

El Consejo de Estado y los derechos e intereses legítimos de los particulares

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Derechos e intereses legítimos de los ciudadanos e interés general. 2. Sometimiento pleno a la ley y al Derecho. 3. Confluencia de la perspectiva subjetiva y objetiva: el derecho a la tutela judicial efectiva. 4. El Consejo de Estado: importancia de las actuaciones *ex ante* en el momento actual. II. LA INTERVENCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO COMO GARANTÍA. III. COMPETENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO. IV. LA MEMORIA ANUAL DEL CONSEJO DE ESTADO Y LOS DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS DE LOS CIUDADANOS. 1. Consideración de carácter general: referencia a algunos supuestos. 2. Las denominadas asociaciones de configuración legal. 3. El desistimiento en el ejercicio de la potestad expropiatoria. 4. El principio de audiencia. 5. La responsabilidad del Estado legislador. 6. Conclusión. V. CONSULTAS AL CONSEJO DE ESTADO Y DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS DE LOS PARTICULARES. 1. Observación preliminar. 2. Revisión de actos administrativos. 3. Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos. 4. Concesiones administrativas. 5. Ámbito supranacional: Tratado de la Unión Europea, Constitución, y derechos de los ciudadanos. VI. EL CONSEJO DE ESTADO Y LOS DENOMINADOS DERECHOS DE CARÁCTER ECONÓMICO Y SOCIAL. 1. Estado social de Derecho: fines y medios. 2. Los denominados derechos de carácter económico y social: orden de prioridades, Derecho comunitario, perspectivas.

I. INTRODUCCIÓN

1. De acuerdo con el artículo 107 de la Constitución el Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Podría parecer, por tanto, en una primera aproximación, que el objeto de este trabajo se encuentra desenfocado, que lo lógico

sería tratar del Consejo de Estado y el interés general más que del Consejo de Estado y los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Pero ¿dónde se encuentra el interés general? ¿Realmente estamos hablando de algo distinto cuando hablamos del interés general y de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos? ¿Estos derechos e intereses legítimos no son un componente del interés general?

Para seguir avanzando en la línea de razonamiento apuntada, sería interesante recordar que la declaración de derechos, la separación de poderes, el imperio de la Ley, son elementos de la arquitectura política del Estado liberal, que se reconducen a la defensa de la libertad. En este sentido, debe también señalarse que las primeras Constituciones revolucionarias vienen precedidas de una declaración de derechos que fundamenta la propia Constitución, la cual tiene carácter instrumental en orden a la consecución de la efectividad de tales derechos. Así, en la Constitución Francesa de 3 de septiembre de 1791; en el Proyecto de Constitución presentado a la Convención Nacional el 15 y 16 de febrero de 1793, año II de la República (Constitución Girondina); y también en la Constitución de 22 de agosto de 1795.

En el momento actual los derechos de carácter liberal han sido completados con los de carácter democrático y con los denominados principios rectores de la política social y económica —los denominados «derechos» de carácter económico y social—, por lo que tendríamos que decir que la Constitución se fundamenta en la efectividad de tales derechos.

Este fundamento es el que otorga su perfil propio y peculiar al sistema constitucional, cuyo *telos* ideológico no debe quedar oculto, porque es justamente la clave para comprender el Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución.

En este contexto, como se observa fácilmente, es lógico que la acción del Gobierno —y la actuación del Consejo de Estado como supremo órgano consultivo— pueda ser considerada desde la perspectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, cuya efectividad no sólo puede constituir un límite a la acción del poder sino que también debe ser el verdadero motor de su actuación.

2. En definitiva, la actuación de los poderes públicos puede ser contemplada desde una perspectiva subjetiva, como son los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Pero este enfoque queda velado normalmente por una presentación objetiva de la actuación pública, que se refleja en la Norma Fundamental. En efecto, la Constitución española establece

—art. 103.1— que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

La idea del sometimiento pleno a la ley y al Derecho, contenida ya en la Ley Fundamental de Bonn, pone de manifiesto la crisis del positivismo jurídico y la llamada a una referencia más amplia que la ley, el Derecho. Pero plantea a su vez otros problemas, como son los referentes a qué debe entenderse por Derecho, y a qué debe hacer la Administración cuando entienda que se ha producido una contraposición entre ley y Derecho.

Pero más acá de estas grandes cuestiones, resulta claro que, al menos, el sometimiento al Derecho comprende el principio de constitucionalidad en la actuación de los poderes públicos (art. 9.3 de la Constitución), los principios generales del Derecho (muchos de los cuales se encuentran en la Constitución y participan de su fuerza normativa —arts. 9.3 y 14, entre otros—), las referencias contenidas en la propia Constitución a una idea del Derecho que se encuentra más allá del propio texto constitucional (art. 10: los derechos inviolables inherentes a la persona humana; art. 53.1, el «contenido esencial» de los derechos como límite para la ley); y finalmente, no cabe duda tampoco de que este sometimiento a la ley y al Derecho otorga amplias posibilidades al intérprete que tiene a su disposición una doble referencia —ley y Derecho—, y unos criterios de interpretación variados como son, junto a los contenidos en el artículo 3 del Código Civil, el principio de interpretación de las leyes de conformidad con la Constitución, y la distinción entre *mens legis* y *mens legislatoris*.

3. La confluencia entre la perspectiva subjetiva y la objetiva se refleja en el artículo 24 de la Constitución, que establece el derecho de todas las personas a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; pues, en efecto, la legitimación de los recurrentes pone de relieve el aspecto subjetivo, y los jueces y tribunales han de fallar aplicando el Ordenamiento Jurídico.

Este derecho fundamental a la tutela judicial efectiva incluido dentro de los susceptibles de recurso de amparo, ha dado lugar a una muy numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha extraído del precepto todas sus posibilidades.

Ahora bien, no puede ignorarse que el derecho a la tutela judicial efectiva es un remedio *ex post*, dado el carácter revisor de la jurisdicción contenciosa. Cuando alguien demanda a una Administración y obtiene una Sentencia favorable, ello significa

que sus derechos e intereses legítimos no han sido observados por la Administración.

Y tampoco puede ignorarse que una de las grandes dificultades que presenta la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva es el *tiempo* que precisan los jueces y tribunales, y el propio Tribunal Constitucional, para dictar Sentencia, dada la gran conflictividad existente y el número de recursos que se interponen.

4. Las ideas expuestas conducen a destacar la importancia que presenta en el momento actual la existencia de órganos consultivos como el Consejo de Estado que, dadas sus características, pueden colaborar eficazmente para que la Administración respete los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y actúe de forma positiva a fin de conseguir su efectividad.

Y ello con la ventaja inapreciable que tiene toda actuación *ex ante*, preventiva, porque la Constitución exige que la ley y el Derecho se observen en la actuación de la Administración desde el primer momento, y no como consecuencia de controles posteriores que muchas veces son un remedio de alcance limitado, dado el tiempo de duración de los procesos.

II. LA INTERVENCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO COMO GARANTÍA

El Consejo de Estado es un órgano que por sus funciones trasciende de su carácter de supremo órgano consultivo del Gobierno que le atribuye la Constitución, lo cual responde a su propia trayectoria histórica.

En efecto, el Consejo es un órgano que tiene importantes funciones dentro del Estado concebido como unidad, es decir, en su sentido integral, como institución compleja que incluye junto al Estado en sentido estricto, a las Comunidades Autónomas y entes territoriales de la Administración local; funciones que en cuanto se relacionan con los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos justifican la competencia del Consejo de Estado en relación con actos de las Comunidades Autónomas, en tanto estas Comunidades no se doten de un órgano consultivo de características similares.

Esta última cuestión se planteó, como es sabido, en relación con el artículo 23, párrafo 2.º, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, que establece lo siguiente:

«El dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes.»

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de enjuiciar la constitucionalidad de este precepto en la Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre.

En esta Sentencia, el Tribunal pone de manifiesto que el Consejo de Estado ha venido configurándose históricamente como órgano consultivo de las Administraciones Públicas, y, asimismo, que el hecho de que no forme parte de la Administración activa, y su autonomía orgánica y funcional, garantía de objetividad e independencia, le habilitan para el cumplimiento de esa tarea, más allá de su condición esencial de órgano consultivo del Gobierno, en relación también con otros órganos gubernativos y con Administraciones Públicas distintas de la del Estado, en los términos que las leyes dispongan, conforme a la Constitución (FF.JJ. 2.º).

Esta posibilidad constitucional cobra toda su virtualidad a la luz de *la función de garantía* que cumple la intervención del Consejo de Estado, que el Tribunal expone en los siguientes términos:

«La intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo.»

De acuerdo con el párrafo transcrito, la intervención preceptiva de un órgano de las características del Consejo de Estado supone una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes sean parte en un procedimiento.

De esta forma, el Tribunal Constitucional sostiene que *la garantía del interés general y de la legalidad objetiva llevan consigo la garantía de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte en un procedimiento*. Y es que no existe contraposición jurídica entre unos y otros aspectos, sino que van unidos, aunque el énfasis pueda ponerse en uno u otro. En este sentido, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado subraya los aspectos objetivos, al decir que,

«En el ejercicio de la función consultiva el Consejo de Estado velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija la índole del

asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el desarrollo de sus fines.»

Este precepto, como acredita su simple lectura, establece la perspectiva objetiva de la función consultiva del Consejo de Estado que no sólo comprende la observancia del *Ordenamiento Jurídico* («velará por la observancia de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico»), sino también la valoración de la *oportunidad* y conveniencia, es decir, del núcleo de la discrecionalidad en los actos de este carácter, lo que marca una importante diferencia en relación con el alcance del posible control *a posteriori* de los Tribunales; y también la mayor *eficacia* de la Administración en el desarrollo de sus fines.

Pues bien, dado el objeto del presente estudio, vamos a mostrar cuál es el envés del haz de competencias del Consejo de Estado, formuladas en su Ley Orgánica desde una perspectiva puramente objetiva.

A tal efecto, conviene distinguir entre la Memoria y los dictámenes del Consejo de Estado.

III. COMPETENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

Las competencias del Consejo de Estado no se circunscriben a la emisión de dictámenes sino que, como es sabido, la Ley Orgánica trata en su artículo 20 de la competencia del Consejo distinguiendo los dictámenes, las propuestas y la Memoria.

Los dictámenes se emiten para evacuar las consultas del Gobierno o sus miembros, o de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Y los supuestos de consulta preceptiva se enumeran en los artículos 21, relativo a la competencia del Consejo de Estado en Pleno, y 22, que trata de la competencia de la Comisión Permanente. La enumeración de estas competencias acredita que el Consejo vela por la correcta actuación del Estado —constitucionalidad, legalidad, oportunidad y eficacia— en aspectos de especial importancia en el orden internacional, en el ejercicio de potestades de carácter normativo, respecto de los actos, contratos, responsabilidad, y control de la Administración del Estado, en la acción de la Administración; ello, además de competencias relativas a la propia organización, independencia y funciones del Consejo de Estado, de la organización estatal, o de las relaciones Estado-Comunidades Autónomas. Por otra parte, además de las competencias preceptivas enumeradas en la

Ley, las Leyes sectoriales contienen otros supuestos en que es preceptivo el dictamen del Consejo.

La enumeración de estas competencias se efectúa por la Ley Orgánica desde una perspectiva objetiva, por lo que en este trabajo demostraremos la trascendencia que tienen desde la perspectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Pero junto a la competencia de evacuar consultas por medio de dictámenes, el artículo 9 de la Ley Orgánica del Consejo le atribuye las competencias que enumera en sus núms. 2 y 3, que son las siguientes: de una parte, la de elevar al Gobierno las propuestas que juzgue oportunas acerca de cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugiera; y, de otra, establece que,

«El Consejo de Estado en Pleno elevará anualmente al Gobierno una Memoria en la que, 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 adaptar para el mejor funcionamiento de la Administración.»

La competencia contenida en el párrafo transcrito es una novedad introducida por la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. Esta competencia se formula también en términos objetivos referentes al funcionamiento de los servicios públicos y de la Administración; pero, como veremos, es susceptible de ser contemplada y valorada desde la perspectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

IV. LA MEMORIA ANUAL DEL CONSEJO DE ESTADO Y LOS DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS DE LOS CIUDADANOS

1. La Memoria anual del Consejo de Estado se estructura normalmente en dos partes: la primera, se dedica a la exposición de la actividad del Consejo durante el año de que se trate; y la segunda, a observaciones y sugerencias.

La lectura de las Memorias formuladas desde los años 1980 a 1995, permite conocer las cuestiones más relevantes planteadas en el ámbito del Derecho Constitucional y Administrativo, a la luz de las consideraciones que efectúa el Consejo partiendo de las consultas formuladas, al hilo de las cuales efectúa en muchas

ocasiones un verdadero estudio acerca de los problemas planteados y las soluciones que estima más adecuadas.

En el presente trabajo, sin embargo, debe partirse de que la perspectiva que utilizamos es la correspondiente al Consejo de Estado y los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, por lo que vamos a referirnos a algunos de los extremos en los cuales la doctrina del Consejo de Estado, reflejada en sus Memorias, presenta un especial interés.

2. Uno de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, que ha dado lugar a una amplia jurisprudencia constitucional, ha sido el derecho de asociación.

En particular, el alcance del derecho de asociación se ha considerado como un argumento en contra de la posibilidad de crear Corporaciones, en cuanto personas de Derecho público de base personalista. Y el Tribunal Constitucional, partiendo de la libertad como valor superior del Ordenamiento, del carácter restrictivo de la libertad que tiene la creación de Corporaciones, y del derecho fundamental a asociarse y a no asociarse, ha establecido una jurisprudencia bastante estricta en orden a la posibilidad de crear Corporaciones.

En esta línea de conexión entre Corporación y asociación, el legislador ha acudido en ocasiones a crear las denominadas asociaciones de configuración legal, que en el fondo, desde una perspectiva material, son Corporaciones en cuanto tales asociaciones ejercen determinadas funciones públicas y la pertenencia a las mismas constituye una carga que debe asumirse si se quiere obtener un determinado resultado.

Pues bien, el Consejo de Estado puso de manifiesto las peculiaridades que presentaban determinadas asociaciones en el mundo deportivo en dictamen 42963/80, de 30 de octubre de 1980. Con posterioridad, en dictamen 46134/1984, de 23 de febrero, el Consejo se planteó la naturaleza de las federaciones deportivas, como corporaciones o asociaciones, para concluir que más bien se trata de un derecho de asociación distinto del general para todos los ciudadanos regulado en el artículo 22 de la Constitución y, por ello, susceptible de ser sometido a ciertas especialidades.

Estos dictámenes del Consejo son anteriores a la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1985, de 24 de mayo, que calificó a las federaciones deportivas como asociaciones de configuración legal.

Esta doctrina pionera del Consejo de Estado se expone en la Memoria de 1991, que permite así tener una información

elaborada sobre la posición adoptada por el Consejo en relación con las cuestiones objeto de consulta.

3. El derecho de propiedad ha sido también objeto de consideración en las Memorias del Consejo de Estado, que, entre otros aspectos, ha estudiado el desistimiento en el ejercicio de la potestad expropiatoria cuya peculiaridad —en los casos dictaminados— es que suele aparecer asociada a la utilización del procedimiento de urgencia para la ocupación de los bienes afectados por la expropiación.

En concreto, el Consejo efectúa en la Memoria de 1989 un verdadero trabajo monográfico sobre esta cuestión, en el que se refiere a los criterios que deben tenerse en cuenta para la expropiación por el procedimiento de urgencia y a las consecuencias que produce el desistimiento.

En relación con el procedimiento de urgencia, el Consejo pone de manifiesto su propósito —como ya había hecho en la Memoria de 1986— de realzar el carácter excepcional del procedimiento de urgencia, lo que resulta necesario dado que se ha producido una pérdida o amortiguación de la conciencia de excepcionalidad, lo que deteriora la correcta aplicación de los preceptos legales y comporta efectos gravosos. En definitiva, los criterios que establece el Consejo para que proceda la declaración de urgencia son los siguientes (pág. 98):

— La declaración de urgencia a que se refiere el artículo 52 de la Ley no puede fundarse en una mera reiteración de la utilidad pública o del interés social que constituye requisito previo a la expropiación forzosa. Es precisa una dimensión temporal específica en las exigencias del interés público.

— La urgencia ha de ser apreciada, pues, con el contrapunto de que, a través del procedimiento expropiatorio ordinario, no serían atendidos los requerimientos del interés público.

— La aplicación del artículo 52 no debe ser instrumentada con fines meramente compulsivos respecto de los titulares de los bienes o derechos a expropiar ni con simples propósitos expeditivos respecto de las *garantías a favor del expropiado*, aunque parezcan trabas incómodas o trámites dilatorios a la Administración expropiante.

— Las declaraciones de urgencia a efectos expropiatorios hechas genéricamente se compadecen mal con el sentido legal de la excepción, pues el reconocimiento de que cuanto antes han de ejecutarse ciertas obras o establecerse determinados servicios no legitima necesariamente que la ocupa-

ción de todos y cada uno de los bienes a expropiar haya de hacerse por el procedimiento de urgencia.

— Una declaración inicial de urgencia y su directa eficacia legitimadora de la ocupación de los bienes inmediatamente necesarios no excusa la debida diligencia en las actuaciones administrativas a efectos de tramitar el expediente expropiatorio ordinario y llegar en tiempo a la ocupación de los demás bienes tras el pago del justiprecio.

La posición del Consejo de Estado en orden al carácter urgente de la expropiación permite apreciar claramente cómo el interés general y las garantías del expropiado son aspectos no contradictorios de la misma cuestión.

Y, por otra parte, el Consejo estudia también con toda precisión el desistimiento de la expropiación y los efectos indemnizatorios, distinguiendo distintas hipótesis cuyo estudio excede del objeto del presente trabajo.

4. El principio de audiencia en los procedimientos administrativos de producción de actos y disposiciones de carácter general se encuentra regulado en el artículo 105 de la Constitución.

En concreto, el principio de audiencia en la elaboración de disposiciones de carácter general se encuentra establecido en el artículo 105, letra a), de la Constitución, de acuerdo con el cual,

«La ley regulará la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.»

La aplicación de la audiencia en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general ha provocado cierta desorientación después de la Constitución, dado que la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 contempla en su artículo 130.4 la audiencia de la «Organización Sindical y demás entidades que por Ley ostentan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados» por la disposición que fuera a dictarse, «siempre que sea posible y la índole de la disposición aconseje» y «salvo cuando se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto».

Pues bien, el Consejo de Estado que siempre dedica en sus Memorias alguna consideración al principio de audiencia en el procedimiento administrativo, efectúa en la Memoria del año 1993 un verdadero estudio monográfico, al haber observado falta de criterios bien definidos.

No nos concierne aquí el estudio de los criterios que expone la Memoria —cuya consideración excede del alcance del presente trabajo—, pero sí parece de interés al objeto de nuestro estudio señalar el talante con el que el Consejo aborda esta cuestión, estableciendo como característica de la época actual la transparencia frente a la opacidad, y la pertinencia de no referirse a los administrados sino a los ciudadanos. En este sentido, resulta de interés transcribir algunas manifestaciones del punto 1 «Proemio» (pág. 107) que dicen así:

«El poder ha estado en sus orígenes relacionado con el misterio, y el Derecho, como instrumento del poder, ha sentido también cierta querencia hacia las disciplinas del arcano.

Durante siglos en la Administración Pública el secreto fue, más que un principio, casi un dogma. Por razones de interés general —que rayaban con la razón de Estado— debían mantenerse en secreto... Pero, sobre todo, esta actitud respondía a la idea de que el que gobierna no tiene por qué dar cuenta de sus actos a nadie, más que al Parlamento si se trata de un régimen democrático. Y la Administración menos aún.

En la Administración Pública imperaba el secreto o cuando menos la opacidad. Los expedientes eran reservados; los archivos eran inaccesibles; los motivos de las resoluciones no se exponían; las vías de impugnación procedentes eran un enigma...

Actualmente el Derecho Administrativo no gira ya en torno a la distinción clásica entre gobernantes y gobernados. Hoy ya no se puede hablar de «súbditos», ni siquiera de «administrados»... sino de ciudadanos que tienen derecho a participar en la gestión de los asuntos públicos y exigen una Administración con paredes de vidrio, en la que no haya misterios ni secretos...

El ciudadano de nuestros días quiere saber... la mayor parte de estas pretensiones están reconocidas en España, con carácter general, a partir de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Y otros, como el acceso a los registros y archivos públicos, la identificación de los funcionarios o la orientación jurídica y técnica que sea necesaria han sido incorporados y calificados como derechos en la nueva Ley 30/92, de 26 de noviembre».

Por otra parte, debe señalarse que el Consejo de Estado ha interpretado en sentido favorable al otorgamiento de la audiencia el artículo 18 de su Ley Orgánica, según el cual «pueden ser oídos ante el Consejo los directamente interesados en los asuntos sometidos a consulta».

5. La denominada responsabilidad del Estado legislador no se encuentra adecuadamente regulada en nuestro Derecho.

En efecto, la Constitución establece el principio de responsabilidad en la actuación de los poderes públicos (art. 9.3), y la propia Norma Fundamental regula la responsabilidad de la Administración (art. 106.2), y la responsabilidad del Estado por daños causados por error judicial y por los que sean consecuencia del funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 121).

La Constitución no contiene un precepto dedicado específicamente a la denominada responsabilidad del legislador, lo cual no puede significar —obviamente— una excepción al principio general de responsabilidad de los poderes públicos establecida en el artículo 9.3.

Siendo esto así, parece necesario centrar el problema distinguiendo las leyes que tengan un contenido expropiatorio (que han de dar lugar en todo caso a la correspondiente indemnización de conformidad con el artículo 33.3. de la Constitución) de aquellas otras que no tienen tal contenido.

En este último supuesto es cuando propiamente se plantea la cuestión de la responsabilidad del Estado legislador. Y en concreto, se suscita la cuestión de si el Estado debe indemnizar por razón de la Ley cuando ocasione una lesión a los destinatarios, es decir, en los mismos supuestos en que debería hacerlo si tal daño fuera ocasionado por la Administración. Esta cuestión no ha sido adecuadamente resuelta por nuestro Derecho, pues el artículo 139.3 establece una regulación —aparentemente ilógica— al decir lo siguiente:

«Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.»

Este precepto se refiere a los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, y establece el principio de que las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la lesión (daños que no tienen el deber jurídico de soportar) que le ocasione la aplicación de tales actos «cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que se especifiquen en los mismos».

El problema que plantea este precepto no está en lo que dice sino en la interpretación que permite inducir *sensu contrario*. Porque interpretado *sensu contrario* el precepto parece querer decir que en

caso de silencio de la Ley los particulares habrán de soportar las lesiones que les ocasione la aplicación de la Ley (es decir, los daños que no tienen el deber jurídico de soportar) sin derecho de indemnización alguna.

Esta interpretación conduciría al absurdo de que la efectividad del principio general de responsabilidad por la actuación de los poderes públicos quedaría deferido a la voluntad del legislador. Y como esto, evidentemente, no es el sistema establecido por el artículo 9.3 de la Constitución, parece que la interpretación más correcta es la de entender que la Ley 30/1992 no ha desarrollado el sistema de responsabilidad del Estado legislador; y ello porque lo que dice no supone afrontar el verdadero problema, que es el de determinar cuándo debe responderse por la actuación del Estado legislador —lo diga o no la ley—; o si se quiere, dicho de otra forma, en qué supuestos, por exigencia del artículo 9.3 de la Constitución, la ley ha de regular la responsabilidad por los daños que origine, ya directamente o por razón de su aplicación.

La solución de esta cuestión no es fácil, porque supone determinar en qué supuestos el legislador puede incidir sobre situaciones sociales para conseguir un cambio sin indemnización, es decir, en qué casos los daños que origine la aplicación de la ley pueden calificarse de lesión, de un daño que no se tiene el deber de soportar.

Pues bien, sin pretender solucionar aquí este arduo problema, sí hemos de señalar que el Consejo de Estado ha tenido ocasión de contestar a diversas consultas sobre la denominada responsabilidad del Estado legislador. La importancia de la cuestión ha dado lugar a que haya sido objeto de especial consideración en la Memoria del año 1988 (págs. 72 a 82) en la que el Consejo de Estado, aun cuando parte del principio de legalidad —y en ese sentido de la necesidad de que la Ley admita expresamente la responsabilidad—, afirma a continuación que esta exigencia no puede llevarse a extremos tan excluyentes que ante el silencio del legislador «no puede el intérprete y aplicador de la ley llegar a una conclusión favorable, basada en un juicio acerca de la voluntad legislativa y en una interpretación de la norma en el sentido mejor ordenado a la efectividad de los principios constitucionales».

En particular, y en relación con el problema de la responsabilidad del Estado legislador por la disminución de la edad de jubilación de los funcionarios operada por la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública, de 2 de agosto de 1984, el Consejo de Estado parte de la jurisprudencia del Tribunal Cons-

titucional que había calificado la edad de jubilación establecida como una expectativa, y no como un derecho.

No obstante, el Consejo toma en consideración que el propio Tribunal Constitucional, que funda sus fallos en la inexistencia de derechos adquiridos oponibles a la decisión del legislador (afirmando incluso la existencia de meras expectativas), haya preservado cautelarmente la eventual procedencia de compensaciones por las expectativas canceladas, «juicio de procedencia (que) comporta una remisión —quizá una invitación— al legislador».

El Consejo de Estado pone de manifiesto que al hilo de sucesivas consultas se ha planteado la procedencia de que el régimen estatutario de los funcionarios públicos puede ser ponderado por aspectos contractuales derivados del propio derecho constitucional al trabajo, lo que impone la búsqueda de un equilibrio entre el ejercicio de las potestades administrativas de ordenación y de conformación y la consideración de sus consecuencias, de forma que no se traduzcan en sacrificios individualizados y sin compensación.

En este sentido, y después de tratar de la eventual introducción de figuras dogmáticas intermedias, pone de manifiesto la importancia que puede tener en este campo el principio de confianza legítima, en los siguientes términos:

«Al fin indicado, puede acreditar relevancia y fecundidad el principio de “protección de la confianza legítima”, con origen en el Derecho alemán (concretamente en la jurisprudencia contencioso-administrativa) y aceptado por el Tribunal Europeo de Justicia desde su Sentencia de 13 de julio de 1965. No es, desde luego, un principio de valor absoluto capaz de bloquear todo intento de modificación o reforma; pero sí protege eficazmente frente al cambio brusco y por sorpresa, frente a la alteración sensible de una situación en cuya durabilidad podía legítimamente confiarse, sin dar tiempo ni medios al afectado para reequilibrar su posición o adaptarse a la nueva situación. Este principio tiene un carácter general —aunque suela operar con preferencia en el campo económico y en el funcional—, está vinculado a los principios de seguridad jurídica, buena fe, interdicción de la arbitrariedad y otros, con los que suele combinarse y, por supuesto, no exige la preexistencia de derechos subjetivos perfectos, que tienen otras vías de protección.»

Ésta es la línea de avance adecuada —a mi juicio— para afrontar los problemas que suscita la responsabilidad del Estado legislador por razón de leyes de contenido no expropiatorio. El

equilibrio entre el cambio social y el respeto a situaciones existentes puede conseguirse con un detenido estudio de cuál debe ser el cambio legislativo —de forma que resulta plenamente justificado— y cuáles deben ser las medidas transitorias que deben adoptarse para que el cambio sea «absorbible» sin llegar a producir una lesión, o, en su caso, cuál es la indemnización que ha de otorgarse.

6. Los ejemplos citados son simples botones de muestra de cómo la doctrina del Consejo de Estado puede ser contemplada no sólo desde una perspectiva puramente objetiva —constitucionalidad, legalidad, oportunidad, eficacia, de la actuación administrativa— sino también desde una perspectiva subjetiva, desde el ángulo de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que es al final de cuentas lo que aparece en muchas de las actuaciones de la Administración si descorremos el velo de la personificación y de los tipos de actuación, y acudimos a la sustancia, a los fines que justifican la actuación.

Podríamos haber tratado de muchos otros aspectos de interés contenidos en las Memorias, como son los relativos a la retroactividad de Reglamentos, potestad revisora de actos y contratos, resoluciones de contratos y concesiones, derecho de asilo, títulos nobiliarios, transacciones, daños derivados de la pertenencia a la Unión Europea, y otros de interés. Pero, como resulta obvio, ello excedería con mucho de los límites de este trabajo; y, de otra parte, algunos de estos extremos podremos considerarlos al tratar de las consultas y dictámenes del Consejo de Estado.

V. CONSULTAS AL CONSEJO DE ESTADO Y DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS DE LOS PARTICULARES

1. Las Memorias nos han permitido justificar la doble perspectiva desde la que es posible contemplar la función consultiva atribuida al Consejo de Estado.

Pero sin perjuicio de ello, debemos hacer notar que los supuestos de consulta preceptiva establecidos por la Ley Orgánica evidencian de forma patente en algunos casos la preocupación del legislador por incorporar al Ordenamiento una garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos de carácter preventivo frente al ejercicio de sus potestades por parte de la Administración, como sucede en los supuestos de revisión de actos, y de nulidad, interpretación y resolución de contratos y de concesiones administrativas, como se justifica seguidamente.

2. En relación con la revisión de los actos administrativos, la Ley de Procedimiento Administrativo estableció la necesidad de dictamen favorable del Consejo de Estado para que la Administración pudiera llevar a cabo la revisión de los actos nulos de pleno derecho y de los actos anulables que infringieran manifiestamente la Ley (arts. 109 y 110).

El dictamen favorable del Consejo tenía así un carácter vinculante —en el sentido de habilitante— para que la Administración pudiera ejercer su potestad revisora. Y debe añadirse que además se trataba de un requisito que no era exigible en todo supuesto de revisión, sino tan sólo en aquellos en que la Administración pretendiera ejercer su potestad para declarar la nulidad de actos declarativos de derechos (no de los denominados actos de gravamen); así se deducía del artículo 110 de la Ley y así vino a interpretarlo el Consejo de Estado al emitir sus dictámenes preceptivos.

De esta forma el dictamen se configuraba como una garantía muy intensa de los derechos e intereses de los ciudadanos, puesto que sólo si el dictamen era favorable la Administración podía llevar a cabo la revisión.

La vigente Ley Orgánica del Consejo de Estado 3/1980 introdujo en su articulado el dictamen preceptivo, al indicar en su artículo 22.10 que la Comisión Permanente deberá ser consultada en la «revisión de oficio de los actos administrativos en los supuestos previstos por las leyes».

La redacción de la Ley pone de manifiesto las dificultades que presentan las leyes estatutarias —relativas en este caso al Consejo— al definir la competencia, porque necesariamente inciden en el contenido de otras leyes.

De aquí que este problema se haya tomado en consideración por el legislador, de tal forma que se ha entendido que quedaba satisfecha la reserva de ley orgánica establecida en el artículo 107 de la Constitución («Una ley orgánica regulará su composición y competencia») estableciendo el dictamen preceptivo del Consejo de Estado, sin mayores precisiones, en los supuestos de revisión de oficio de los actos administrativos «previstos por las leyes».

De esta forma parecía quedar consolidada la regulación establecida por la Ley de Procedimiento Administrativo, en cuanto que el dictamen preceptivo y habilitante del Consejo de Estado no estaba cuestionado por nadie, dado el carácter excepcional de la prerrogativa de la Administración, y la garantía que representaba tanto para el interés público como para los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Pero esta consolidación era más aparente que real. Porque la Ley Orgánica, que podría haber regulado esta cuestión de modo definitivo —dado su rango—, remitía a otras leyes la concreción de los supuestos de revisión en que el dictamen había de ser preceptivo, y no exigía en ningún supuesto que fuera habilitante (favorable).

Y ello explica que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, haya podido modificar la exigencia de dictamen del Consejo de Estado para la revisión por la Administración de sus actos declarativos de derechos contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo, en el sentido de suprimir el carácter habilitante del dictamen para la revisión de los actos nulos de pleno derecho.

La regulación de la Ley 30/1992 resulta paradójica. Porque, en efecto, no deja de ser llamativo y sorprendente que, después de la Constitución, el legislador ha venido a establecer un régimen de revisión de los actos nulos de pleno derecho declarativos de derechos que ofrece menos garantías para los ciudadanos que el regulado por la Ley de Procedimiento Administrativo, lo que ha sido duramente criticado por la doctrina.

Debe señalarse, por lo demás, que el legislador ha sido sensible a esta crítica ya que, como veremos, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha conservado el dictamen habilitante del Consejo para la declaración de nulidad de los contratos administrativos por la propia Administración.

3. El problema que planteaba la relación entre la Ley reguladora del Consejo de Estado y la legislación de contratos se había puesto de manifiesto con anterioridad a la Constitución, es decir, antes de que se produjera la diferenciación entre leyes orgánicas y ordinarias, con el alcance que da a esta distinción la Norma Fundamental.

En este sentido, debe señalarse que si bien la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 25 de noviembre de 1944 establecía que era preceptivo el dictamen del Consejo de Estado en la «Interpretación, resolución y revisión de los contratos administrativos», la determinación de estos supuestos de dictamen preceptivo podía ser modificada por otra ley, como la Ley de Contratos del Estado, posterior y del mismo rango.

La tensión entre la Ley del Consejo de Estado y la legislación de los contratos administrativos va a dar lugar a que la vigente Ley Orgánica del Consejo de Estado de 22 de abril de 1980, establezca la competencia del Consejo de tal forma que la

consulta preceptiva haya de producirse en los expedientes (arts. 22.11. de la Ley) de,

«Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos *cuando se formule oposición por parte del contratista* y, en todo caso, en los supuestos previstos en la legislación de contratos del Estado.»

En definitiva, el legislador ha señalado con toda precisión el carácter de garantía que tiene el dictamen del Consejo de Estado, el cual deberá ser consultado en «los asuntos» relativos a la nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos «cuando se formule oposición por parte del contratista». Basta, pues, que se formule oposición por parte del contratista para que el Consejo tenga que ser consultado, lo que evidencia la función de garantía que cumple el dictamen.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (que dado su carácter de Ley ordinaria ha de respetar lo establecido en la Ley Orgánica) ha venido a reiterar los supuestos de dictamen preceptivo establecidos por la Ley Orgánica del Consejo de Estado, al establecer en su artículo 60.3 que «será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los casos de interpretación, nulidad y resolución cuando se formule oposición por parte del contratista».

Pero además de estos supuestos en que el Consejo cumple primordialmente una función de garantía de los derechos e intereses legítimos de los contratistas (es decir, desde otra perspectiva, de que la Administración actuará de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico), la Ley de Contratos establece también —haya o no oposición por parte del contratista— que la declaración de nulidad de los contratos por causas de nulidad o anulabilidad de Derecho Administrativo requiere el dictamen favorable del Consejo de Estado.

Con lo cual, como se observa fácilmente, la Ley ha venido a exigir el requisito del dictamen habilitante del Consejo de Estado, lo que significa que ha sido sensible a las críticas efectuadas a la regulación de la revisión de los actos administrativos establecido en la Ley 30/1992.

Dado el objeto del presente trabajo no efectuamos una referencia a las demás competencias del Consejo de Estado establecidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que deben ser interpretadas poniendo el acento en la garantía de la observancia del Ordenamiento jurídico, lo que

—desde otra perspectiva, como ya nos consta— significa una garantía para los ciudadanos.

4. Las consideraciones expuestas en relación a los contratos deben también reiterarse en relación con las concesiones administrativas «cualquiera que sea su objeto», dado que la redacción de la Ley —art. 22.12— se inspira en los mismos criterios, al decir que la Comisión Permanente deberá ser consultada en los siguientes asuntos:

«Nulidad, interpretación, modificación y extinción de concesiones administrativas, cualquiera que sea su objeto, cuando se formule oposición por parte del concesionario y, en todo caso, cuando así lo dispongan las normas aplicables.»

La mera lectura de este apartado evidencia que viene a reiterar los mismos criterios contenidos en el anterior, relativo a los contratos. Debe además ponerse de relieve que el legislador ha preferido no adaptar posición alguna en orden a la naturaleza de las concesiones, de tal forma que el contenido del apartado transcrito resulta en parte reiterativo con el anterior, dado que tanto las concesiones de obras públicas como las de servicios públicos tienen la naturaleza de contratos administrativos.

De esta forma resulta claro que el legislador no ha querido entrar en la calificación jurídica de los distintos tipos de concesiones y ha pretendido abarcarlas a todas, cualquiera que sea su objeto, incluyendo por tanto también a las de dominio público.

5. Una vez considerados algunos de los supuestos de consulta preceptiva en las que la función de garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos resulta patente, conviene reiterar la idea de que los dictámenes del Consejo —en general— pueden ser considerados desde la doble perspectiva a que nos hemos referido de forma reiterada: objetiva —como garantía de la observancia del Ordenamiento jurídico, de la oportunidad de la actuación, e incluso de la eficacia—, y subjetiva, como garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Aunque creemos que esta afirmación ha quedado ya demostrada, conviene efectuar alguna consideración complementaria en relación con los dictámenes relativos al ámbito supranacional, dada la importancia de las funciones que en esta materia atribuye la Ley Orgánica al Consejo de Estado (art. 21, núms. 2 a 5, y art. 22, núm. 2), e incluso, dado que la propia Ley establece la consulta preceptiva en los «Asuntos de Estado a los que el Gobierno reconozca especial trascendencia o repercusión».

En esta línea de razonamiento merece especial comentario el dictamen 421/1992, de la Sección 2.º, de 9 de abril, que evacua la consulta formulada al Consejo de Estado en relación con el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht en 7 de febrero de 1992.

Dado el objeto del presente trabajo, vamos a centrar la atención en los aspectos del dictamen relativo a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, prescindiendo de otras consideraciones en orden al designio de los constituyentes —reflejado en diversos preceptos de la Constitución— de abrir el Derecho español a las influencias del Derecho internacional, a la naturaleza de la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho interno —que no equivale exactamente a la relación entre Derecho internacional y Derecho interno—, y al principio reflejado en el Tratado de la Unión de que hay determinados reductos constitucionales de los Estados miembros en los que el Derecho comunitario no debe entrar.

En consecuencia, vamos a detenernos en el extremo relativo a la posible afección o no a los derechos de los ciudadanos por la vía del artículo 93 de la Constitución, cuyo primer párrafo declara que «mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución».

Las consideraciones del Consejo de Estado se centran en el problema —que había sido objeto de consideración en algún otro dictamen, el 850/1991— de si bastaría una ley orgánica aprobada al amparo del artículo 93.1 de la Constitución para autorizar un tratado que introduce en el Tratado CEE un artículo, el 8.B.1, por el que se reconoce el derecho de todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

Pues bien, nos interesa destacar especialmente que, al hilo de esta importante cuestión, el Consejo va a sostener el criterio de que el límite de lo que puede quedar afectado por la vía del artículo 93 de la norma fundamental está constituido por aquellas materias constitucionales que sólo pueden reformarse mediante el procedimiento de rigidez agravada del artículo 168 de la Constitución. Es decir, en suma, que por la vía del artículo 93 no pueden alterarse los valores superiores del ordenamiento, ni la forma y la estructura del Estado, ni sus bases institucionales,

ni los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo, Sección primera, del Título I de la Constitución.

De esta forma el Consejo de Estado tomaba una posición en orden a los límites del artículo 93 de la Constitución en relación con el 95.1 («la revisión de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional»).

Sentada esta posición inicial, el propio Consejo de Estado reitera la consideración ya contenida en su anterior dictamen 850/1991, en orden a la posibilidad de que se mantengan otros pareceres, de tal forma que resulta conveniente, dada la relevancia del Tratado de la Unión Europea, que España inicie su andadura bajo el tratado con la plena certidumbre, que sólo el Tribunal Constitucional puede dar, de hacerlo en armonía con la propia Constitución.

De ahí que el Consejo reitera el parecer ya manifestado en su anterior dictamen 850/1991 en orden «a lo aconsejable y conveniente que resulta en el presente caso, y con carácter previo a la ratificación del Tratado de la Unión Europea, la utilización del mecanismo previsto en el artículo 95.2 de la Constitución para que el Tribunal Constitucional declare si existe o no contradicción entre dicho Tratado y la Norma Fundamental en los términos que precisa el artículo 78 de la Ley Orgánica del propio Alto Tribunal».

Esta prudente posición dio lugar a que el Gobierno hiciera uso de la potestad que le confiere el artículo 95.2 de la Constitución, y formulara el correspondiente requerimiento al Tribunal Constitucional para que declarara si existía o no contradicción con la Constitución. El Tribunal Constitucional evacuó el requerimiento mediante su Declaración de 1 de julio de 1992, que entendía «que la estipulación contenida en el futuro artículo 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, tal y como quedará redactado por el Tratado de la Unión Europea, es contraria al artículo 13.2 de la Constitución en lo relativo a la atribución del derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales españoles»; y, también, «que el procedimiento de reforma constitucional que debe seguirse para obtener la adecuación de dicha norma convencional a la Constitución, es el establecido en su artículo 167.»

Esta reforma constitucional se llevó a cabo en 27 de agosto de 1992, y en virtud de la misma, como es sabido, se modificó el artículo 13 de la Constitución.

VI. EL CONSEJO DE ESTADO Y LOS DENOMINADOS DERECHOS DE CARÁCTER ECONÓMICO Y SOCIAL

1. Desde la perspectiva de los denominados derechos de carácter económico y social, el Estado social de Derecho se presenta como la culminación de una larga trayectoria de más de dos siglos. En efecto, como ha puesto de manifiesto la doctrina, en la Revolución Francesa existían tres revoluciones en potencia: una de carácter liberal, otra de tipo democrático, y una tercera de carácter social. Cada una de estas Revoluciones se irá produciendo sucesivamente en el tiempo, y se traducirá en la proclamación de derechos individuales del signo correspondiente; pero mientras la efectividad de los derechos de carácter liberal requiere fundamentalmente la abstención de los poderes públicos —la denominada libertad negativa—, y los derechos de tipo democrático son de participación —liberal positiva—, los denominados derechos de carácter económico y social son esencialmente derechos de prestación. Y de ahí que su efectividad, al menos en cuanto no se produzca en el seno de la sociedad, depende de los medios económicos de que dispongan los poderes públicos, por lo que, en general, no se reconocen tales derechos sino como una directriz o principio cuya consecución ha de guiar la actuación de los poderes públicos.

El Estado social de Derecho puede también contemplarse desde otra perspectiva, como es la relativa a la intervención del Estado para dar efectividad a los denominados derechos de carácter económico y social. De esta forma, se planteó la cuestión de si el Estado social de Derecho se caracteriza por la reserva necesaria a los poderes públicos de una serie de servicios y recursos que habían de ser nacionalizados, cuestión que fue resuelta en sentido afirmativo por la Constitución francesa de 1946, y que fue objeto de amplia polémica en Alemania a partir de la Ley Fundamental de Bonn.

Pues bien, en este momento asistimos a la crisis del Estado social de Derecho concebido como Estado prestador de servicios públicos y gestor de actividades económicas, y las cuestiones que hoy en día tienen actualidad se mueven en el sentido inverso: la privatización y la desregulación, incluso en relación con los servicios públicos tradicionales. Y ello, aun prescindiendo de los planteamientos políticos que obviamente subyacen en esta tendencia, porque ésta es la línea de actuación a la que conduce con naturalidad la incorporación a la Comunidad Europea, y también el desbordamiento en el ejercicio de funciones consus-

tanciales al Estado y en la prestación de los servicios públicos (justicia, seguridad, correos, sanidad, enseñanza en los niveles superiores).

En consecuencia, los distintos tipos de intervención del Estado tienden a reconsiderarse en función de los nuevos planteamientos: así, en la tradicional actividad de control cobra esencial importancia la consecución de la efectividad de la competencia en el mercado (legislación sobre defensa de la competencia, consumidores, marcas, productos defectuosos, competencia desleal); la efectividad de la libre competencia incide en la posibilidad de prestar ayudas a empresas del sector empresarial público, que incluye o puede incluir empresas que se han incorporado al mismo por razones sociales (la denominada «socialización de las pérdidas»); en cambio, la actividad de fomento se acentúa en el sector agrícola, en el que se producen una serie de políticas comunitarias; y la libertad de prestación de servicios, establecida en el Tratado de la Comunidad, da lugar a que se vaya produciendo un deslizamiento de los servicios públicos hacia su conversión en servicios públicos impropios o, en su caso, simples actividades privadas.

En este contexto, al que habría de añadirse la mundialización del comercio, y la crisis económica, resulta ya claramente perceptible la tendencia a sostener la imposibilidad de mantener la propia configuración del Estado social. Y por otra parte, el funcionamiento de la sociedad está produciendo una marginación social creciente de aquellas personas que por una u otra razón no consiguen incorporarse al circuito económico o quedan desenganchadas del mismo. Hasta el punto de que haya llegado a plantearse si el Estado social va a derivar hacia un Estado asistencial.

2. Se trata de una cuestión preocupante, cuya magnitud excede del ámbito estatal, el cual ofrece posibilidades limitadas que, sin embargo, no conviene desdeñar.

En este sentido, conviene recordar que el artículo 53.3 de la Constitución establece que el reconocimiento, el respeto, y la protección de los principios rectores de la política social y económica informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, si bien sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

El precepto mencionado impone un deber que vincula al legislador y —en general— a todos los poderes públicos, cuya trascendencia no puede ser minimizada, dado el carácter normativo de la Constitución.

Este deber supone una vinculación en cuanto a los fines, que puede ser objeto de un control posterior; sin embargo, no puede desconocerse que, dada la limitación de los medios, se plantean otras cuestiones de difícil solución, como es la de establecer prioridades en la consecución de la efectividad de los principios rectores de la política económica y social, y, en consecuencia, la distribución correlativa de los medios —siempre escasos— de que se dispone.

Ante la dificultad de establecer parámetros jurídicos (que podrían incluso chocar con el pluralismo político que establece el art. 1 de la Constitución como uno de los valores superiores del Ordenamiento), que permitan un control acabado, cobra especial importancia la actuación de órganos como el Consejo de Estado que ofrecen la ventaja de que su función consultiva les permite valorar no sólo la observancia de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico, sino también la oportunidad o conveniencia de la actuación, y su eficacia.

Pero además de la importancia de esta función desde una perspectiva de Derecho meramente interno, debe tenerse en cuenta que la incorporación de España a la Comunidad Europea exige contemplar nuestro Derecho en el ámbito del Derecho comunitario, en el que son perceptibles avances muy importantes en materia de medio ambiente, que la Constitución española configura como un principio rector de la política social y económica en su artículo 45.1, el cual establece que «todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo».

Pues bien, la línea de avance en la efectividad de los principios rectores de la política social y económica como consecuencia de la trasposición del Derecho comunitario va a contar con la necesaria consulta al Consejo de Estado, ya que el legislador ha sido especialmente sensible a la garantía que supone tal consulta al establecer en la disposición adicional primera de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, que regula la Comisión Mixta para la Unión Europea que «El Consejo de Estado deberá ser consultado sobre las normas que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo del Derecho Comunitario Europeo, de conformidad y en los términos establecidos en su propia Ley Orgánica» (cuyo art. 22.2.º atribuye a la Comisión Permanente la competencia para dictaminar sobre «las disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales»).

Resulta así que el Consejo de Estado tiene una importante función en la adecuación del Derecho español al comunitario,

que establece una línea de avance en relación con determinados principios rectores de la política social y económica contenidos en la Constitución.

En cambio, como no podía ser menos, el Derecho comunitario se mueve con mayores dificultades a la hora de avanzar en el reconocimiento y efectividad de los denominados derechos sociales, dado su origen como Comunidad Económica que sólo lentamente y con dificultades tiende a convertirse en una comunidad política que ha de prestar atención a las cuestiones sociales. Y ello es en verdad fundamental, porque, como pone de relieve un reciente Informe del Comité de Sabios presidido por María de Lourdes Pintasilgo (Bruselas, octubre 1995-febrero 1996), del que ha formado parte García de Enterría, E.,

«La Unión Europea se encuentra de nuevo en una encrucijada. No podrá responder de manera eficaz a los desafíos que se le presentan si no concede a su dimensión social la importancia que le corresponde. Esto no podrá hacerse de una sola vez, ni dejándose arrastrar por la inercia del pasado. Europa debe ser innovadora en el ámbito social, al igual que ha sabido serlo en otros ámbitos de su actividad. Sólo podrá construir un modelo social atractivo si sabe renovarlo, teniendo en cuenta a la vez las nuevas exigencias de la competitividad derivadas de la mundialización de las tendencias sociales, tanto democráticas como sociológicas, y las necesidades humanas fundamentales que se expresan sobre todo a través de los derechos y los deberes.»

En realidad, si nos fijamos bien, ésta es la línea lógica de evolución: del inicial planteamiento liberal, las Comunidades Europeas están avanzando hacia una evolución de carácter democrático que se refleja en la potenciación del Parlamento Europeo, y, después del Acta Única y del Tratado de la Unión, se pone ya de manifiesto la necesidad de introducir los derechos sociales.

En este largo período de transición que se anuncia, el Consejo de Estado se encuentra situado por el Ordenamiento en una posición jurídica adecuada para colaborar eficazmente en el mantenimiento del Estado social de Derecho que consagra la Constitución, y en la adecuación de su contenido a las circunstancias cambiantes de los tiempos.

