afirmación ni siquiera quiere decir que depende de él, o que esté incardinado en el ejecutivo pues la preposición “de” no tiene por qué significar dependencia o apropiación del órgano como tal, ya que “puede ser expresiva de la misión o función de un órgano respecto de otro, cualquiera que sea su posición constitucional. Por consiguiente, la fórmula actual no prejuzga nada a ese respecto”⁸.

⁸ DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “El Consejo de Estado en un Estado Democrático y Social de Derecho”, en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Volumen I, p. 87.

Así pues, el artículo 107 de la Constitución más que prever un órgano establece un determinado tipo de Gobierno y Administración: el propio de un Estado de Derecho, que se concreta no sólo en el control judicial posterior, sino en un sistema preventivo de consulta preceptiva que pretende garantizar el sometimiento de la Administración Pública al Derecho. Evidentemente, ese modelo constitucional de Administración Pública no tiene por que alterarse por el fenómeno de la descentralización política: la sujeción a derecho y los mecanismos para garantizarla han de seguir siendo los mismos. La previsión de un órgano consultivo no es sino una forma de entender y concretar las exigencias del Estado de Derecho en el Gobierno y Administración, y esta forma de entender el Estado de Derecho se extiende a todas las Administraciones.

La STC 204/1992, de 26 de noviembre corrobora la afirmación de que el Consejo de Estado no sólo está concebido para servir al Ejecutivo Central. Esta sentencia, que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 23.2 de la LOCE y que se verá más adelante, concluyó que “el Consejo de Estado no depende del Gobierno ni de la Administración activa y que actúa, para la tutela de la legalidad y del Estado de Derecho, con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad”, lo que permite que sirva también a las Comunidades Autónomas, como habrá ocasión de ver.

2. Su definitiva configuración en el artículo 107 de la Constitución Española

El artículo 107 de la Constitución Española reza: “El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencias.”

Del tenor de este artículo se puede extraer las siguientes afirmaciones:

2.1. *El Consejo de Estado es un órgano de relevancia constitucional*

La distinción entre “órganos constitucionales” y “órganos de relevancia constitucional o auxiliares” es original de SANTI ROMANO, y su recepción en España se proyecta de forma relevante con el profesor GARCÍA-PELAYO. Este último manifestó que una característica esencial de los órganos constitucionales consiste en que son establecidos y configurados directamente por la Constitución, por lo tanto ésta no ha de limitarse a una simple mención ni a la mera enumeración de sus funciones o de alguna competencia aislada, como sucede con los órganos o instituciones “constitucionalmente relevantes” sino que reciben *ipso iure* de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órganos⁹.

Por su parte, GARCÍA ALVAREZ, ha señalado el carácter artificial de la distinción entre poderes y funciones que distingue dentro de los órganos estatales superiores a los órganos constitucionales y a los auxiliares. Para este autor parece indudable que, tanto el Tribunal de Cuentas —sin perjuicio del ejercicio de la jurisdicción contable— como

⁹ GARCÍA-PELAYO, M., “El status del Tribunal Constitucional”, *Obras completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, vol. I, p. 83.

el Defensor del Pueblo son órganos auxiliares de las Cortes, a las que van dirigidos sus informes, pero no como Poder legislativo, sino en su función de control del Gobierno. En consecuencia, el Consejo de Estado es un órgano auxiliar del Gobierno en su función constitucional de dirección de la Administración¹⁰.

Respecto a las competencias concretas que desempeña el Consejo de Estado, la libertad del legislador no es total para definir las, pues por imperativo constitucional ha de encomendársele el examen de las grandes cuestiones gubernativas y administrativas. En efecto, sus funciones están definidas con objetividad por la propia Constitución, que persigue con ello que el Consejo actúe con independencia respecto de los demás órganos constitucionales y auxiliares. Así pues, la Constitución define al Consejo de forma subjetiva, lo que es acertado puesto que la consideración de la función del Consejo de forma aislada, sin tener en cuenta su relación con el Gobierno, haría difícil la distinción cualitativa de su cometido del mero asesoramiento jurídico. En tal sentido, la especificidad del Consejo de Estado radica en la estabilidad de sus miembros y, fundamentalmente, en su relación directa con el Gobierno, al que proporciona criterios jurídicos que permiten la garantía de los derechos e intereses legítimos. El Consejo de Estado es secundariamente un asesor en cuestiones jurídicas, como lo son el Consejo francés o el italiano, que son fundamentalmente órganos jurisdiccionales, sin embargo, lo que justifica su existencia y su relevancia constitucional es su colaboración con el Gobierno en la tutela de la legalidad, como una de las articulaciones orgánicas de la cláusula del Estado de Derecho.

En fin, se puede concluir la unanimidad doctrinal al configurar el Consejo como un órgano de relevancia constitucional¹¹. Las consecuencias que de esa afirmación se deriva son, de un lado, la imposibilidad de suprimirlo ni siquiera a través de una Ley Orgánica sino es en virtud de la reforma constitucional. Naturalmente, esto es consecuencia de la garantía institucional de que goza aquél órgano, pues es bien sabido que el legislador no puede desconocer ni la institución en sí misma, no pudiendo crear otro órgano supremo del Gobierno de carácter consultivo distinto del Consejo, ni los rasgos esenciales de dicha institución, de forma que ésta debe quedar preservada en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar¹². De otro lado, tampoco sería posible alterar, ni siquiera por Ley orgánica su función genuina ya que sería contrario a la Constitución mantener nominalmente la existencia del Consejo de Estado vaciándola de la que constituye su función propia.

2.2. *El Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno*

El carácter de órgano supremo del Consejo de Estado se manifiesta de diverso modo y, así, los asuntos en que hubiese dictaminado el Pleno no podrán remitirse a in-

¹⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, G., *La función constitucional del Consejo de Estado*, Cedecs Editorial S.L., 1996.

¹¹ AROZAMENA SIERRA, J., "La caracterización constitucional del Consejo de Estado", *Documentación Administrativa*, núm. 224-225, 1996 y GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., "La función consultiva de las Administraciones Públicas", *Revista de Administración Pública*, núm.133, enero-abril 1994.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio.

forme de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración del Estado y en los que hubiera dictaminado la Comisión Permanente sólo podrá informar el Consejo de Estado en Pleno¹³. Además, no está integrado en ninguno de los Departamentos ministeriales y precede a todos los demás cuerpos de la Administración después del Gobierno¹⁴.

De otro lado, el citado precepto constitucional parece vincular al Consejo de Estado con el Gobierno, en cuanto lo configura como el supremo órgano consultivo del mismo. Sin embargo, de acuerdo con los principios hermeneúticos admitidos en nuestro ordenamiento jurídico, la expresión “del Gobierno” del artículo 107 de la Constitución, no puede aceptarse en un sentido excluyente que limite la proyección o auxilio del Consejo de Estado. El supremo órgano consultivo es, ante todo, un valioso auxiliar del Gobierno, pero esta circunstancia no supone que la Carta Magna impida una extensión de su actividad consultiva a otros órganos del Estado, pues la Constitución no consagra un sistema de rígida separación de poderes, sino de estricta colaboración entre ellos¹⁵.

En definitiva, ante la duda de si la definición como supremo órgano consultivo del Gobierno impediría que pudiera ser consultado por otros órganos constitucionales el artículo 20.1 de la Ley dispone que “el Consejo emitirá dictamen en cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno o sus miembros, o las Comunidades Autónomas a través de sus Presidentes”. Sobre este extremo se volverá al final del presente trabajo.

IV. NATURALEZA JURIDICA DEL CONSEJO DE ESTADO

1. Posiciones doctrinales: el Consejo de Estado como órgano consultivo o como órgano de control

La naturaleza del Consejo de Estado es una cuestión debatida doctrinalmente, existiendo dos posturas encontradas. De un lado, aquellos autores que lo conciben como un órgano de control y por lo tanto sus funciones gozan de una vertiente fiscalizadora. En tal sentido se cita el artículo 2 de su Ley Orgánica, que encarga la vigilancia en el ejercicio de su función de la observancia de la Constitución y del resto del Ordenamiento Jurídico. Para este grupo destaca, por lo tanto, este papel característico de vigilante de la legalidad del Consejo, que lo configura como su rasgo esencial definidor pues la función consultiva que el Consejo de Estado ejerce consiste mayoritariamente en un control de la regularidad del funcionamiento de la Administración¹⁶.

¹³ Véase el artículo 2.2 de la LOCE, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre.

¹⁴ Artículos 1.3 y 1.4 del Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado. El Reglamento Orgánico del Consejo de Estado —en adelante ROCE— ha sido últimamente modificado por el Real Decreto 449/2005, de 22 de abril.

¹⁵ Así, el artículo 109 de la Constitución Española que establece que las Cámaras y sus comisiones podrán recabar la información y ayuda que precisen de cualesquiera autoridades del Estado; el artículo 118 establece que es obligado prestar la colaboración requerida por los jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

¹⁶ En tal sentido, BRAVO-FERRER DELGADO, ob. cit., y PÉREZ-TENESSA, “Perspectivas del Consejo de Estado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 22, 1979.

De otro lado, los autores que entienden el Consejo de Estado como un órgano consultivo atienden a las cuatro notas que caracterizan aquéllos en sentido estricto¹⁷. En primer lugar, este tipo de órganos se caracterizan por situarse fuera de la estructura departamental pues se estima que la separación respecto del órgano activo es necesaria para la emisión de juicios objetivos, evitándose así la influencia que podría ejercer tal órgano sobre el consultivo al evacuar su informe o dictamen. Se busca la neutralidad, que no se preserva, al menos en el caso de los órganos *staff*, por la aludida cercanía al centro de toma de decisión.

Como advierte el mencionado autor, separación no es incomunicación; en ocasiones es aconsejable la comunicación ya que permite al órgano consultivo conocer con una mayor exactitud la realidad subyacente a la consulta que se le formula. A tal fin responde, por ejemplo, la posibilidad que el artículo 18.1 de la LOCE reconoce al Consejo de conceder audiencia directamente a los interesados cuando así se le solicite o, incluso, a iniciativa del propio Consejo de Estado. Naturalmente, la referida comunicación debe producirse desde la distancia que impone la función del órgano consultivo, precisamente para preservar su función propia y evitar su desnaturalización convirtiéndolo, realmente, en un órgano *staff*.

En segundo término, los órganos consultivos se caracterizan porque suelen tener competencias generales, no simplemente sectoriales sobre materias determinadas. Es lo que ocurre con el Consejo de Estado frente, por ejemplo, el Consejo de Obras Públicas: mientras que el primero tiene competencias consultivas sobre materias variadas, el segundo se circunscribe al ámbito propio del Departamento dentro de cuya estructura se integra¹⁸.

En tercer lugar, los órganos consultivos tradicionalmente se han caracterizado por su estructura colegiada, ante la necesidad de dar adecuado cumplimiento a su función específica. Para ello, nada mejor que reunir distintos puntos de vista en el seno de un mismo órgano, que incluso pueden llegar a exteriorizarse a través de votos particulares. En efecto, los órganos consultivos se pueden concebir como órganos colegiados perfectos, en el sentido de que los dictámenes o informes son el resultado de un régimen de mayorías interno, esto es, el resultado de un procedimiento de elaboración interno en el que el régimen de mayorías es decisivo. De esta afirmación se pueden extraer dos conclusiones: en primer lugar, que el informe o dictamen de un órgano consultivo es propiamente de la mayoría, pues es ésta la que constituye el juicio emitido. El voto particular es sólo un instrumento que permite dejar constancia de la posición discrepante de alguno o algunos de los miembros que integran el órgano colegiado (o incluso para preservar la responsabilidad del miembro discrepante) pero nunca puede erigirse en sustituto del dictamen de la mayoría. En segundo término, que para poder hablar estrictamente de órgano

¹⁷ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, ob. cit., pp. 132 y siguientes.

¹⁸ El Consejo de Obras Públicas está adscrito orgánicamente al Ministerio de Fomento, a través de la Subsecretaría, sin perjuicio de su dependencia funcional de los Ministerios de Fomento y Medio Ambiente en la esfera de sus respectivas competencias.

consultivo colegiado no puede calificársele de órgano colegiado imperfecto, ni reconocérsele una especie de derecho de veto al Presidente del mismo.

Así pues, si el Presidente decide de tal forma que los dictámenes no se aprueban en el seno del órgano colegiado a través del régimen de mayorías (lo que obligaría a admitir la existencia de un órgano colegiado imperfecto), se estaría desnaturalizando absolutamente la función del órgano consultivo, máxime si el nombramiento del Presidente de dicho órgano depende de los órganos activos mismos.

Efectivamente, no resulta admisible, al menos para hablar con rigor de órgano consultivo propiamente dicho, admitir que aunque rija en el seno del órgano el régimen de mayorías, se reconozca su Presidente un derecho de veto sobre los acuerdos relativos a materias determinadas, pues se le atribuiría una preeminencia que, si no llega a la categoría de órgano colegiado imperfecto, sí denota una pérdida de la neutralidad propia de todo órgano consultivo. Además, si se trata de preservar la neutralidad del órgano consultivo, integrado además por personas de distinta procedencia que permiten un rico intercambio de pareceres, es evidente que no se puede admitir esa posibilidad y se debe preservar el origen variado de los integrantes del colegio, formando éste su voluntad a través del sistema de mayorías.

A propósito de lo anterior se plantea el interrogante de si pueden formar parte del órgano colegiado consultivo titulares de órganos activos. Y de otro lado, ¿cómo se puede preservar mejor la neutralidad de aquéllos? ¿en virtud de la movilidad o inmovilidad de sus miembros? En cuanto a la primera cuestión comparto el parecer de GARCÍA-TREVIJANO ya que en ocasiones puede ser aconsejable incluso tal integración de titulares de órganos activos decisorios, puesto que permitirá al órgano consultivo un mejor conocimiento de la realidad sobre la que va a emitir su juicio. Pero, eso sí, sin que en ningún caso aquéllos constituyan la mayoría, ya que se produciría una confusión entre el órgano consultante y el consultivo.

Respecto de la segunda cuestión, es decir, cómo preservar la neutralidad de los miembros del órgano consultivo podrían apuntarse ventajas y desventajas de una y de otra posibilidad. Así, una amovilidad amplia puede provocar el sometimiento de hecho de los miembros del órgano colegiado consultivo al Gobierno de turno, pues de éste dependerá su continuidad, existiendo el riesgo de que éstos encaminen sus actuaciones a hacer méritos con la única finalidad de conservar su puesto. Frente a ello, la inamovilidad total puede provocar la relajación en la preparación de los integrantes del órgano, creándose incluso un grupo hostil al propio Gobierno, primando en su quehacer sus inclinaciones políticas ante la consabida garantía de no perder su puesto.

A la vista de lo anterior se debe afirmar con GARCÍA-TREVIJANO que la neutralidad de los miembros de un órgano colegiado viene dada primordialmente por la propia asunción personal de la función que realizan¹⁹.

¹⁹ *Ibidem*, p. 141.

En fin, cualquiera que sea la solución que se adopte, es necesario que el nombramiento de los miembros de los órganos consultivos propiamente dichos reúna las siguientes características:

1. El nombramiento debe otorgarse por un plazo mínimo de tiempo suficiente para evitar influencias o injerencias externas, plazo que convendría que fuera superior a una legislatura.

2. Durante dicho período de tiempo, el nombrado deberá ser inamovible, salvo renuncia o enfermedad, tramitándose, en este último caso, expediente donde se constate objetivamente aquélla. Sin este requisito de la inamovilidad no podría hablarse de autonomía e independencia de los miembros del órgano consultivo y, en definitiva, de este último.

3. El nombramiento, por último, debe recaer en personas que aporten diversos puntos de vista al órgano consultivo, evitando la creación de órganos consultivos políticamente afines.

La última característica de los órganos consultivos propiamente dichos, aunque predicable de todos los órganos consultivos en sentido amplio, consiste en que su informe o dictamen ha de ser anterior a la decisión que debe adoptar el consultante, puesto que su finalidad consiste, como se ha manifestado en repetidas ocasiones, en ilustrar previamente al órgano activo y, difícilmente podría ilustrarse si ya se ha adoptado la decisión por parte de éste. De tal afirmación se deriva el rechazo de la postura del Tribunal Supremo que en alguna ocasión ha admitido la subsanación de la omisión de un dictamen preceptivo pues ¿cuál es la finalidad de que el órgano consultivo emita el dictamen con posterioridad a la decisión ya adoptada? En todo caso, no puede ignorarse que en nuestro ordenamiento existe algún supuesto como el del artículo 22.6 de la LOCE que permite que en los casos de impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional pueda solicitarse el dictamen del Consejo de Estado con carácter previo o posterior a la interposición del recurso.

También se ha planteado la cuestión de si el dictamen puede ser o no obligatorio para el órgano activo. Que duda cabe de que los “consejos” son en esencia no obligatorios o vinculantes, pues de otro modo se estaría convirtiendo a aquél en órgano activo o decisor. En nuestro ordenamiento jurídico ésta es la regla general, pero en algunos casos, se ha previsto dicho carácter vinculante en supuestos de especial gravedad, como es el caso de la revisión de oficio de los actos administrativos.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de impugnar directamente el dictamen vinculante siempre se ha mantenido que el dictamen del Consejo es un acto de trámite que se inserta dentro de un procedimiento administrativo y que, como tal, no es impugnabile de manera autónoma. Podrá impugnarse el acto que ponga fin al procedimiento, acto en el que se reflejarán los vicios que hayan podido cometerse durante la tramitación del procedimiento, incluidos los referidos al dictamen del Consejo. Pero siendo

ésta la regla general, es difícil mantenerla tratándose de los dictámenes vinculantes. Por ejemplo, qué podría hacer el órgano consultante cuando pretende revisar de oficio un acto que estima que adolece de un vicio de nulidad radical y el Consejo emite un dictamen desfavorable. En las pocas ocasiones en que se ha pronunciado la doctrina al respecto se admite la recurribilidad si puede considerarse el dictamen acto suficiente, decisor y eficaz.

2. Posición del Consejo de Estado

Por su parte, el propio Consejo de Estado concibe su función como “esencialmente consultiva” y añade que “no ejerce ningún tipo de control sobre otros órganos”²⁰. Además, en la moción de la Comisión Permanente número 82, de 21 de noviembre de 1984, dirigida al Gobierno a raíz de la aprobación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de reforma de la función pública, el Consejo caracteriza su propia función consultiva con las notas de *independencia* y *objetividad*. La independencia sería el resultado de la inamovilidad de Consejeros natos y electivos, de la relevancia de los cargos que conllevan la condición de Consejero nato y de la existencia de un cuerpo especializado de Letrados, separado del asesoramiento interno de la Administración; la objetividad se lograría por la superposición de instancias internas en la elaboración de los dictámenes.

3. Conclusión

Tras lo expuesto hasta ahora se puede llegar a la conclusión de que el Consejo de Estado ejerce una función consultiva, no de control, con la matización que se efectuará a continuación de los dictámenes parcialmente vinculantes o habilitantes, pues la inclusión en un expediente administrativo de un informe jurídico no puede considerarse como una manifestación de actuación de control (ni siquiera cuando la consulta venga exigida por una norma jurídica) sino va acompañada de una medida conexas.

La única forma de afirmar que el Consejo de Estado ejerce una función de control del Gobierno sería entender que el no seguimiento de un dictamen puede comportar la responsabilidad política ante las Cortes, lo que no tiene sustento en la actualidad.

Evidentemente, un dictamen vinculante sería una manifestación de control, pero éstos han desaparecido con los Tribunales de Honor y, así, el artículo 2.2 señala que los dictámenes del Consejo no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario. Quedan, sin embargo, los parcialmente vinculantes como el previsto en el párrafo 4 del artículo 2.2, que habilita al Ministro a resolver, siempre que lo haga de conformidad con el dictamen del Consejo, pues en caso de discrepancia, el asunto deberá ser resuelto en todo caso por el Consejo de Ministros. Junto a éste se encuentran los dictámenes que habilitan a la Administración a resolver un asunto conforme a un procedimiento abreviado, debiendo en caso contrario, recurrirse al procedimiento ordinario; y,

²⁰ Memoria del Consejo de Estado de 1992. Todas las Memorias que desde el año 1980 el Consejo de Estado en Pleno eleva al Gobierno en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20.2 de su Ley Orgánica pueden consultarse en el sitio web: www.consejo-estado.es/memorias

en fin, los que habilitan al Gobierno o a la Administración a adoptar una resolución con un contenido determinado.

El supuesto más relevante de dictamen favorable del Consejo de Estado es el que se intercala en el procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho, previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992 o en el artículo 64 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). En estos casos no se podrá declarar la nulidad de un acto sin el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico, con lo que podría considerarse que ejerce un cierto control, o incluso que aquél es coautor de la decisión. En todo caso, éste es un supuesto restringido, el dictamen parcialmente vinculante del Consejo de Estado se ha visto restringido a la nulidad de pleno derecho, lo que equivale casi a su desaparición. En este sentido, GARCÍA ÁLVAREZ señala que en los supuestos en que el Consejo de Estado ejerce una función de control con alcance limitado, no es sino una expresión particular de la función de garantía del mismo, que convive con la meramente consultiva²¹. Y es que la existencia de algunos dictámenes con eficacia reforzada no es suficiente para hacer del Consejo de Estado un órgano de control, máxime cuando el propio Tribunal Constitucional se apoya en el carácter no vinculante de los dictámenes para mantener que el Consejo de Estado realiza funciones de control.

V. EL CONSEJO DE ESTADO EN LA LEY ORGÁNICA 3/1980, DE 22 DE ABRIL

1. Los diversos grados de autonomía del Consejo de Estado: orgánica, funcional y financiera

El artículo 1.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado señala que éste “ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

Como se ha señalado ya, uno de los presupuestos para la eficacia de cualquier órgano consultivo es que el superior jerárquico no pueda influir o condicionar la manifestación de juicio del inferior, de tal manera que se mantenga la independencia de criterios en el órgano considerado.

La LOCE, a pesar de que en el supuesto del Consejo de Estado la realidad ha demostrado que basta la independencia funcional para asegurar su objetivo y libre juicio²², ha querido profundizar más las garantías reconociendo al Consejo autonomía orgánica, funcional y financiera. La primera se ha perfilado en el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado al establecer en su artículo 1.3 que el Consejo no se integra en ninguno

²¹ GARCÍA ÁLVAREZ, G., ob. cit., p. 90.

²² Con la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 25 de noviembre de 1944, el Consejo se entroncaba administrativamente en la Presidencia del Gobierno, pero esta vinculación no afectó a su funcionamiento, actuando sus miembros con cierta libertad de criterio. Así pues, fue la única institución estatal que supo mantenerse al margen de presiones políticas y gubernamentales gracias a la fuerza de sus argumentos técnicos-jurídicos.

de los Departamentos ministeriales. Así pues, la autonomía orgánica se articula desde un punto de vista negativo, en concreto, en el hecho de no quedar integrado en un departamento ministerial, con lo que se ha querido eliminar cualquier apariencia de subordinación jerárquica en cuya virtud pudieran imponerse directrices al órgano consultivo. Además de ésta tiene otras muchas manifestaciones a lo largo de su articulado, como la fijación por la propia Ley de su sede en el Palacio de los Consejos de Madrid.

También es significativo de esta independencia el artículo 26.1 Ley Orgánica del Consejo de Estado, según el cual el Presidente del Consejo de Estado fija el orden del día del Pleno, de la Comisión Permanente y de las Comisiones de Estudio; preside sus sesiones y ostenta la jefatura de todas las dependencias del Consejo y su representación.

De otro lado, la autonomía funcional se plasma en el aislamiento del Consejo de Estado de la Administración activa, en la medida en que todas las comunicaciones se hacen a través del Presidente y además están limitadas en su contenido y sometidas a un procedimiento formalizado. De igual modo, se ha venido consiguiendo mediante una certera delimitación de las competencias del Pleno y de la Comisión Permanente. La vigente Ley Orgánica del Consejo de Estado mantiene dicha técnica en los artículos 20 y siguientes, regulando detalladamente el procedimiento para la adopción de acuerdos en los artículos 16 a 19. A mayor abundamiento, no implica ruptura de esta autonomía la facultad de fijar plazo para el despacho del expediente que el artículo 19 reconoce al órgano consultante o al Gobierno.

La citada autonomía funcional del Consejo de Estado queda patente al examinar algunos aspectos en el régimen de su funcionamiento. Una primera manifestación de la mencionada autonomía es la posibilidad de recabar datos directamente de la realidad, no estando obligado a atenerse a los que le suministre la autoridad consultante; es decir, tiene la posibilidad de llevar a cabo una “segunda instrucción” o “instrucción complementaria” del expediente administrativo. De hecho, el Consejo tiene la facultad de rechazar las consultas que no fuesen acompañadas de un expediente lo suficientemente completo²³, así como pedir que se complete el expediente figurando entre las competencias del Presidente la facultad de solicitar del órgano consultante que se complete el expediente con cuantos antecedentes, informes y pruebas estime necesarios, incluso con el parecer de los organismos o personas que tuviesen notoria competencia en cuestiones relacionadas con los asuntos sometidos a dictamen²⁴. Ésta es una facultad común a los Consejos de Estado francés e italiano aunque en el caso español es más amplia toda vez que pueden ser oídos los directamente interesados en los asuntos solicitados a informe, según el artículo 18.1 de la LOCE. Este extremo requiere dos matizaciones: la primera es que se admite expresamente que la audiencia pueda ser solicitada directamente por los interesados, aunque por lo general, esta petición no vincula al Consejo; en segundo lugar, la petición de ser oído sí que vinculará al Consejo cuando el interesado sea una Comunidad autónoma la audiencia se concederá en todo caso.

²³ Artículos 123 y 124 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

²⁴ Véase el artículo 18.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

A la posibilidad de recabar información se añade la de actuar sin consulta previa. Esto se concreta en la elaboración, de un lado, de mociones —éstas son propuestas o recordatorios que, a iniciativa propia, el Consejo de Estado dirige al Gobierno sobre asuntos que la práctica y experiencia de sus funciones le sugiera— y, del otro, las memorias que han de ser elaboradas y elevadas al Consejo de Ministros con carácter anual. En éstas, con ocasión de exponer la actividad del Consejo en el período anterior recogerá las observaciones sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulte de los asuntos consultados y las sugerencias de disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la Administración²⁵.

También constituyen manifestaciones de la autonomía funcional el régimen de incompatibilidades que pesa sobre los cargos de Presidente y Consejero permanente recogidos en el artículo 12 de la Ley, así como el deber de inhibirse del conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubieren intervenido, o que interesen a empresas en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieran participado ellos mismos o personas de su familia dentro del segundo grado civil por consanguinidad o afinidad²⁶ o la obligación de consultarle en todas las medidas que afecten a su organización, competencia y funcionamiento, de conformidad con el artículo 22.16 de la Ley.

En cuanto a la autonomía financiera del Consejo de Estado el artículo 26.2 de la Ley atribuye al Presidente, de conformidad con la Comisión Permanente, la facultad de desarrollar la estructura presupuestaria del Consejo con arreglo a sus características y de acuerdo con lo que se establezca para el sector público. De igual modo, corresponde al Presidente del Consejo de Estado aprobar los gastos de los servicios a su cargo, autorizar su compromiso y liquidación e interesar del Ministro de Hacienda la ordenación de los correspondientes pagos” con lo que queda automáticamente excluida cualquier intervención de la Presidencia del Gobierno en materias financieras del Consejo de Estado²⁷.

Finalmente, donde se manifiesta con mayor claridad la autonomía del Consejo de Estado en materia financiera es en el artículo 27 de la Ley que prescribe que el Consejo de Estado elaborará su presupuesto, que figurará como una Sección dentro de los Presupuestos Generales del Estado. Este precepto, de idéntico tenor a la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, produce una equiparación entre ambos órganos a efectos presupuestarios.

²⁵ La citada memoria deberá ser sometida a la aprobación del Pleno en una sesión solemne que se celebrará en el primer trimestre de cada año. A estos efectos, se constituirá una Ponencia especial para su preparación, de la que necesariamente formarán parte los Consejeros permanentes de Doctrina legal, Presupuestos y Gestión Económica y Biblioteca, así como el Secretario General (véase el artículo 144 del ROCE, según redacción dada por el Real Decreto 449/2005, de 22 de abril).

²⁶ Véase el artículo 16.2 de la LOCE.

²⁷ Artículo 26.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

2. Composición y miembros del Consejo de Estado

2.1. *El Pleno, la Comisión Permanente y la Comisión de Estudios*

Puede afirmarse sin temor a errar que lo que otorga sentido a una institución como el Consejo de Estado es, de un lado, la independencia y objetividad en los dictámenes emitidos y, de otra, la libertad de que la Administración goza para seguirlos o no.

En cuanto a su independencia, el propio Consejo la cifra en el régimen jurídico de su personal, en concreto, en la inamovilidad de los Consejeros permanentes, que se extiende a los electivos durante el período para el cual han sido nombrados; en la relevancia de los cargos que conllevan la condición de Consejero nato y, en fin, en la existencia de un cuerpo propio y especializado de Letrados, sujeto exclusivamente a la disciplina del Consejo.

Por su parte, la objetividad se lograría por la superposición de instancias internas para el examen, discusión y aprobación de los dictámenes, es decir, en el funcionamiento interno del Consejo. En este sentido, el Consejo de Estado actúa en Pleno, en Comisión Permanente y, desde la Ley Orgánica 3/2004, en Comisiones de Estudio. También puede actuar en Secciones, de conformidad con lo dispuesto en su Reglamento Orgánico.

De acuerdo con el artículo 4 de la LOCE, el Pleno se constituye de el Presidente, de los Consejeros Permanentes, de los Consejeros Natos, de los Consejeros Electivos y del Secretario General. Además, se permite al Presidente y a los demás miembros del Gobierno asistir a las sesiones del Consejo en Pleno e informar en él cuando lo consideren conveniente.

La comisión Permanente la integran el Presidente, los Consejeros permanentes y el Secretario General.

La Comisión de Estudios estará presidida por el Presidente del Consejo de Estado e integrada por dos Consejeros permanentes, dos natos y dos electivos, designados por el Pleno a propuesta del Presidente, así como su Secretario General. La designación será por el plazo que fije el reglamento orgánico, sin perjuicio de su posible renovación. Otro u otros Consejeros podrán ser incorporados por el mismo procedimiento para tareas concretas y de acuerdo con el citado reglamento. La Comisión estará asistida por al menos un Letrado Mayor y por los Letrados que se consideren necesarios en función de las tareas encomendadas. Cuando la índole de los trabajos a realizar lo requiera, podrá recabarse igualmente la asistencia a la Comisión de Estudios de funcionarios de otros cuerpos de la Administración²⁸. La Comisión de Estudios se crea con la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, ante la constatación de que la función consultiva no se constriñe de modo exclusivo y excluyente a la traducida en dictámenes puesto que también cabe con naturalidad, al modo de la que cumplen instituciones homólogas en otros países, la realización de labores de estudio e informe y de elaboración de textos que puedan servir como base de proyectos legislativos.

²⁸ Artículo 5.2 de la LOCE.

Por último, las Secciones, en número de ocho como mínimo, se componen de un Consejero permanente que la preside, un Letrado Mayor y de los Letrados que sean necesarios según la importancia del asunto.

Por una orden interna de diciembre de 1981, las secciones son ocho:

- Primera: Presidencia (consultas remitidas por la Presidencia del Gobierno, de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Presidencia y Administraciones Públicas).
- Segunda: Le corresponde el despacho de las consultas procedentes de los Ministerios de Justicia, Trabajo y Asuntos Sociales.
- Tercera: Le corresponde el despacho de las consultas procedentes del Ministerio del Interior.
- Cuarta: Le corresponde el despacho de las consultas procedentes de los Ministerios de Defensa y Medio Ambiente.
- Quinta: Le corresponde las consultas procedentes del Ministerio de Economía y Hacienda
- Sexta: Le corresponde las consultas procedentes de los Ministerios de Fomento y Vivienda
- Séptima: Le corresponde las consultas procedentes de los Ministerios de Educación y Ciencia, Cultura y Sanidad y Consumo
- Octava: Le corresponde las consultas procedentes de los Ministerios de Industria, Turismo y Comercio y Agricultura, Pesca y Alimentación (consultas de dichos Departamentos).

Por supuesto, en cada momento habrá de tenerse en cuenta los cambios ministeriales que se puedan producir en el ejercicio de la potestad de autoorganización de la Administración, pues habrá que acomodarlos con sus nuevas denominaciones a su sección correspondiente.

A diferencia de lo que ocurre en los Consejos de Estado francés e italiano, que son órganos jurisdiccionales, con el personal mayoritariamente reclutado mediante concurso público que sigue una carrera administrativa completa dentro del Consejo de Estado²⁹, en el español se aprecia la existencia de dos niveles prácticamente comunicados: los Consejeros, nivel superior designado en su inmensa mayoría por el Gobierno discrecionalmente, y los Letrados, nivel técnico, al que se accede por una rigurosa oposición.

Hasta la última reforma del Consejo de Estado operada por la Ley Orgánica 3/2004, la peculiaridad del régimen de los miembros del Consejo de Estado era la esca-

²⁹ La característica común de los Consejos francés e italiano es la existencia de un cuerpo único, de una carrera administrativa, regida en gran parte por la antigüedad. Pero ambos difieren profundamente: el régimen del *Consiglio di Stato* mucho más regulado, con amplias garantías, equipara a sus miembros con magistrados; el régimen del *Conseil d'Etat* pone más énfasis en el carácter de altos funcionarios de sus miembros y en su papel de Consejeros.

sa importancia que se le otorgaba a la condición de jurista para acceder al mismo, no sólo como Consejero nato sino también entre las otras dos categorías de Consejeros e incluso entre los Letrados que hasta la modificación del artículo 15 sólo habían de tener el título de Licenciado pero no en Derecho. En efecto, hasta dicha reforma, solamente para el Presidente se exigía normativamente la condición de jurista de reconocido prestigio, pues entre las categorías profesionales de las que pueden ser nombrados los Consejeros permanentes, ninguna está reservada a juristas, y de entre las once que cualifican para ser nombrado Consejero electivo, sólo en cuatro casos se ha de ser jurista para desempeñarlas, (Magistrado del Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Presidente o vocal del Consejo General del Poder Judicial y Presidente del Tribunal de Cuentas (artículo 9 de la LOCE).

A pesar de todo, la inmensa mayoría de los Consejeros y todos los Letrados son licenciados en Derecho. La razón es el deseo del legislador de mantener entre las competencias del Consejo la valoración de los aspectos de oportunidad, cuando es evidente que las funciones que desde hace varias generaciones viene desempeñando son exclusivamente jurídicas. Además, por más heterogénea que fuese la composición del Consejo de Estado, no podría hacer frente sino a una pequeña parte de los aspectos técnicos de las cuestiones que son sometidas a consulta. Es más, es innecesario que los miembros del Consejo dominen saberes técnicos, puesto que el artículo 18.2 de la LOCE le autoriza a obtener asesoramientos externos de expertos.

Esta regulación contrasta con la de los Consejos consultivos autonómicos, en cuyas regulaciones su bien existe una criticable laxitud en los requisitos de idoneidad para ser nombrado miembro, se establece casi sin excepciones la necesidad de contar con la condición de jurista, aunque, por otra parte, tenga como aspecto negativo el que los nombramientos se hagan por períodos de tiempo predeterminados, renovables; incluso en el caso de la Comisión asesora catalana el plazo es extraordinariamente breve, en concreto dos años³⁰.

2.2. *Sus miembros*

2.2.1. El nivel político: el Presidente y los Consejeros

Todos los Consejeros forman parte del Pleno, mientras que a la Comisión Permanente sólo asisten los Consejeros permanentes. Los Consejeros permanentes son ocho en la actualidad, aunque es la única categoría cuyo número no se determina en la LOCE, sino que coincide con el número de secciones y es en consecuencia modificable reglamentariamente. El Presidente forma parte del Pleno y de la Comisión Permanente y se sigue calificando al Secretario General como “miembro” tanto del Pleno como de la Comisión Permanente, asistiendo a las reuniones con voz, pero sin voto.

³⁰ Qué duda cabe que podría traerse a colación el caso del Consejo francés, en el que la condición de jurista no es exigida en ninguno de sus niveles, aunque los “auditores” hayan seguido una escolaridad de veintidós meses en la Escuela Nacional de Administración. Sin embargo, los Consejeros extraordinarios (doce entre más de doscientos), todos los nuevos miembros del Consejo, incluidos los Consejeros ordinarios procedentes del turno externo y nombrados directamente por el Gobierno, se someten a un período de aprendizaje de tres años, exclusivamente dedicados al contencioso-administrativo, lo que se considera la base para el ejercicio de las labores consultivas.

a) El Presidente

El Consejo de Estado ha definido perfectamente la figura de su Presidente, al afirmar que en la legislación vigente “queda configurado como persona de confianza del Gobierno”³¹, pues será nombrado libremente por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y refrendado por su Presidente entre juristas de reconocido prestigio y experiencia en asuntos de Estado. En consecuencia, el Consejo de Ministros goza de amplia discrecionalidad a la hora de designarlo, además de poder revocarlo libremente. Si se tiene en cuenta además la amplitud de las facultades que le corresponden en la Presidencia de las sesiones, en la Dirección del Consejo y como Jefe de Personal ³², el monopolio de todas las comunicaciones externas del Consejo y que sus atribuciones se equiparan a las de un ministro respecto a su Departamento, se llega a la conclusión de que la regulación actual de la figura de su Presidente es un factor claramente negativo en la independencia del Consejo de Estado³³.

Otro elemento de su supremacía en el seno del Consejo es la existencia de servicios de apoyo: un servicio de Presidencia formado por una Secretaría particular (de la que forman parte un Jefe de la Secretaría del Presidente, un Jefe administrativo y varias secretarías) y, sobre todo, un Gabinete del Presidente (compuesto por un Jefe de gabinete, un coordinador técnico y un Jefe del Servicio de relaciones externas). Se trata de una expresión de la superioridad que otorga al Presidente la normativa del Consejo de Estado: como todo órgano de apoyo, el Servicio de Presidencia está destinado a permitir al Presidente del Consejo el ejercicio de liderazgo que le corresponde *de iure*. Problema distinto es que el Presidente no esté dotado institucionalmente de las garantías de independencia respecto al Gobierno que serían deseables, aunque en los últimos tiempos este problema no se haya hecho sentir agudamente, dado el peso político y profesional de los últimos Presidentes, que de hecho les ha puesto al abrigo de eventuales presiones.

b) El Secretario General

En la Ley Orgánica vigente se sigue calificando al Secretario General como “miembro” tanto del Pleno como de la Comisión Permanente, asistiendo a las sesiones del Pleno, de la Comisión Permanente y de las Comisiones de Estudio con voz, pero sin voto³⁴.

Por su parte, el Secretario General puede ejercer una influencia cierta en los debates. Pese a ser nombrado por tiempo indeterminado y en consecuencia puede ser cesado por el Gobierno en cualquier momento, se trata de una figura dotada de suficientes garantías de independencia, pues ha de ser nombrado por Real Decreto de entre

³¹ Memoria del Consejo de Estado de 1980.

³² Véanse los artículos 17 a 20 del ROCE del 18 de julio de 1980.

³³ Este sistema de designación contrasta agudamente con el régimen jurídico del Presidente en los Consejos consultivos autonómicos como el catalán o el canario, en los que éste es elegido por los Consejeros de entre ellos y por un periodo de cuatro años (artículos 7 de la Ley 1/1981, de 25 de febrero, de creación del Consejo Consultivo de la Generalidad y 10.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias).

³⁴ Véanse los artículos 4.1.e) y 10 de la LOCE, en la redacción dada por la Ley 3/2004, de 28 de diciembre.

los Letrados Mayores del Consejo a propuesta de por la Comisión Permanente aprobada por el Pleno³⁵.

Es por ello que parece positiva la presencia adicional de una persona que ha desarrollado su carrera profesional en el Consejo de Estado, que se une a los dos Consejeros permanentes que han de ser nombrados de entre los Letrados Mayores, y del que cabe esperar un excelente conocimiento de la doctrina y de las tradiciones del Consejo.

c) Los Consejeros Permanentes

En la doctrina reciente, se ha formulado una severa crítica al sistema de selección de los Consejeros de Estado ya que, aunque la ley de 1980 supuso una mayor separación entre Consejo de Estado y Administración activa, ésta no implicó una independencia real del primero sobre el segundo, dada la influencia del Ejecutivo a través del nombramiento discrecional del Presidente y de los Consejeros.

Los Consejeros permanentes siguen presidiendo las secciones y dirigiendo su trabajo, componiendo la Comisión Permanente junto con el Presidente y representando dentro del Pleno el elemento técnico y de continuidad en el Consejo: son los Consejeros por antonomasia que confieren su autonomía al órgano, dado el carácter casi vitalicio con que desempeñan el cargo. Tradicionalmente proceden de categorías profesionales específicas y dos de ellos del Cuerpo de Letrados. La reserva de dos de los ocho puestos de Consejero permanente a personas procedentes del Cuerpo de Letrados se encuentra en el Reglamento de 1980 (artículo 25.2) y no tiene apoyo en la LOCE, lo que puede hacer dudar de la legalidad de una norma que incide en un aspecto relevante del régimen del Consejo y, por tanto, en el ámbito reservado a la Ley Orgánica. Así pues, se puede originar controversia sobre su inclusión en el escalón político del Consejo de Estado, puesto que su designación directa y conforme a una amplia discrecionalidad por el Gobierno, la ausencia del requisito de competencia jurídica —que sin embargo se exige para el Presidente— y la práctica de recompensar con este nombramiento carreras políticas o administrativas exitosas, son características que separan a los Consejeros permanentes del nivel técnico.

Los Consejeros permanentes son, a todos los efectos, funcionarios públicos y por lo tanto están sometidos al régimen de incompatibilidades establecido con carácter general para los altos cargos de la Administración General del Estado así como para los mandatos de Diputado, Senador o miembro de una Asamblea de Comunidad Autónoma. Además, su cese puede producirse por las causas previstas en el artículo 11.3 de la LOCE con carácter de *numerus clausus*.

Tanto el Presidente como los Consejeros de Estado gozan de fuero especial, así, las causas civiles y penales seguidas contra ellos por hechos realizados en el ejercicio de su cargo son competencia del Tribunal Supremo.

³⁵ Artículo 54.1 del ROCE.

Finalmente, puede concluirse que el régimen descrito de los Consejeros permanentes, especialmente su carácter vitalicio, está destinado a garantizar su independencia del Gobierno que lo nombra a la vez que constituir la expresión de un deseo de estabilidad y continuidad en la doctrina del Consejo.

d) Los Consejeros natos y electivos

Los Consejeros electivos son diez en la actualidad y son designados por Real Decreto del Consejo de Ministros. Los Consejeros natos son nueve de entre los cuales existen nuevos miembros cuya función a falta de competencias jurídicas, hay que suponer que consiste principalmente en comunicar prestigio al Consejo de Estado. En virtud de la última reforma de la Ley Orgánica del Consejo de Estado operada por Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, quienes hayan desempeñado el cargo de Presidente del Gobierno adquirirán la condición de Consejeros natos de Estado con carácter vitalicio, y en cualquier momento podrán manifestar al Presidente del Consejo de Estado su voluntad de incorporarse a él³⁶.

Frente a las opiniones críticas sobre la composición del Consejo que ven en los Consejeros natos un “ornamento ineficaz” en lo que se refiere a las tareas técnicas, las opiniones positivas consideran que la característica de ser un órgano plural en cuanto a su composición es uno de los rasgos que contribuyen a su neutralidad³⁷.

En todo caso, no parece que la presencia de los Consejeros natos vaya a suponer graves problemas para el funcionamiento del Consejo, en el que la prevalencia de los miembros de la Comisión Permanente es absoluta, dada su profesionalidad así como que ya conocen los asuntos que van a debatirse en el Pleno, ya que el proyecto de dictamen ha sido aprobado previamente por la Comisión Permanente; Consejeros natos y electivos vienen a suponer un público muy cualificado ante el que la Permanente ha de argumentar los dictámenes y que ocasionalmente pueden enriquecerlos con observaciones puntuales.

2.2.2. El nivel técnico: el cuerpo de Letrados del Consejo de Estado

A los Letrados les corresponde un papel fundamental en el Consejo: tiene encomendado el “estudio, preparación y redacción de los proyectos de dictamen sobre los asuntos sometidos a consulta del Consejo”, asuntos que se distribuyen atendiendo al doble criterio del “turno estricto de ingreso de expediente” en el registro de la sección y al “riguroso orden de antigüedad” de los Letrados. El Letrado está adscrito a una sección, en cuyos debates participa, pero también asiste a las reuniones de la Permanente y del Pleno en las que vaya a debatirse un asunto de cuya preparación haya estado encar-

³⁶ Según la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, con el ánimo de enriquecer y potenciar la función consultiva se ha estimado conveniente incorporar al Consejo de Estado a los ex Presidentes del Gobierno, pues el caudal de la experiencia política y el conocimiento directo de la realidad del Estado atesorados por quienes han asumido, desde el compromiso democrático, la más alta dirección de la acción del Estado constituyen un valiosísimo patrimonio que acrecentará el análisis atento y la reflexión prudente de la institución, lo que redundará sin duda en beneficio de la Administración y de los ciudadanos a los que ésta sirve.

³⁷ DE LA QUADRA-SALCEDO, *ob. cit.*, p. 145.

gado y pudiendo hacer aclaraciones o dar explicaciones sobre el proyecto de dictamen, a petición de los Consejeros o del Presidente³⁸.

La integración efectuada por la Disposición Adicional Novena, 1.4 de la Ley 30/1984, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública de los Letrados del Consejo de Estado —junto con los Abogados del Estado y los Letrados del Ministerio de Justicia— en un nuevo “Cuerpo de Letrados del Estado” fue anulada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987 por considerar que carecía del rango de Ley Orgánica, necesario para regular la materia³⁹. Incluso ha llegado a afirmarse que ni siquiera por Ley Orgánica habría podido hacerse tal integración, pues habría supuesto su dependencia jerárquica de una Dirección General del Ministerio de Justicia y, en última instancia, del Ministro correspondiente, lo que representaría una violación de la configuración constitucional de la autonomía e independencia del Consejo de Estado.

En el estatuto jurídico de los Letrados hay un buen número de elementos reglados pues es el Reglamento el que fija su número, que se establece por relación con el número de secciones, además, el ascenso a la categoría de Letrado Mayor se produce por riguroso orden de antigüedad en el Cuerpo; sólo el Secretario General es designado por el Gobierno, pero entre los Letrados Mayores y a propuesta de la Comisión Permanente.

La ley orgánica establece el mismo régimen de incompatibilidades que para el resto de los funcionarios del Estado, con la excepción de las funciones docentes que serán compatibles cuando no perjudiquen al buen servicio del Consejo y siempre previa autorización de su Presidente, lo que en la práctica viene a suponer un grado aceptable de independencia.

3. Funcionamiento del Consejo de Estado

La ponencia de los asuntos en que haya de entender el Consejo en Pleno corresponderá a la Comisión Permanente o a la Comisión de Estudios, atendiendo a sus respectivas competencias. Corresponde a las Secciones preparar el despacho de los asuntos de los que haya de conocer la Comisión Permanente. En concreto, la distribución de los asuntos entre éstas, según los ministerios de donde aquéllos procedan o su naturaleza, se fijará por resolución del Presidente del Consejo de Estado, a propuesta de la Comisión Permanente⁴⁰.

Si el dictamen que se precisa se refiere a disposiciones generales que afecten a la competencia material de varias Secciones, salvo que se trate de consultas urgentes y sin perjuicio de dictamen que debe elaborar la Sección correspondiente, la Comisión Permanente podrá adscribir a la Sección que corresponda, por razón del órgano del que emanen la disposición, un Letrado de las restantes Secciones afectadas para que participe en la elaboración del dictamen. Alternativamente, por decisión del Presidente, oída la Permanente, se podrá constituir una Ponencia especial para dictaminar sobre

³⁸ Véanse los artículos 14.1 de la LOCE y 13.2, 101.4 y 116.1 del ROCE.

³⁹ STC. 99/1987, Fundamento Jurídico 5º, f.

⁴⁰ Artículo 17 de la LOCE y 95 y siguientes del ROCE.

este tipo de disposiciones generales, cuyas propuestas son remitidas a la Secretaría General⁴¹.

Los asuntos que hayan entrado en cada Sección se distribuyen por el Letrado Mayor entre los Letrados, los cuales, salvo causas de incompatibilidad, proceden al despacho del expediente. Excepcionalmente, el Consejero a cargo de la Sección podrá encomendar el despacho de un asunto determinado al Letrado Mayor.

Una vez preparado el asunto para su despacho, cada Letrado ponente procede a su lectura ante la Sección, pudiéndose formular cualquier observación por sus componentes, sin limitación de turno. A la vista del debate, el Consejero puede dejar el expediente sobre la mesa, retirarlo para su estudio, aprobar el dictamen con enmiendas o sin ellas, o desecharlo, en cuyo caso el Consejero encomendará su redacción al Letrado mayor o lo redactará por sí mismo. De igual modo el Consejero podrá resolver que se solicite, a través de la Presidencia del Consejo, o elevando la propuesta a la Comisión Permanente, el envío de antecedentes o ampliación del expediente para mejor proveer, y, en tal supuesto, el Letrado ponente podrá limitarse a dar cuenta de los motivos por los que proceda aquella petición, sin entrar en el fondo del asunto. Igualmente, podrá proponer acerca de la solicitud de informes orales o escritos de personas técnicas, y acerca de si procede o no proponer la audiencia de los interesados⁴².

Los dictámenes aprobados en cada Sección se remiten a la Comisión Permanente y ésta entenderá de los asuntos de su competencia o prepararán el despacho de los que correspondan al Pleno, siendo el procedimiento de aprobación similar en ambos casos.

Sin posibilidad de abundar mucho más en el funcionamiento del Consejo de Estado baste señalar que las deliberaciones y acuerdos del Consejo en Pleno requieren la presencia del Presidente o de quien haga sus veces, la de la mitad, al menos, de los Consejeros que lo formen, y la del Secretario General o quien le sustituya, y que los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de votos de los asistentes, salvo en el caso de las propuestas legislativas o de reforma constitucional encomendadas por el Gobierno, sobre las que el pronunciamiento del Pleno se adoptará por mayoría simple. En caso de empate, decidirá el voto de calidad del que preside. Finalmente, para las votaciones se seguirá en el Pleno el orden inverso al de colocación, pasando de izquierda a derecha por lo que a los Consejeros permanentes se refiere, para votar en último lugar el Presidente⁴³.

Por último hay que señalar que el plazo para emitir los dictámenes es el señalado en la disposición legal que haya previsto su audiencia y, en su defecto el de dos meses (consulta ordinaria). Sin embargo, cuando se haga constar la urgencia del dictamen el plazo máximo para su despacho será de quince días, salvo que el Gobierno o su Presidente fijen otro inferior. Si este plazo fuese inferior a diez días, la consulta será despatchada por la Comisión Permanente aunque fuese competencia del Pleno, sin perjuicio

⁴¹ Véase el artículo 15 del ROCE.

⁴² Artículo 118.3 y 4 del ROCE.

⁴³ Artículos 98 y 99 del ROCE.

que el Gobierno pueda requerir ulteriormente el dictamen del Pleno, empezando a contar todos ellos desde el día siguiente a la entrada del expediente completo en el Registro del Consejo de Estado⁴⁴.

4. Competencias

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

En este ámbito se ha de reseñar que la Ley Orgánica 3/2004 ha llevado a cabo una revisión de las competencias del Consejo de Estado con objeto de adaptarlas al actual marco legal, sin que ello implique una modificación sustantiva de las funciones que ha venido ejerciendo. Así se añade, en primer lugar, la competencia del Pleno del Consejo de Estado para emitir dictamen con carácter preceptivo respecto de los anteproyectos de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo. En segundo lugar, se incorpora al texto de la Ley Orgánica competencia para dictaminar en materias relativas a la ejecución del derecho comunitario europeo, que hasta el momento encontraba su base legal en la disposición adicional primera de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, y también se deja constancia de las competencias del Consejo de Estado tras la creación de los consejos consultivos autonómicos. Asimismo, se lleva a cabo una delimitación de la competencia de la institución para dictaminar sobre las reclamaciones formuladas ante la Administración General del Estado en concepto de indemnización de daños y perjuicios, situando un umbral cuantitativo mínimo de 6.000 euros.

Las competencias del Pleno se encuentran en el artículo 21 de la LOCE y las de la Comisión Permanente en el artículo 22. Del amplio elenco de competencias de ambos se puede extraer que al Consejo de Estado le ha sido atribuido el cometido de garantizar la legalidad de la actuación de la Administración en relación a una serie de sectores especialmente cualificados como son el respeto de los acuerdos internacionales, decisiones de contenido económico, decisiones relativas al propio Consejo de Estado, ejercicio de las potestades normativas de la Administración, decisiones relativas a las Comunidades Autónomas, revisión de oficio de actos administrativos, conflictos de atribuciones y cuestiones de competencia. Ahora bien, la función de resolver las cuestiones de competencia que se recogía en el antiguo artículo 22.7 fue suprimida por la disposición adicional tercera de la Ley orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de conflictos de jurisdicción. Fue la última manifestación de justicia retenida vigente en nuestro país y, consecuentemente, la última función jurisdiccional que perdió el Consejo. La competencia fue asumida por el órgano colegiado previsto en el artículo 38 de la LOPJ 6/1985, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, presidido por el Presidente del Tribunal Supremo, que tiene voto de calidad, compuesto por dos magistrados de la Sala de lo contencioso y tres Consejeros permanentes de Estado. El Consejo perdía así la inter-

⁴⁴ Artículo 128 del ROCE.

vención directa en los conflictos de jurisdicción, pero mantenía una relación indirecta, a través de la participación de tres de sus miembros.

A propósito del control de la potestad reglamentaria que se ejercita en ejecución de las leyes de conformidad con el artículo 22.3 de la LOCE la doctrina afirma la superación de la escasa jurisprudencia que consideró el dictamen de este cuerpo como un mero instrumento irrelevante⁴⁵. En efecto, la ausencia del dictamen del Consejo de Estado sencillamente impide al Juez apreciar otros valores que no se reducen a la mera legalidad material del reglamento en sentido estricto⁴⁶. Sin embargo, para ALONSO GARCÍA, esta sentencia comete el error de extender esas afirmaciones al caso del recurso directo, pues la omisión del dictamen es motivo de anulación, sin entrar en el fondo, siempre que se haga valer en el marco de un recurso directo; es decir, si se interpone en el plazo correspondiente, pues en caso contrario no será motivo de nulidad⁴⁷.

En contra la Sentencia de la Sala Especial de Revisión de 10 de mayo de 1989 y la de 11 de diciembre de 1990, que anuló un Real Decreto de 1980 por la omisión del dictamen, y lo hizo diez años después.

También ha quedado descartada la obligatoriedad de la consulta al Consejo de las disposiciones que en ejecución de leyes aprueben las Comunidades Autónomas cuando tengan competencia exclusiva sobre la materia⁴⁸.

VI. EL CONSEJO DE ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

El Consejo de Estado se configura como un órgano de las Comunidades Autónomas cuando interviene en asuntos de competencia de éstas, y no pertenece a la Administración activa (a ninguna de ellas). Es un “órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece”, según manifiesta el Tribunal Constitucional en su Sentencia 56/1990.

Como tal, está dotado de independencia funcional frente a la Administración del Estado y a las demás Administraciones Públicas, pues, en definitiva, es un órgano consultivo del Estado-Comunidad.

No sin cierta agudeza se ha intentado buscar una explicación al hecho de que el Consejo de Estado, que se incrusta formalmente en la estructura de la Administración del Estado, se convierta en un órgano de las Comunidades Autónomas cuando emite su dictamen en asuntos de competencia de estas últimas. En realidad, la explicación hay que encontrarla en la propia configuración del Consejo de Estado como órgano de re-

⁴⁵ En esta línea se encuentran las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1987 (Ar. 5908), confirmada por la de 25 de abril de 1989 que pusieron en entredicho esta competencia al privar de la sanción de nulidad a los reglamentos dictados en ejecución de ley sin previo dictamen del Consejo, aduciendo que la función de dicho dictamen es efectuar un control *ex ante* de la legalidad de la norma que se pretende elaborar pudiéndose sustituir éste por un control *ex post* del Tribunal Supremo durante el proceso.

⁴⁶ FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *El control jurisdiccional de los reglamentos*, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 225-226.

⁴⁷ ALONSO GARCÍA, ob. cit., p. 66.

⁴⁸ STS 17 de febrero y 6 y 21 de junio de 1988.

levancia constitucional. Aunque formalmente forme parte de la organización de la Administración del Estado, funcionalmente es ajeno a dicha organización y a cualquier otra. No se trata de que un órgano de la Administración del Estado se incorpore en la organización de la Comunidad Autónoma, lo que podría ir contra la capacidad de auto-organización de éstas, ni que tenga lugar un préstamo orgánico de la Administración del Estado a aquélla, sino que el Consejo de Estado es (cuando dictamina un asunto de la Comunidad Autónoma) un órgano de la misma. En consecuencia es inviable mantener que el Consejo de Estado constituya un instrumento a través del cual la Administración del Estado controla o fiscaliza la actuación de las Comunidades Autónomas, incidiéndose así en la autonomía de las mismas.

La intervención del Consejo en relación con las Comunidades Autónomas puede venir establecida por una ley estatal, concretamente, la LOCE. Así lo afirma la STC 204/92, recaída en la cuestión de inconstitucionalidad número 2414/91, promovida por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, relativa al artículo 23.2 de la LOCE.

En la interpretación de las relaciones entre el Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas debe latir necesariamente una idea finalista. No importa tanto quien deba emitir el dictamen cuanto que haya un órgano consultivo autónomo que cumpla la función garantizadora en el seno del procedimiento. Según esta interpretación puede sustituirse la intervención del Consejo de Estado por el equivalente de la Comunidad Autónoma, si hubiera sido creado. En este sentido, la STC 204/92 tendría una doble lectura: de un lado, declara constitucional el artículo 23.2 de la LOCE, en cuanto establece que “el dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes”.

Es conocida la intensa discusión doctrinal sobre el particular cuyas principales posiciones han sido, de un lado, la inconstitucionalidad del artículo 23.2 por entenderlo contrario al principio de autonomía. En el polo opuesto se ha sostenido que dicho artículo es plenamente constitucional, toda vez que el Consejo de Estado es un órgano del Estado-Comunidad y, por tanto, no existe técnica de tutela alguna cuando interviene en relación con una Comunidad Autónoma. También se ha sostenido que el mencionado artículo es aplicable únicamente en relación con competencias transferidas en virtud del artículo 150.2 de la Constitución Española, posición ésta expresamente rechazada por el Alto Tribunal. Y, por último, se ha mantenido que el dictamen del Consejo de Estado solamente era exigible (tratándose de una actividad reglamentaria) en relación con los reglamentos autonómicos de leyes estatales. Ésta ha sido precisamente la postura que sostuvo durante cierto tiempo el propio Consejo de Estado e incluso el Tribunal Supremo en algunas sentencias.

El Tribunal Constitucional ha zanjado esta polémica afirmando la plena constitucionalidad del artículo 23 de la LOCE⁴⁹.

⁴⁹ La constitucionalidad del primer apartado del artículo 23 ha quedado expuesta en otra parte del trabajo, así la propia Sentencia declara que por el tenor del artículo 107 CE, el Consejo no debe quedar confinado al ejercicio de su función consultiva, sin poder extenderse a las Administraciones Públicas, incluidas la Autonómica e incluso la Local (artículo

Pero por otro lado, la citada Sentencia 204/92 tiene otra lectura que no cabe desconocer y que consiste en la posibilidad de sustituir en bloque, en asuntos de competencias de la Comunidad Autónoma, la intervención del Consejo de Estado por el equivalente de la Comunidad Autónoma. De hecho, la Sentencia dice expresamente que “la intervención del órgano consultivo autonómico excluye la del Consejo de Estado, salvo que la Constitución Española, Estatuto de Autonomía (como el caso del artículo 44 del Estatuto de Andalucía) o la propia ley autonómica prevean la intervención del Consejo de Estado”⁵⁰.

Evidentemente, la posibilidad de sustituir en bloque la intervención del Consejo de Estado por el equivalente de la Comunidad Autónoma es viable con las salvedades mencionadas anteriormente, a las que hay que añadir los supuestos en los que una ley estatal así lo disponga, dentro del marco establecido en el artículo 149.1.18 de la Constitución Española (piénsese en el artículo 102 de la Ley 30/92).

Admitida esta posibilidad, qué duda cabe que el órgano consultivo de la Comunidad Autónoma debe reunir las características específicas de un órgano consultivo en sentido estricto, pues de lo contrario no se podría alcanzar la garantía que se pretende y, con ello, se estaría incluso vulnerando la propia LOCE e indirectamente la Constitución Española, en cuanto dispone la intervención del Consejo de Estado en relación con determinadas materias.

En su formulación prístina éste era un problema de solución casuística por lo que debía analizarse caso por caso si el órgano consultivo de la Comunidad Autónoma era o no “homologable” al Consejo de Estado. En todo caso, como recuerda la STC 204/92, los Consejos Consultivos autonómicos deberán ser “de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica”, llegando algún autor, incluso, a exigir, por analogía con el Consejo de Estado que es “órgano de relevancia constitucional”, que los Consejos Consultivos autonómicos fueran “órganos de relevancia estatutaria”⁵¹.

Hoy en día ésta es una cuestión superada pues todas las Comunidades Autónomas —a excepción de Madrid, Cantabria y Asturias— han aprobado sus propias leyes de creación de sus respectivos Consejos Consultivos así como los correspondientes Reglamentos de organización y funcionamiento, baste como ejemplos la Ley 4/84, de 6 de Julio, de creación del Consejo Consultivo de Canarias, Ley 8/93, de 19 de Octubre de creación del Consejo Consultivo de Andalucía o la Ley 2/1997, de 19 de Mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

lo13.1 y 48 de la LBRL o el 114.3 del Texto Refundido de Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local).

⁵⁰ Esta conclusión es congruente con la mencionada interpretación finalista que debe presidir este ámbito, pues, como hemos dicho, lo importante es que exista la garantía y que la preste un órgano adecuado para ello, aunque pueda no ser el Consejo de Estado.

⁵¹ BLANQUER CRIADO, D., *Consejo de Estado y autonomías*, Técnos, 1994.

BIBLIOGRAFIA:

ALONSO GARCÍA, R.: *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*. Civitas, Madrid, 1992

ARZAMENA SIERRA, J.: “La caracterización constitucional del Consejo de Estado”, *Documentación Administrativa*, núm. 224-225, 1996.

BLANQUER CRIADO, D.: *Consejo de Estado y Autonomías*, Tecnos, 1994

BRAVO-FERRER DELGADO, M.: “Consejo de Estado y autonomías”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 60

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

FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.: *El control jurisdiccional de los reglamentos*, Atelier, Barcelona, 2002.

GÁLVEZ MONTES, J.: *El Consejo de Estado. Comentario al artículo 107 de la Constitución Española*. Dirigidos por Oscar Alzaga

GARCÍA ÁLVAREZ, G.: *La función constitucional del Consejo de Estado*. Cedecs, Madrid, 1997

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: “La función consultiva de las Administraciones Públicas, con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 133, 1994

GARCÍA-PELAYO, M.: “El status del Tribunal Constitucional”, *Obras completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991

QUADRA-SALCEDO, T.: *El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de Derecho*, en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Vol.I

PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo*, vol. I, decimoquinta edición, Marcial Pons, Madrid, 2004

PÉREZ-TENESSA, “Perspectivas del Consejo de Estado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 22, 1979

VALERO TORRIJOS, J.: *Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico administrativo vigente*, Instituto Nacional de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002