

# **EL ASESORAMIENTO Y DEFENSA LEGAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

CONSULTE ACTUALIZACIONES, ADDENDAS  
O VÍDEO-RESUMEN EN EL SIGUIENTE LINK



CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

*Director de publicaciones*

# **EL ASESORAMIENTO Y DEFENSA LEGAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

**Carlos Padrós Reig**

Catedrático (Acred.) de Derecho Administrativo

Universidad Autónoma de Barcelona

Ex Letrado del Tribunal Constitucional

Colección: Atelier Administrativo

Directores:

Joan Manuel Trayter Jiménez  
(Catedrático de Derecho administrativo)

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

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

© 2021 Carlos Padrós Reig

© 2021 Atelier  
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona  
e-mail: [editorial@atelierlibros.es](mailto:editorial@atelierlibros.es)  
[www.atelierlibros.es](http://www.atelierlibros.es)  
Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-18244-35-3

Depósito legal: B 1514-2021

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona  
[www.addenda.es](http://www.addenda.es)

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



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

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

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





# ÍNDICE

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

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

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



## Capítulo I

# INTRODUCCIÓN

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

Esta misma cuestión se suscita de forma profunda en el prólogo del maestro GARCÍA DE ENTERRÍA a la traducción española del libro de JAMES D. MOONEY, *Principios de la Organización*. Madrid, 1958.<sup>4</sup> Aquí se distingue entre órganos *staff and line* y función consultiva sustantivada. En la primera, el asesoramiento está menos formalizado y no necesariamente se plasma en un documento. En cambio, y en contraste, «el órgano consultivo es un órgano sustantivado, es decir un órgano que se constituye sobre sí mismo, independientemente, para la función también sustantiva de aconsejar. Este acantonamiento estricto de la función de aconsejar, sí permite forma (y exige) una alta competencia técnica, hace necesariamente formales y solemnes las relaciones de los órganos consultivos con los activos; (...) Ahora bien, esto determina una limitación del papel del consejo en la formación de la decisión administrativa, pues resulta que, por una parte, la consulta ha de concretarse a un tema determinado, en una fase también concreta de su resolución, sin que, por ende, otros problemas normalmente conexos, o simplemente los avatares de la ejecución del consejo, caso de ser éste

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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



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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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