

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR. SUS BASES DOCTRINALES Y NORMATIVAS Y SU CASUÍSTICA

*Discurso leído el día 3 de diciembre de 2015 en el acto de recepción como Académico de
Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia por el*

EXCMO.SR. DON NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN

y contestación del Presidente de la Academia

EXCMO.SR. DON JUAN ROCA GUILLAMÓN



MURCIA
2015

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR. SUS BASES DOCTRINALES Y NORMATIVAS Y SU CASUÍSTICA

*Discurso leído el día 3 de diciembre de 2015 en el acto de recepción como Académico de
Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia por el*

EXCMO.SR. DON NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN

y contestación del Presidente de la Academia

EXCMO.SR. DON JUAN ROCA GUILLAMÓN



MURCIA
2015

Depósito Legal: MU-1325-2015
Imprime: 42lineas-42lineasdigital@gmail.com
Impreso en España - Printed in Spain

*A Javier Delgado Barrio,
modelo de buen juez.*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.....	21
Un breve esbozo inicial sobre los factores generadores de la jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y sobre la tipología resultante de ese reconocimiento.....	
II. EL CUADRO GENERAL DE LAS OBLIGACIONES INDEMNIZATORIAS DEL PODER PÚBLICO EN LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA.....	24
1. La doctrina del fisco como una de las primeras construcciones jurídicas para justificar el derecho de los ciudadanos a plantear reclamaciones económicas al poder público.....	
2. Las clasificaciones doctrinales de las obligaciones reparatorias del poder público por los daños patrimoniales causados al ciudadano.....	
3. La dualidad en el Derecho español de la teoría de la indemnización expropiatoria y de la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración.....	
III. LOS MODELOS DEL DERECHO COMPARADO SOBRE LAS VÍAS DE RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR. EN ESPECIAL LAS SOLUCIONES SEGUIDAS EN FRANCIA, ALEMANIA E ITALIA.....	31

A) Nota inicial sobre el contexto histórico en el que se plantea la necesidad de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.....	31
B) Consideración general sobre los dos principales títulos indemnizatorios esgrimibles frente al Estado legislador que son reconocidos en esos modelos: el “ <i>ilícito legislativo</i> ” constituido por las ablaciones patrimoniales causadas por normas con rango de ley declaradas inconstitucionales; y el “ <i>sacrificio patrimonial especial</i> ” contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas.....	32
C) El sistema francés.....	35
1. La jurisprudencia Duchâtelier sobre la irresponsabilidad del Estado legislador.....	36
2. El primer reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene lugar en materia contractual y se realiza a través de la teoría del hecho del príncipe como factor de alteración de la economía del contrato.....	37
3. La jurisprudencia Société Premier et Henry contenida en el arrêt de 29 de abril de 1921, que no apoya la irresponsabilidad del legislador en el mero silencio de la ley sino en la constatación de que su voluntad es contraria a la indemnización.....	38
4. La jurisprudencia La Fleurette del arrêt de 14 de enero de 1938 que, después de investigar la voluntad de la ley, concluye que ni el texto de la ley ni sus trabajos preparatorios permiten entender que el legislador ha querido hacer soportar al interesado una carga que normalmente no le corresponde; y afirma que una carga de interés general debe ser soportada por la colectividad.....	39
5. La extensión de las soluciones anteriores a las convenciones internacionales a partir de arrêt Compagnie general d’énergie radioelectrique de 30 de marzo de 1966.....	41
6. La admisión desde 1989 por la Justicia administrativa (por el Conseil d’État) de su competencia para analizar la compatibilidad o no de una ley francesa con el Derecho comunitario europeo (arrêt NICOLO de 20 de octubre de 1989).....	41

D) Los sistemas alemán e italiano.....	42
1. Las bases constitucionales de estos sistemas.....	42
2. Los títulos indemnizatorios por responsabilidad del Estado legislador resultantes de las anteriores bases normativas.....	44
IV. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR VIOLACIONES DEL ORDENAMIENTO EUROPEO.....	46
1. Breve consideración sobre la Unión Europea y sobre la supremacía que corresponde a su ordenamiento jurídico propio [el llamado “ <i>Derecho de la Unión</i> ”] frente al derecho interno de los Estados miembros.....	46
2. Las bases normativas del principio de responsabilidad del Estado en el Derecho de la Unión y su reconocimiento en la jurisprudencia del TJUE.....	47
3. La inicial formulación jurisprudencial del principio de responsabilidad en la sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C9/90).....	50
4. El desarrollo o perfeccionamiento de la jurisprudencia inicial en la sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame (C-46/93 y C-48/93).....	52
5. El alcance atribuido al principio de equivalencia en esta materia por la sentencia de 26 de enero de 2010 Transportes Urbanos y Servicios Generales S.A.L. –TUSGSAL– (C-118/08).....	58
V. LAS DECLARACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	66
VI. LA CASUÍSTICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	74
1. Cronología breve de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado legislador.....	74

1.1. La etapa anterior a la Constitución.....	75
1.2. El periodo que se inicia con la Constitución de 1978: sus cuatro hitos o momentos principales.....	77
El primer momento: los pronunciamientos iniciales que continúan la solución tradicional contraria a la responsabilidad del Estado legislador, fundada en la primacía de la ley cuando esta no haya sido declarada inconstitucional.....	77
El segundo momento: la definición de la tipología del Estado legislador en los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo favorables a su reconocimiento.....	78
El tercer momento: la publicación de la Ley 30/1992 y el giro jurisprudencial volviendo de nuevo a la tradicional posición contraria a la responsabilidad del Estado legislador.....	83
El cuarto momento: un nuevo cambio de rumbo jurisprudencial con el decidido reconocimiento por el Tribunal Supremo de la posibilidad de exigir responsabilidad al Estado legislador.....	90
2. El cuadro final resultante de la tipología de la responsabilidad del Estado legislador diferenciada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	101

VII. RESPONSABILIDAD POR LEYES EXPROPIATORIAS Y DIFERENCIACIÓN DE ESTAS EN RELACIÓN CON LAS REGULACIONES LEGALES DE LA PROPIEDAD O DEL ESTATUTO FUNCIONARIAL.....104

1. Consideraciones generales sobre las garantías constitucionales del derecho de propiedad y sobre las consecuencias que comportan para las leyes expropiatorias.....	104
2. Las principales cuestiones que suscitan las leyes expropiatorias.....	105
3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los casos en los que procede declarar la existencia de una ley con contenido expropiatorio.....	107
3.1. El punto de partida legal: la amplia fórmula del artículo 1 de la LEF; y las dos notas, positiva y negativa, que configuran la privación singular que constituye la expropiación.....	107

3.2. La asunción por el TS de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la diferencia existente entre privación de derechos patrimoniales y regulación legal de su contenido; y sobre el contenido esencial de los derechos como límite del legislador a la regulación de los mismos.....	109
3.3. La jurisprudencia del TS que niega contenido expropiatorio a determinadas leyes y únicamente advierte en ellas regulaciones legales delimitadoras del contenido normal de determinados derechos patrimoniales.....	115
3.4. La jurisprudencia del TS que diferencia entre derechos subjetivos susceptibles de expropiación y meras expectativas de derechos todavía no adquiridos (y ajenas, por ello, al instituto de la expropiación).....	116
3.5. La jurisprudencia del TS sobre leyes de contenido expropiatorio.....	119

VIII. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR LEYES INCONSTITUCIONALES.....	120
1. El nacimiento y desarrollo de la jurisprudencia del TS sobre esta específica manifestación de responsabilidad del Estado legislador.....	120
2. El título de imputación en la responsabilidad por leyes inconstitucionales.....	122
3. La inviabilidad, como obstáculos para la reclamación de esta responsabilidad, tanto de la cosa juzgada como del hecho de que el reclamante hubiera consentido los actos administrativos dictados en aplicación de la ley declarada inconstitucional.....	124
4. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en relación con los actos dictados en aplicación de la norma inconstitucional: ¿eficacia “ <i>ex tunc</i> ” o eficacia “ <i>ex nunc</i> ”?.....	126
5. El cómputo del plazo de prescripción de la acción de reclamación de la responsabilidad patrimonial.....	128
6. La no exigencia en esta modalidad de responsabilidad de que la violación haya sido manifiesta y grave.....	129

IX. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR VULNERACIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	131
1. La inicial jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la exigencia de responsabilidad al Estado legislador y la modulación posterior que diferenció entre la responsabilidad derivada de leyes declaradas inconstitucionales y la procedente de violaciones del Derecho comunitario [las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005].....	131
2. Las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010 (Recursos 373/2006, 149/2007, 153/2007) incorporan de manera completa a la jurisprudencia española la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea siguiendo el criterio plasmado en la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010 (Asunto C-118/08).....	135
X. LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR ENCUADRABLES EN CONCRETAS REGULACIONES LEGALES. LAS LESIONES PATRIMONIALES DERIVADAS DE NORMAS DE CONTENIDO URBANÍSTICO Y DE NORMAS ALTERADORAS DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DE UN CONTRATO PÚBLICO.....	138
1. Las lesiones patrimoniales derivadas de normas de contenido urbanístico.....	139
1.1. Las notas configuradoras de la propiedad urbanística como un tipo específico de propiedad.....	139
1.2. Las lesiones patrimoniales que pueden derivarse de la actividad urbanística.....	144
1.3. La jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad por daños que sean consecuencia de actos legislativos que comporten cambios de ordenación urbanística.....	146
2. Las lesiones patrimoniales derivadas de normas alteradoras del equilibrio financiero de un contrato público.....	147

XI. SUCINTA NOTA FINAL SOBRE ALGUNOS ELEMENTOS COMUNES A LAS DISTINTAS MODALIDADES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR.....	149
1. Imputación o determinación del ente público responsable.....	149
2. Jurisdicción competente.....	152
3. Principio de total indemnidad.....	153
XII. CONCLUSIONES FINALES.....	154
CONTESTACIÓN DEL EXCMO. SR. D. JUAN ROCA GUILLAMÓN.....	159
Publicaciones del Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén.....	169

PALABRAS PREVIAS

La primera obligación que me incumbe en este acto, para mí muy importante, es expresar mi gratitud y satisfacción a esta Corporación por la gran generosidad que ha tenido conmigo al elegirme para formar parte de ella como uno de sus miembros.

Una alegría que, sin embargo, se ve acompañada de una nota de tristeza. La que me produce la ausencia de nuestro inolvidable Presidente, Antonio Reverte Navarro, el querido “Tono”, que nos abandonó apenas hace un año. Y me veo en el deber de rendirle homenaje, evocando el recuerdo de su humanidad, de su ejemplar trayectoria académica y de las importantísimas aportaciones que realizó en su otra Presidencia, la del Consejo Económico-Social, para lograr consensos que facilitaran el progreso y el bienestar de esta hermosa Región de Murcia.

Otros deberes, también ineludibles para mí en este momento, son estos dos. El primero es dejar testimonio de mi reconocimiento y admiración hacia José María Luzón Cuesta, ex-Teniente-Fiscal del Tribunal Supremo y asimismo Académico miembro de esta institución. Fue mi preparador en las oposiciones de ingreso a la carrera judicial y de él recibí, no sólo el aliento y el apoyo en las dificultades de esa etapa de estudio y aprendizaje profesional, sino el ejemplo de la rectitud moral y la dedicación profesional que deben caracterizar a un buen servidor público. El segundo es hacer constar, de manera expresa, el gran honor que significa que el Profesor Dr. don Juan Roca Guillamón, amigo entrañable, haya asumido el encargo de dar contestación a mi discurso de ingreso; su enorme prestigio intelectual y su gran categoría humana son un indiscutible valor añadido para la importancia que en sí mismo tiene ya este acto para mí.

Me es así mismo imposible no evocar el recuerdo de mi padre, Nicolás Maurandi Abadía , y dedicar un homenaje a su persona y a su trayectoria de jurista. Por él soy juez. Fue tanto el amor y la admiración que sentí hacia su persona que, llegado el trance de elegir un oficio en esta vida, pensé que la mejor opción era seguir la misma profesión de juez que él tenía cuando yo era niño.

Fue un autodidacta forjado en los duros años de la postguerra que recaló en la carrera de Derecho porque fue una de las pocas que se podían cursar por libre, y lo hizo porque sus circunstancias no le permitieron acceder a una Facultad de Ciencias como, según me dijo en más de una ocasión, habría sido su deseo.

Alternó sus estudios de alumno libre con trabajos esporádicos en el Registro y la Notaría de su pueblo (Vélez-Rubio) y, al hilo de hacer minutas de particiones hereditarias, le cogió afición al estudio del Derecho privado hasta llegar a un nivel de conocimientos que hoy me sigue pareciendo apabullante (me consta que durante su vida profesional se leyó las monografías más importantes de Derecho civil y mercantil y conocía al dedillo la jurisprudencia de

la Sala Primera del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado). Y sin haber pisado nunca una Facultad, ni haber tenido preparador alguno, se hizo sucesivamente juez y notario, profesiones a las que dedicó la mayor parte de su vida profesional, que completó con tres años de ejercicio de la abogacía en la década de los cincuenta del pasado siglo.

Y puesto que mi nombramiento como Académico está relacionado con mi actividad de jurista, en el oficio de juez que vengo ejerciendo cerca de cuarenta años, no puedo evitar dedicar una parte de estas primeras palabras a comunicarnos como entiendo yo todo eso del Derecho y el papel que a los jueces nos corresponde en esta sociedad.

* * * *

El DERECHO es para mí la suma de estas tres notas: es una herramienta de paz social; está dirigido a asegurar el principio de seguridad jurídica; y debe realizar también el valor superior de la justicia.

Es, en definitiva, la síntesis de las tres metas constitucionales que aparecen en los artículos 1, 9.3 y 10 de nuestra Carta Magna.

- El Derecho es una herramienta de paz social, acabo de afirmar; y lo es porque es el consenso mínimo que permite la convivencia entre discrepantes: es esa coincidencia que resulta imprescindible para que el pluralismo que caracteriza a una sociedad en libertad sea un instrumento de progreso y no un motivo de enfrentamiento sectario.

- El Derecho está dirigido a la seguridad jurídica, he dicho también; y lo está porque nos dice anticipadamente cuales son las posibilidades y los límites de nuestra conducta, y cuales las consecuencias que se pueden derivar de nuestros actos; y, de esta manera, se convierte en la mayor garantía de nuestra libertad.

Y es la mayor garantía de nuestra libertad porque no hay peor enemigo para esa libertad que vivir en un estado de permanente incertidumbre en el que no sepamos con claridad que es lo que podemos hacer ni que es lo que nos puede pasar.

▪El Derecho ha de realizar el valor superior de la justicia, como así mismo he señalado; y así ha de ser porque no se puede circunscribir a ser una simple reglamentación social rigurosa y formalista, y ciega o ajena a cualquier valoración moral.

Pero inmediatamente hay que subrayar que esos valores morales que ha de encarnar la justicia los define la propia sociedad en las normas que ella misma aprueba. Esos valores (y lo quiero subrayar y decir muy fuerte) nunca los debe definir el juez.

* * * * *

Y si el Derecho es todo cuanto acabo de contar, ¿cual es para mí el PAPEL DEL JUEZ?.

El juez, lo he dicho en más de una ocasión y ahora lo vuelvo a repetir, es, sobre todo, un artesano de la paz social, un humilde artesano de la paz social

Digo humilde porque debe ser consciente de que no es un ser superior o un sumo sacerdote dotado del poder mágico de definir el bien y el mal, sino tan sólo un comisionado de la sociedad para asegurar las reglas de convivencia que solo a dicha sociedad corresponde definir en una Democracia a través de sus representantes en el Poder Legislativo.

Y humilde, en definitiva, porque debe saber que no le corresponde ningún libre decisionismo, sino que siempre debe legitimar desde el Derecho todas y cada una de sus actuaciones. Así lo proclama el artículo 120.3 de la Constitución en su mandato de que *“Las sentencias serán siempre motivadas ...”*.

Lo que ocurre es que el juez tampoco es un aplicador mecánico de la ley. Su primera tarea --esto me lo enseñó mi padre-- es averiguar la verdadera realidad de los hechos, de lo efectivamente ocurrido, descifrando el drama

humano que hay debajo de cada pleito; y, después de esa constatación, su cometido es recorrer el trayecto que hay entre el postulado abstracto de la norma y el singular conflicto que se enjuicia, individualizando ese mandato genérico de la ley para lograr que la sentencia no sea un mero silogismo formal sino un verdadero acto de justicia.

Y todo ello teniendo siempre presente que la principal meta de nuestro modelo constitucional de convivencia es que la dignidad sea la misma e igual para todos los seres humanos, y que esa meta exige una permanente profundización en los valores de la libertad y la igualdad porque sin ellos no hay dignidad.

* * * *

Finalmente, tampoco puedo dejar de exteriorizar las razones que me han llevado a elegir como tema central de mi discurso de ingreso el de la responsabilidad del Estado legislador.

Lo he hecho, en primer lugar, porque el control, ni más ni menos, del poder legislativo, se sitúa en un punto bastante polémico de lo que son las fronteras constitucionales de la potestad jurisdiccional; si tenemos en cuenta que el espacio propio o exclusivo de esta última potestad se agota en la aplicación de la ley. Buena prueba de ello es la profunda discusión que esta cuestión ha suscitado desde hace ya casi dos siglos, como tendremos ocasión de comprobar, dentro de la doctrina constitucional y administrativista de nuestra patria y de los países de nuestro entorno europeo.

Y, en segundo lugar, porque se trata de una materia en la que en su consideración han prevalecido las perspectivas “*principial*” y “*jurisprudencial*”; dos de las principales notas con las que se ha venido caracterizando al Derecho Administrativo y, por ello, muy presentes en mi dedicación profesional de Magistrado del Tribunal Supremo en su Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo.

I. INTRODUCCIÓN

La nota más significativa del modelo de Estado de Derecho es la sumisión de todos, sin excepciones, al ordenamiento jurídico, lo que se traduce en una vinculación al Derecho que afecta a todos los poderes públicos. Así lo declara con toda claridad el artículo 9.1 de la Constitución (CE).

El Derecho Administrativo es el sector del ordenamiento encargado de regular las relaciones entre el poder y el ciudadano, y su historia por ello es una crónica de los esfuerzos desarrollados para reducir al mínimo el espacio de inmunidad de los poderes públicos en lo que se refiere al control de la juridicidad de sus actuaciones; y una muy importante expresión de ese esfuerzo han sido las garantías reconocidas al ciudadano desde hace muchísimos años frente a las invasiones del poder público en su esfera de intereses y derechos patrimoniales¹.

La responsabilidad del Estado legislador es precisamente la etapa final de esa evolución y representa por ello la cota más alta de la eficacia de los postulados del Estado de Derecho.

Este reconocimiento de la responsabilidad del Estado legislador es muy reciente, y lo es porque ha sido (y sigue siendo) muy polémica esta específica modalidad de responsabilidad pública.

¹ Unas invasiones que actualmente comprenden las provenientes de las Administraciones públicas y, también, las que tienen su origen en actuaciones materialmente administrativas de todos los órganos constitucionales.

Las SSTs de 26 y 27 de noviembre de 2009, dictadas en los Recursos núms 585/2008 y 603/2007, con independencia del contenido de sus fallos, así lo admiten en relación con reclamaciones indemnizatorias por dilaciones indebidas planteadas frente al Defensor del Pueblo y el Tribunal Constitucional.

Tradicionalmente ha tenido su principal obstáculo en la idea de soberanía, porque precisamente la ley era la más importante expresión de ese superior y originario poder político que encarna uno de los esenciales elementos configuradores del Estado.

Otras razones que han aconsejado la inmunidad o irresponsabilidad de poder legislativo han sido, de un lado, la conveniencia de evitar en lo posible aquellas trabas que pudieran condicionar en exceso la innovación legislativa y, con ello, el progreso jurídico; y, de otro, las dificultades de hacer frente a las enormes consecuencias económicas que comportaría la responsabilidad por los actos legislativos.

Sin embargo, desde el primer tercio del siglo XX, la responsabilidad del Estado legislador, aunque de manera estrictamente limitada y excepcional, ha acabado por encontrar un hueco en el esquema jurídico de garantías patrimoniales reconocidas al ciudadano frente a los excesos del poder público. Así lo demuestra la lectura de los repertorios de jurisprudencia del Consejo de Estado francés y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, dentro de España, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

La razón principal de este reconocimiento ha sido la pérdida, por las leyes del Estado, de alguna de estas dos notas que tradicionalmente las caracterizaban: ser la expresión máxima de la soberanía política o encarnar un mandato general abstracto sin destinatarios individualizados.

La pérdida de la primera nota se ha producido desde el momento en que las leyes estatales se han insertado, mediante una relación de necesaria subordinación, en los ordenamientos superiores que significan la Constitución y el Derecho de la Unión Europea.

La de la segunda ha tenido lugar a través de las leyes singulares que imponen sacrificios especiales a grupos individualizados de ciudadanos.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) favorable al reconocimiento de la responsabilidad del Estado legislador, un esbozo inicial de sus aspectos principales podría ser resumido en lo siguiente.

La construcción técnica realizada para justificar esa responsabilidad por los actos legislativos se ha apoyado muy principalmente en el precedente de la doctrina del Consejo de Estado francés y en soluciones provenientes de los Derechos Alemán e Italiano.

La causa y el aliento más inmediatos han sido las declaraciones del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Y ha establecido una tipología de los casos de reconocimiento de esa responsabilidad legislativa en razón del distinto fundamento de cada uno de ellos; una tipología que arranca de la mayoritaria posición teórica y doctrinal existente en materia de responsabilidad pública que diferencia inicial y principalmente entre “*indemnización expropiatoria*” y “*responsabilidad patrimonial*”; y distingue después, dentro de este segundo tipo genérico de supuesto indemnizatorio (el constituido por las “*leyes dañosas*” no expropiatorias), entre “*ilícitos legislativos*” (es el caso de la responsabilidad dimanante de las leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea) y actos legislativos “*lícitos*” (esto es, las leyes que, pese a ser constitucionales y conformes con el Derecho de la Unión Europea, son capaces de generar responsabilidad en razón del sacrificio especial que comportan para algunos ciudadanos y de la vulneración del principio de igualdad que esto significa).

Por lo cual, un debido estudio de esa jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad del Estado Legislador exige, primero, recordar cual ha sido el cuadro general de supuestos indemnizatorios del poder público que la doctrina administrativa común suele establecer para explicar sus distinto fundamento o justificación.

Y reclama después, con ese punto de partida, exponer las bases doctrinales, legislativas y jurisprudenciales de los modelos del Derecho Comparado que han influido en el TS; y expresar a continuación la tipología que ha sido diferenciada por el Alto Tribunal en la casuística de su jurisprudencia, así como las concretas materias que han quedado encuadradas en cada uno de esos “tipos” genéricos de asuntos que han sido diferenciados.

A todo ello van destinados los epígrafes que siguen en esta exposición.

II. EL CUADRO GENERAL DE OBLIGACIONES INDEMNIZATORIAS DEL PODER PÚBLICO EN LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA

1. La doctrina del fisco como una de las primeras construcciones jurídicas para justificar el derecho de los ciudadanos a reclamar indemnizaciones económicas al poder público.

OTTO MAYER² puso de manifiesto a finales del siglo XIX que la creación del fisco permitió en pleno “Estado de Policía (*Der Polizeistaat*), es decir, antes de que se implantara el modelo de Estado de Derecho (*Der Rechtsstaats*), someter la faceta patrimonial del ejercicio del poder público a un régimen jurídico.

GARRIDO FALLA³ ha recordado que esta doctrina, en la época en que fue construida, resolvió la incongruencia que significaba afirmar, de una parte, la inmunidad del poder público y, de otra, el derecho a reclamar indemnizaciones por su ejercicio (por los resultados patrimoniales de ese ejercicio). Y lo hizo sometiendo al Estado, en sus mandatos de repercusión pecuniaria, al deber de indemnizar al súbdito cada vez que se impusiera a este un sacrificio especial, y estableciendo la posibilidad de exigir al Estado el pago de esa indemnización ante un Tribunal de Justicia.

2 OTTO MAYER, *Derecho administrativo alemán*, I.

3 GARRIDO FALLA, F. Tratado de Derecho Administrativo (II), pags 319 y ss.

Sobre la significación del fisco, OTTO MAYER señala primero su origen en el Derecho Romano como una persona jurídica, creada al lado del emperador, a la que pertenecían los bienes que servían al fin del Estado, y después explica cual es su alcance o el específico ámbito de actuación que le corresponde en el momento en que también se reconoce personalidad jurídica al Estado como centro o punto de partida del poder público.

Y lo hace con estas palabras:

“Así se llega a tener dos personas distintas, producto de una división jurídica del Estado: por una parte el antiguo fisco, el Estado considerado como sociedad de intereses pecuniarios o persona jurídica de derecho civil; por otra parte, el *Estado propiamente dicho*, la asociación política, la persona jurídica de derecho público (recordemos que esta expresión “derecho público” es a menudo negativa y significa la exclusión del derecho civil).

(...)

Las dos personas jurídicas no sólo son distintas en cuanto a su denominación; cada una tiene sus representantes propios y sus negocios distintos, que son administrados en su nombre.

Pero ellas se diferencian, sobre todo, por sus calidades jurídicas. El fisco es, por su naturaleza, “el hombre privado ordinario”; administrando su patrimonio está sometido al derecho civil, depende de la jurisdicción civil. El Estado propiamente dicho no tiene patrimonio; en cambio se halla investido de poder público, del derecho general de mando.

El fisco es súbdito como los demás. El Estado lo manda, le impone cargas, lo constriñe al pago como a los otros súbditos. El Estado no puede ser sometido a los tribunales y el derecho civil no le concierne.”

2. Las clasificaciones doctrinales de las obligaciones reparatorias del poder público por los daños patrimoniales causados al ciudadano.

Pero no basta con dejar constancia de la viabilidad jurídica de exigir responsabilidad patrimonial al poder público, simultáneamente debe decirse que no todos los supuestos indemnizatorios a cargo del poder público tienen el mismo fundamento. Esta es la razón por la que la doctrina se ha esforzado en establecer cuadros clasificatorios de los mismos, con el objeto encuadrarlos en el específico título jurídico que pueda justificar la obligación compensatoria reclamable del Estado y, de esta manera, determinar, en cada concreto caso de daños o privaciones patrimoniales sufridos por el particular, la concurrencia o no de los presupuestos que son necesarios para que esa obligación pueda ser reclamada.

GARRIDO FALLA⁴ recuerda las principales clasificaciones doctrinales elaboradas y, entre ellas, menciona las siguientes.

La de FORSTHOFF que, dentro de los daños causados por las actividades del poder público del Estado, distingue según hayan sido causados por actos lícitos o ilícitos, y señala que la reparación tiene una naturaleza y un fundamento jurídico diferente en cada una de estas dos categorías: (1) la reparación del acto *ilícito*, fundada en la idea de culpa, es la llamada *responsabilidad del Estado* (*Staatshaftung*), y (2) la del acto *lícito*, ajeno a la idea de culpa (comprendido de las expropiaciones y las cargas particulares), encarna *la indemnización* (*Entschädigung*); y (3) junto a los anteriores incluye la llamada indemnización por riesgo, comprensiva de los actos no encuadrables en la anterior dicotomía.

La de HAURIOU, que distingue estos supuestos: (1) responsabilidad por falta (*faute de service*); (2) responsabilidad por riesgo objetivo; y (3) responsabilidad por enriquecimiento indebido, referida a los daños por enriquecimiento indebido

4 Ob. Cit, en la que, a su vez, se mencionan estas fuentes bibliográficas: FORSTHOFF, Tratado de Derecho Administrativo; HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*; y ALESSI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*.

La proveniente de la DOCTRINA ITALIANA, que también distingue entre los supuestos de indemnización según su origen sea una actividad lícita o ilícita del Estado, pero pone especial interés en explicar cual es el distinto título jurídico que en uno y otro caso justifica exigir una indemnización de la Administración.

Tratándose de daños derivados de *actividades legítimas* de la Administración, esta actúa amparada en un título jurídico que habilita su actuación y el particular, por ello, tiene el deber de soportar los daños sufridos. El derecho de este último a reclamar una reparación compensatoria tiene su fundamento jurídico en *el principio de igualdad* ante las cargas públicas, que hace odioso el sacrificio especial sin indemnización; y cuando el sacrificio sufrido por dicho particular conlleva una transferencia coactiva a favor de la Administración de su propiedad, o de sus facultades de uso y disfrute, al fundamento anterior se añade el que representa el también principio general del Derecho, distinto del anterior, del *enriquecimiento sin causa de la Administración*.

En el caso de actividades ilícitas de la Administración, por haber sido realizadas sin título jurídico, el particular no tiene la obligación jurídica de soportar el daño sufrido y esto lleva aparejado su correlativo derecho a exigir de la Administración la reparación del daño que con su actuación ha causado indebidamente.

Y la dualidad así resultante es lo que ha configurado las que se conocen como *teoría de la indemnización expropiatoria* y *teoría de la responsabilidad patrimonial*.

* * * * *

En la exposición de estos cuadros clasificatorios tiene interés hacer una referencia, por lo completa que es, a la clasificación que en la doctrina francesa realiza RIVERO ⁵ cuando desarrolla y explica el ámbito de lo que en el Derecho Francés es la *responsabilidad administrativa* (institución diferente a la *expropiación forzosa*).

5 RIVERO, J. Droit Administratif, Dalloz, 1987.

Recuerda la *irresponsabilidad originaria* que regía para el poder público como corolario de la soberanía, y que esta irresponsabilidad no se extendía a los daños que provinieran de estas concretas actuaciones de ese poder público: las de gestión de su dominio privado y las causadas por las colectividades locales (por no ser soberanas). Como también señala que estas dos últimas actuaciones se regían por el derecho civil y eran enjuiciadas por los tribunales "*judiciaires*" (no por la justicia administrativa).

Señala que fue el famoso Arrêt Blanco de 1 de febrero de 1873 del Tribunal de Conflictos el primero que admitió la *responsabilidad Estado* por los daños causados como consecuencia de los *actos de gestión que NO comprometían la soberanía del Estado*; y afirmó también que esa responsabilidad tenía sus "*règles spéciales*" (lo que significa que no se rige por el Derecho civil y escapa a la competencia "*judiciaire*")

Establece una primera diferenciación entre daños por "*faute personal*" del agente de la Administración, en principio imputables a este y no a la Administración, regidos por el Derecho civil sobre la base del *ilícito culpable* y enjuiciables por los tribunales "*judiciaire*"; y daños por "*faute de servicio*", cuyo régimen jurídico es especial y no el del derecho civil, y su enjuiciamiento corresponde a la justicia administrativa (no a los tribunales "*judiciaires*").

Expone que la *falta de servicio* es un fallo en el funcionamiento normal del servicio (lo que equivale a que no ha alcanzado el nivel o cota cualitativa o cuantitativa que resulta exigible).

Y añade que hay también casos de responsabilidad administrativa "*sans faute*", reconducibles o encuadrables en estos dos principios: el de creación de un *riesgo*; y el de la ruptura de la *igualdad* de todos ante las cargas públicas.

3. La dualidad en el Derecho español de la teoría de la indemnización expropiatoria y de la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Esa dualidad está presente en nuestro ordenamiento jurídico, que la regula constitucionalmente en preceptos diferentes.

▪ **La indemnización expropiatoria** está prevista en el artículo 33 de la Constitución, que también reconoce el derecho de propiedad y establece una reserva de ley para delimitación de su contenido (apartados 1 y 2). Dicho precepto dispone la garantía expropiatoria en estos literales términos:

“Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”

Sobre la expropiación forzosa debe recordarse que aparece regulada en la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, que, en lo que hace al objeto expropiatorio o sacrificios patrimoniales que pueden determinarla, incorpora la amplísima solución que recoge su artículo 1:

“Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social (...) en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o cualquier cesación de su ejercicio.”

Esa fórmula legal pone de manifiesto que en nuestro Derecho la institución expropiatoria es una garantía que abarca un amplio abanico de intereses patrimoniales, pues comprende titularidades o derechos plenos y también facultades secundarias, como así mismo meros “intereses patrimoniales”.

Pero lo que sobre la institución aquí debe subrayarse, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA⁶, es su doble aspecto de poder de la Administración (de abatir y hacer cesar situaciones patrimoniales) y de sistema de garantías a los administrados que sufren sobre su patrimonio la inmisión administrativa.

6 GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa. Potestad Expropiatoria, Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración*; THOMSON-CIVITAS

▪ **La responsabilidad patrimonial** la configura el artículo 106.3 de la Constitución así:

Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Su principal regulación se encuentra en el Capítulo I del título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, cuyo artículo 139 dispone:

Principios de responsabilidad. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Esta amplia formula engloba, como se ve, tanto la responsabilidad administrativa por “*faute de service*” como la causada “*sans faute*”.

▪ Esta dualidad que encarnan las diferentes figuras de la *expropiación forzosa* y la *responsabilidad patrimonial de la Administración*, sin entrar ahora en otras consideraciones, lo cierto es que presentan diferencias en cuanto a la forma de producción de la lesión patrimonial a la que dan cobertura.

En el caso de la *expropiación*, la lesión patrimonial la produce una acción administrativa de despojo patrimonial directo y querido (el *negocio expropiatorio*, llamado así porque la voluntad del poder público está directamente dirigida a efectuar el despojo patrimonial); mientras que en el caso de la *responsabilidad patrimonial* la acción administrativa causante del daño va dirigida a otra finalidad, aunque ocasione una secuela incidental de daños residuales (como dice el preámbulo de la Ley de Expropiación Forzosa).

III. LOS MODELOS DEL DERECHO COMPARADO SOBRE LAS VÍAS DE RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR. EN ESPECIAL LAS SOLUCIONES SEGUIDAS EN FRANCIA, ALEMANIA E ITALIA⁷

A) Nota inicial sobre el contexto histórico en el que se plantea la necesidad de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

A finales del siglo XIX, por razones muy diversas, surgió un intervencionismo administrativo que acabó con el Estado abstencionista y liberal de comienzos de esa centuria. No sólo se amplió la red de actividad prestacional o de servicio público que la Administración desarrollaba a favor de los ciudadanos, sino que el Estado asumió la cualidad de empresario productor de bienes y servicios, bien en régimen de libre concurrencia o bien en régimen de exclusividad y monopolio⁸.

Fue el establecimiento, por ley, de esas empresas públicas en régimen de monopolio o exclusividad, lo que principalmente suscitó la cuestión de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Pues las prohibiciones o limitaciones que por esa actividad legislativa hubieron de soportar muchas empresas privadas preexistentes, y con una actividad industrial o comercial consolidada, comportaron para ellas un sacrificio económico que planteó la cuestión de su validez o legitimidad desde el principio de igualdad ante las cargas públicas y, consiguientemente, el problema de la procedencia o no de su reparación indemnizatoria a cargo del Estado.

Así lo demuestran los casos a que se refieren los “*arrêts*” del Consejo de Estado francés que más adelante se analizan.

7 Este epígrafe tiene su principal base en SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*, RAP 68, 1972.

La jurisprudencia francesa y los comentarios doctrinales han sido también consultados en *Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, DALLOZ 2009; y en CHAPUS, R. *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 2001.

8 Vid. SANCHEZ MORON, M., *Derecho Administrativo*, Quinta edición 2009, págs 53 y 54.

B) Consideración general sobre los dos títulos o supuestos indemnizatorios resultantes de esos modelos francés, alemán e italiano: “*el ilícito legislativo*” constituido por las ablaciones patrimoniales causadas por normas con rango de ley declaradas inconstitucionales; y “*el sacrificio patrimonial especial*” contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas.

Esos dos títulos que acaban de enumerarse son los que se detectan cuando se estudia y confronta la evolución seguida por cada uno de esos tres modelos francés, alemán e italiano, pero debe señalarse que no todos ellos han sido reconocidos en esos tres sistemas, ni los que son coincidentes o compartidos han tenido el mismo alcance y fundamento.

Así, el título del “*ilícito legislativo*” ha regido tradicionalmente en Alemania e Italia y no Francia (con la salvedad, en este último país, de lo que luego se dirá respecto del Derecho Comunitario Europeo).

Y en lo que respecta al “*sacrificio patrimonial especial*”, en Francia ha sido el fundamento común aplicable para todas las inmisiones patrimoniales del poder legislativo, y ha encarnado un título suficiente para generar por sí solo el derecho a ser indemnizado; mientras que en Alemania e Italia ha sido un título que ha actuado cumulativamente con el de la ilicitud de la ley (su declaración de inconstitucionalidad) para ablaciones patrimoniales causadas por leyes que excluían expresamente la indemnización, y ha operado como título aislado, y suficiente por sí mismo, para los actos legislativos que disponían limitaciones o privaciones patrimoniales y silenciaban si eran o no indemnizables.

Hay un dato fundamental que ha marcado las anteriores diferencias entre esos modelos, y es la existencia o no en cada uno de esos tres Estados de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes efectuable después del inicio de su vigencia.

Este dato permite separar o distinguir dos grandes grupos: el que representa, por un lado, Francia (que hasta 2008 no ha tenido previsto un mecanismo de declaración de inconstitucionalidad de las leyes después de que hayan sido aprobadas y promulgadas⁹); y el que constituyen, por otro, Alemania e Italia (que sí lo poseen).

Y es el que también explica, no sólo, como ya se ha dicho, que el ámbito de esos títulos indemnizatorios haya sido distinto, sino también que la técnica o el camino para llegar a ellos haya sido igualmente diferente .

▪ En el caso de **Francia**, la imposibilidad constitucional de que el poder judicial controle la validez constitucional de las leyes ha descartado que el título indemnizatorio esgrimible frente al Estado legislador pudiera ser, bien la existencia de una expropiación singular directamente decidida por el legislador que no cumpliera las garantías constitucionalmente previstas para esta ablación de derechos individuales, o bien la expropiación acordada por la Administración con fundamento en normas legales que regulaban genéricamente los presupuestos habilitantes para dicha expropiación en contradicción con la Constitución.

Y esa imposibilidad es la que ha dado lugar a que las soluciones alumbradas, más que tener una base en regulaciones positivas concretas, hayan sido el producto de la creación jurisprudencial (del Conseil d'Etat) mediante lo que se conoce como técnica "*principial*" (esto es, a través de una interpretación y aplicación de los principios generales del Derecho y no con fundamento en normas concretas).

9 "La Constitución de 1958, en su texto inicial, únicamente tenía establecido un mecanismo para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, atribuyendo al Consejo Constitucional, entre otras, una función de control previo de constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación que, de finalizar con un pronunciamiento de declaración de inconstitucionalidad, determinaba que la disposición no pudiera promulgarse ni entrar en vigor.

Pero la reforma constitucional de 2008 -Ley Constitucional 2008-724, de 23 de julio- ha previsto en el nuevo artículo 61.1 un mecanismo equivalente al de nuestra cuestión de inconstitucionalidad. Consiste en permitir que, en cualquier instancia pendiente ante una jurisdicción, se pueda alegar que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, y en someter dicho asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional para que se pronuncie en un plazo determinado. Y si la disposición es declarada inconstitucional, la consecuencia, prevista en el artículo 62, es su derogación a partir de la publicación de la decisión del Consejo Constitucional."

El resultado ha sido que la responsabilidad del Estado legislador quede descartada cuando la ley la excluye expresa o implícitamente, y que el único título indemnizatorio tradicionalmente reconocido (y actualmente prevalente, como se verá) haya sido el fundado en la idea del sacrificio especial contrario al principio de igualdad de todos ante las cargas públicas.

Lo cual, visto desde la perspectiva del cuadro general de la doctrina administrativista sobre los supuestos generadores de la responsabilidad patrimonial del poder público, equivale a lo siguiente: tratándose del Poder legislativo, no cabe plantearse en Francia la responsabilidad patrimonial del legislador *“pour faute”*, esto es, por actividad legislativa ilícita o ilegítima (al no ser admisibles, según se ha dicho, la existencia de expropiaciones *“ope legis”* inconstitucionales, o de expropiaciones nulas por haber sido acordadas por la Administración con fundamento en normas inconstitucionales); y la única responsabilidad patrimonial del legislador aceptada ha sido la objetiva *“sans faute”*: reconocida a partir del silencio del legislador sobre la exclusión indemnizatoria y fundada, no en una vulneración constitucional de la ley, sino en ese principio de igualdad de todos ante las cargas públicas.

▪ En el caso de **Alemania e Italia**, al existir un Tribunal Constitucional con competencia para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes, la responsabilidad patrimonial del Poder legislativo ha tenido una base más positivista y una casuística más diferenciada en cuanto al título jurídico que resultaba aplicable a las distintas situaciones que pudieran plantearse.

Desde la confrontación de las leyes con concretos mandatos constitucionales, en estos dos países han podido reconocer todos estos supuestos indemnizatorios reconducibles al título del *“ilícito legislativo”*: las expropiaciones acordadas directamente por el legislador (*“ope legis”*) que no cumplieran con la regla constitucional general de la no indemnidad; las expropiaciones administrativas fundadas en leyes inconstitucionales; y las inmisiones patrimoniales del legislador, distintas de las expropiatorias, que vulneraban determinados preceptos constitucionales.

Y se ha acotado también, como supuesto indemnizable única y directamente encuadrable en el título del “*sacrificio especial*”, el de las leyes que disponen privaciones patrimoniales y silencian si procede o no la garantía indemnizatoria.

- Lo que acaba de exponerse es la visión general del resultado final a que esos sistemas han llegado después de largas evoluciones normativas y jurisprudenciales impulsadas por fuertes polémicas doctrinales.

Por lo cual, la mejor comprensión del significado del régimen actualmente vigente en esos tres sistemas aconseja, como seguidamente se hace, exponer cuales han sido los hitos más importantes de la evolución de esos sistemas.

C) El sistema francés.

Su punto de partida es, como ya ha sido avanzado, el obligado respeto a la ley y la imposibilidad de que los órganos del Poder Judicial (tanto los tribunales judiciales como la justicia administrativa) puedan cuestionarse la validez constitucional de dicha ley.

Esto ha dado lugar que este sistema, en su etapa inicial, proclamara la irresponsabilidad del legislador; y que, en la evolución que evidencian sus posteriores etapas, el reconocimiento de la responsabilidad por actividades legislativas que comportaran privaciones patrimoniales singularizadas haya tenido lugar tras estas dos operaciones interpretativas de la concreta ley de que se trate: la constatación de que su texto no había excluido, de manera expresa o implícita, la indemnización para la privación patrimonial regulada o establecida; y una posterior investigación dirigida a descubrir si, atendida la finalidad perseguida por la ley, la voluntad del legislador no era contraria a la indemnización y esta, además, venía demandada por los principios generales del derecho.

Dentro de la evolución este sistema se pueden diferenciar las siguientes fases o etapas:

1. La jurisprudencia Duchâtelier sobre la irresponsabilidad del Estado legislador.

Esa jurisprudencia tiene su primera y principal expresión en el arrêt de 11 de enero de 1838, dictado en relación con una ley de 1835 que, para garantizar mejor el monopolio de tabacos, prohibió la fabricación y venta de sus sucedáneos y lo hizo sin prever ninguna indemnización.

El Consejo de Estado desestimó la reclamación de un fabricante afectado por la mencionada ley, el Sr. Duchâtelier, y su principal razonamiento fue este:

“Considerando que el Estado no debe ser responsable de las consecuencias de las leyes que, en atención al interés general, prohíben el ejercicio de una industria;

que del Estado no pueden reclamarse otros créditos que los nacidos de contratos formalizados por el Estado o de disposiciones formales de las leyes;

que, por una parte, M. DUCHATELIER no ha indicado la existencia de contrato alguno con el Estado;

que, por otra, la Ley de 12 de febrero de 1835, al declarar prohibida la fabricación de *tabac factice*, no ha abierto derecho alguno de indemnización en favor de los individuos que se hallaban dedicados a esta fabricación;

que, por tanto, M. DUCHATEHER no puede exigir indemnización, ni por la pérdida de su industria, ni por el cierre de su establecimiento, ni por los diversos daños derivados de la prohibición .”

En el razonamiento anterior sólo se afirma que la responsabilidad del legislador únicamente él puede declararla, sin que se exprese cual es el fundamento de esta declaración. Es la doctrina la que ofrece posteriormente esa explicación.

Primero lo hace LAFERRIERE (cuya opinión era relevante por ser vicepresidente del Conseil d’Etat) a través del principio de soberanía en estos términos:

“Es una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas no determinen derecho alguno a indemnización. La Ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación. Solamente el legislador puede apreciar, a la vista de la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar tal compensación: la jurisdicción no puede sino evaluar el montante de la misma, sobre las bases y en las formas previstas por la ley. De todo lo que precede resulta que las cuestiones de indemnización que nacen de la ley no derivan sino de la ley; la jurisdicción administrativa no puede conocer de una acción tendente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción”

En esta declaración de Laferriere, como subrayaron otros autores, está presente la idea de que la Ley, voluntad del pueblo, no puede causar injusticia alguna, porque es ella la que decide lo que es justo y lo que no lo es.

El paralelismo o proximidad de la solución anterior con el dogmatismo de la Monarquía Absoluta llevó a la doctrina a buscar estas otras explicaciones: la ausencia de perjuicio especial en los actos legislativos a causa del carácter general que corresponde a la ley, o la inexistencia de límites constitucionales efectivos al poder legislativo; pero estas explicaciones tampoco resultaron convincentes por ser tan apriorísticas como la de la soberanía.

2. El primer reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene lugar en materia contractual y se realiza a través teoría del “*hecho del príncipe*” como factor de alteración de la economía del contrato.

Consiste en conceder a quienes sean contratantes con el Estado el derecho a la indemnidad frente a las leyes que les impongan cargas nuevas y no previstas, y tiene sus principales manifestaciones en los arrêts de 27 de julio de 1906 (Compagnie PLM) y 2 de marzo de 1932 (Société Mines de Joudreville).

Sin embargo, fuera de esa materia contractual, en los primeros años del siglo XX la jurisprudencia del Conseil d’Etat sigue afirmando que la responsabili-

dad extracontractual del legislador sólo procede cuando el propio legislador la haya previsto expresamente.

3. La jurisprudencia Société Premier et Henry contenida en el arrêt de 29 de abril de 1921, que no apoya la irresponsabilidad del legislador en el mero silencio de la ley sino en la constatación de que su voluntad es contraria a la indemnización.

El origen del arrêt fue una Ley de 1915 que prohibió la fabricación de absenta, por considerarla un producto peligroso para la salud pública, sin establecer indemnización, y desestimó la reclamación de la sociedad fabricante.

El razonamiento del arrêt fue este:

"Considerando que la Ley de 16 de marzo de 1915 que, con carácter general, *con la exclusiva finalidad de impedir la elaboración de productos peligrosos para la salud pública*, ha dictado la prohibición de la fabricación de ajeno y no ha previsto el abono de indemnización alguna en favor de los industriales cuyos intereses deban ser afectados por la prohibición antedicha;

que si bien la Ley de 29 del mismo mes ha exigido a los fabricantes ciertas declaraciones en vista de las compensaciones que pudiera eventualmente acordar en su favor una ley ulterior, la medida que el legislador se ha reservado adoptar no puede ser fiscalizada aquí;

que la sociedad reclamante., por otra parte, no invoca ninguna obligación contractual que sea menoscabada por la Ley de 16 de marzo de 1915 ..."

Esta jurisprudencia admite la posibilidad jurisdiccional de investigar la voluntad de la ley, es decir, reconoce que el tribunal no ha de atenerse exclusivamente a la letra de la ley (a su silencio) y puede investigar cual es su espíritu; y aunque este concreto arrêt no reconoce indemnización a la reclamante, sienta un criterio que abre una puerta a reconocer indemnización también en algunos de los casos en que la ley haya guardado silencio sobre ella: aquellos en que el tribunal contencioso, tras investigar la finalidad de la ley, deduzca que de ella puede deducirse la voluntad de indemnizar a los perjudicados.

4. La jurisprudencia La Fleurette del arrêt de 14 de enero de 1938 que, después de investigar la voluntad de la ley, concluye que ni el texto de la ley ni sus trabajos preparatorios permiten entender que el legislador ha querido hacer soportar al interesado una carga que normalmente no le corresponde; y afirma que una carga de interés general debe ser soportada por la colectividad.

El gran paso de este arrêt es acoger la siguiente idea que el Comisario del Gobierno había sostenido en sus conclusiones, para el caso de que no se constatará en la ley una voluntad de excluir la indemnización: *en el supuesto de silencio de la ley debe obligatoriamente presumirse que su autor ha querido atenerse a los principios generales e imperativos del derecho.*

Sobre esa base construyó el Conseil d'Etat su razonamiento siguiente:

"Considerando que la prohibición impuesta en favor de la industria lechera ha colocado a la sociedad reclamante en la obligación de cesar en la fabricación del producto que venía explotando bajo el nombre de "gradine", que encajaba en la definición dada por el artículo de la ley citada, sin que se haya alegado que constituyese un peligro para la salud pública;

que nada, ni en el texto mismo de la ley ni en sus trabajos preparatorios, ni en el conjunto de las circunstancias del asunto permite pensar que el legislador ha querido hacer soportar al interesado una carga que no le incumbe normalmente;

que esta carga, impuesta en interés general, debe ser soportada por la colectividad;

que de ello se sigue que la sociedad 'Lo *Fleurette*' tiene derecho a exigir que el Estado sea condenado a abonarle una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido..."

La aportación de este arrêt que debe resaltarse es esta: que el silencio de una concreta ley sobre la exclusión indemnizatoria conduce directamente a los principios generales del derecho (concretamente, al principio de igualdad de todos ante las cargas públicas proclamado no por esa ley sino por el ordenamiento jurídico globalmente considerado), y no hace necesaria

la búsqueda, dentro del texto de la concreta ley, si dentro de él aparece el propósito indemnizatorio del legislador.

Este arrêť fue el reflejo que en la jurisprudencia el Conseil d'Etat tuvo la doctrina de Duguit sobre la responsabilidad del Estado legislador, formulada en los primeros años del siglo XX en su Tratado de Derecho Constitucional.

Partiendo de que la negación de la responsabilidad del Estado legislador ha tenido su fundamento en la idea de soberanía, su argumento inicial es que para llegar a una solución distinta ha de desmontarse la idea mítica del poder soberano; y así lo hace desde la afirmación de que la noción de soberanía es irreal y caduca y configurando el Estado ante los administrados como un asegurador de todo riesgo que deriva de su actividad.

Desde esa concepción solidarista del Estado es como Duguit construye su doctrina del Estado legislador que, a estos efectos, diferencia entre: (I) leyes que prohíben actividades que inicialmente eran libres pero son consideradas peligrosas para la vida del individuo o de la Nación, que no generan indemnización porque se limitan a establecer una sanción basada en una regla de derecho ya existente; y (II) leyes que prohíben actividades no por ser nocivas para el bien común, sino para organizar un servicio público conveniente o útil para el interés general, que sí son indemnizables.

La doctrina de Duguit pasó a la jurisprudencia, pero no sin la fuerte oposición que formuló frente a ella Carré de Malberg que, como subrayó en su día SANTAMARÍA PASTOR¹⁰, dirigió su impugnación antes a la crítica del concepto clásico de la soberanía que a las conclusiones sobre la responsabilidad del legislador.

10 En el trabajo antes citado.

5. La extensión de las soluciones anteriores a los convenios internacionales a partir de arrêt Compagnie general d'énergie radioelectrique de 30 de marzo de 1966.

Consiste en declarar la responsabilidad del poder público por los daños que hayan sufridos los ciudadanos como consecuencia de actos del Estado realizados para dar cumplimiento a sus obligaciones contraídas en virtud de convenios internacionales

6. La admisión desde 1989 por la Justicia administrativa (por el Conseil d'Etat) de su competencia para analizar la compatibilidad o no de una ley francesa con el Derecho comunitario europeo (arrêt NICOLO de 20 de octubre de 1989).

Se cuestionaba por un elector la validez de participación que en las elecciones a representantes del Parlamento europeo se permitía, en la circunscripción única de la Republica Francesa, a los ciudadanos de los departamentos y territorios de ultramar; y, aunque la reclamación fue desestimada, el Conseil d'Etat analizó, pronunciándose a favor de ella, la compatibilidad existente entre la Ley francesa de 7 de julio de 1977, reguladora de dichas elecciones con el Tratado de Roma.

Este arrêt ha sido especialmente valorado por la doctrina francesa por la innovación que supone en relación con los tradicionales criterios del Conseil d'Etat: los que impedían a la justicia administrativa enjuiciar la validez de una norma con rango de ley y, como consecuencia de ello, limitaban la responsabilidad del Estado legislador a actos legislativos legítimos (*sans faute*) y la fundaban, no en la ilicitud de los mismos, sino en el dato objetivo del sacrificio especial derivado del principio de igualdad de todos antes las cargas públicas.

Pero su alcance debe ser valorado dentro del marco que configuran, de un lado, la primacía que corresponde al Derecho de la Unión Europea frente a los ordenamientos internos de los Estados miembros y, de otro, la consideración de jueces de dicha Unión que corresponde a los órganos jurisdiccionales internos de esos Estados; sin que parece que, fuera de ese marco, hayan querido revisarse los poderes del juez dentro del sistema constitucional de la República Francesa, ni la energía con que opera dentro de dicho sistema el principio de legalidad.

* * * * *

A lo que acaba de exponerse ha de añadirse que, en lo que hace al reconocimiento del sacrificio generador del derecho a ser indemnizado, el Conseil d'Etat es bastante riguroso porque exige que el reclamante acredite un perjuicio especial (arrêt Bovero de 25 de enero de 1963) y suficientemente grave (arrêt Vannier de 27 de enero de 1961).

Finalmente, tiene que subrayarse que el conjunto de rigurosas exigencias a la que está condicionada hace que los casos en que resulta reconocida en Francia la responsabilidad por hechos del legislador no sean numerosos. Pero, según advierte Chapus, dicha circunstancia no priva de interés a esta clase de responsabilidad pública por lo siguiente: *“elle a une valeur exemplaire en faisant apparaître que même l'exercice de la souveraineté peut être pour l'Etat une source d'obligations.”*¹¹

D) Los sistemas alemán e italiano.

1. Las bases constitucionales de estos sistemas.

Uno y otro tienen establecido un sistema de control de constitucionalidad de las leyes atribuido a un Tribunal o Corte Constitucional (artículos 134 a 137 de la Constitución Italiana de 1947; y 93 y 94 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949).

11 Ob. Cit, p. 1376.

También son coincidentes en lo relativo a la regulación dentro de la propia Constitución de estos tres grupos de cuestiones: relaciones entre la ley y el derecho de propiedad; garantías constitucionales de las actuaciones expropiatorias; y responsabilidad del Estado por actuaciones ilícitas

▪ **En Alemania** esta regulación la contiene su Constitución -Ley Fundamental de Bonn de 1949- en los artículos 14 (Propiedad, derecho de sucesión y expropiación), 15 (Socialización), 19 (Restricción de los derechos fundamentales) y 34 (Responsabilidad de los deberes del cargo); y el esquema de la misma es el siguiente:

- Se diferencia entre lo que es la definición del contenido y los límites de la propiedad (*Einschränkungen des Privateigentums*) y lo que es expropiación (*Enteignung*)
- Se establece una reserva de ley para dicha definición.
- Se reconoce la expropiación legislativa (*Enteignung durch das Gesetz*) junto a la acordada por la Administración con fundamento en una ley (*Enteignung durch Verwaltungsakt auf Grund eines Gesetzes*), con una reserva de ley en lo relativo a la definición del hecho habilitante para expropiar y al modo y medida de la indemnización; y con la exclusión de las expropiaciones no indemnizables mediante la cláusula absoluta de la indemnización (*JunktimKlausel*)
- Se admite la posibilidad de socialización (*Vergesellschaftung*), enumerando los bienes y finalidad a los que habrá de estar referida, con la imposición de que sea la ley la que la establezca y excluyendo también su no indemnizabilidad.
- Se declara la responsabilidad del Estado por los actos realizados por sus funcionarios con incumplimiento culpable de las obligaciones de sus cargos.

▪ **En Italia** la Constitución de 1947 incluye una regulación muy parecida:

- El artículo 28 establece la responsabilidad del Estado por los actos realizados por sus funcionarios con violación de derechos.
- El artículo 42 diferencia también entre lo que es la definición del contenido y los límites de la propiedad y lo que es expropiación; con una reserva de ley para ambas materias, y unas garantías de indemnidad para la expropiación muy similares a las de la Constitución Alemana
- Los artículos 43 y 44 permiten socializaciones con unos condicionamientos igualmente parecidos en lo sustancial a los que rigen en Alemania.

2. Los títulos indemnizatorios por responsabilidad del Estado legislador resultantes de las anteriores bases normativas.

La principal consecuencia resultante de esas bases normativas que acaban de ser expuestas es que la vulneración por una norma de rango legal de esos mandatos constitucionales [bien de los que establecen la reserva de ley para las limitaciones generales del derecho de propiedad, bien de los que incluyen las garantías o presupuestos específicamente referidos a las privaciones singulares que encarnan las expropiaciones] únicamente correspondía declararla al Tribunal Constitucional.

Consecuencia que, a su vez, suscitaba estas otras cuestiones que seguidamente se exponen.

La primera era, una vez acaecida la declaración de inconstitucionalidad de una concreta ley, decidir si podía tener o no efectos retroactivos respecto de la totalidad de los actos aplicativos de la ley declarada inconstitucional realizados con anterioridad a esta declaración; y la solución a este respecto seguida por estos dos países fue diferente.

Alemania en su Ley reguladora del Tribunal Constitucional de 1951 limitó esa retroactividad sólo a los actos anteriores que hubieran sido impugnados (lo que significaba la nulidad solamente de ellos y la consiguiente validez de los no impugnados); mientras que en Italia, desde una directa interpretación de su Constitución, prevaleció la tesis de la retroactividad.

La segunda cuestión estaba referida a los actos aplicativos de la ley inconstitucional que debieran ser anulados, y consistía en determinar, cuando hubiesen causado daños efectivos individualizados a determinadas personas, si debían generar responsabilidad indemnizatoria y en virtud de qué título jurídico.

La inicial respuesta, tras fuertes debates doctrinales, fue favorable a dicha responsabilidad y el título elegido fue el de la responsabilidad del Estado por el ilícito legislativo; solución que se construyó mediante una extensión al Poder Legislativo de la regulación aplicable a la responsabilidad del Estado por los actos ilícitos de sus funcionarios.

Sin embargo, esta solución resultaba insatisfactoria por estas diferentes razones: (I) lo forzado que podía resultar aplicar al legislador la teoría de la responsabilidad del Estado por la conducta de sus funcionarios (al ser claras las diferencias entre los parlamentarios y los funcionarios) ; y (II) el descubierto que se producía en relación con leyes que pese a imponer cargas individuales no excluían la garantía indemnizatoria pero sí guardaban silencio sobre ella (y por ello, al no contradecir directamente el texto constitucional, impedían aplicar a ellas el título del ilícito legislativo).

Lo cual determinó que también en estos sistemas alemán e italiano se abriera paso, como título de la responsabilidad del Estado legislador, el fundado en la teoría del sacrificio especial de derechos privados connatural al principio de la igualdad de todos en el mantenimiento de las cargas públicas.

IV. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIONES LEGISLATIVAS DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Breve consideración sobre la Unión Europea y sobre su ordenamiento jurídico propio [el llamado “*Derecho de la Unión*”].

La Unión Europea, como ha recordado SÁNCHEZ MORÓN¹², es una unión de Estados soberanos que, a diferencia de las organizaciones internacionales tradicionales, fundadas en la colaboración entre Estados y Gobiernos, incorpora elementos de superior integración, consistentes en una cesión parcial (pero importante) de soberanía a favor de las instituciones de la Unión por parte de los Estados miembros.

Lo anterior lleva consigo que la Unión tenga su ordenamiento propio: el “*Derecho de la Unión*” (como lo denominan recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–).

Un ordenamiento que está integrado, como es bien sabido, por dos principales clases de fuentes: el “*Derecho originario de los Tratados*” y el “*Derecho derivado*”; y en lo que se refiere a los Tratados, estos tienen actualmente su principal expresión en las dos versiones consolidadas, publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010, del “*Tratado de la Unión Europea*” (TUE) y el “*Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*” (TFUE).

Pero lo que aquí principalmente debe destacarse de ese “*Derecho de la Unión*” es la primacía que tiene sobre el Derecho interno de los Estados miembros y el efecto directo que poseen algunas de sus normas (los Tratados, los reglamentos y, en algunos casos, las directivas).

Esta supremacía del Derecho de la Unión Europea, como también ha subrayado SÁNCHEZ MORÓN, es absoluta dentro de su ámbito, y así lo

12 Ob. cit. Pág 151.

ha venido proclamando el TJUE desde sus iniciales sentencias (las de 5 de febrero de 1963, Van Gend and Loos y 15 de julio de 1964, Costa Enel).

2. Las bases normativas del principio de responsabilidad del Estado en el Derecho de la Unión y su reconocimiento en la jurisprudencia del TJUE.

El principio de responsabilidad de los Estados miembros por las consecuencias que puedan derivarse de las violaciones del Derecho de la Unión realizadas por sus distintos poderes es, según se comprobará más adelante, un mecanismo para lograr la plena efectividad de dicho ordenamiento europeo.

Un mecanismo que tiene su justificación en unas precisas bases normativas y ha sido reconocido por la jurisprudencia del TJUE.

▪ Las principales **normas del Derecho de la Unión** que sirven de soporte para afirmar el principio de responsabilidad de los Estados por la violación de ese ordenamiento que haya realizado cualquiera de sus poderes son actualmente el **artículo 4.3 del TUE** (artículo 5 TCEE versión inicial y artículo 10 TCEE versión Amsterdam), el **artículo 288, párrafo tercero, TFUE** (artículo 189 TCEE versión inicial y artículo 249 TCE versión Amsterdam), y el **artículo 340, párrafo segundo, TFUE** (artículo 215 TCEE versión inicial y artículo 288 TCE versión Amsterdam), cuyos contenidos son estos:

Artículo 4 TUE

(...)

3. Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.

Artículo 288, párrafo tercero, TFUE

“La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.”

Artículo 340, párrafo segundo, TFUE

(...)

En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

(...)

▪ El **reconocimiento jurisprudencial** de ese principio de responsabilidad de los Estados miembros por sus violaciones del Derecho de la Unión se encuentra principalmente en estos cuatro grupos de pronunciamientos del TJUE: [I] la sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros* ; [II] la sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame* (C-46/93 y C-48/93); [III] las sentencias de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer* (C-178/94, C-179/94, 188/94, 189/94 y C-190/94) y de 24 de marzo de 2009 *Danske Slagterier* (C-445/06); y [IV] la sentencia de 26 de enero de 2010 *Transportes Urbanos y Servicios Generales S.A.L.* (C-118/08).

La **sentencia Francovich y otros** afirmó la existencia de ese principio y declaró que era inherente al sistema del Tratado, como también enunció los requisitos para la exigencia de esa responsabilidad del Estado cuando

el incumplimiento estuviera referido a la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva.

La **sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame** completo y desarrolló la doctrina de la anterior sentencia principalmente en estos sentidos.

Declaró que el principio de responsabilidad del Estado era válido cualquiera que fuera el miembro del mismo a cuya acción u omisión sea el incumplimiento y, por tanto, también era aplicable a los incumplimientos reprochados al legislador nacional.

Subrayó que, en cuanto a los requisitos exigibles, no debían existir diferencias en orden a la responsabilidad exigible a la Comunidad y al Estado en circunstancias comparables.

Y completó los requisitos exigibles para reclamar la responsabilidad derivada de actos u omisiones del legislador nacional, adicionando el de la violación suficientemente caracterizada.

Las sentencias **Erich Dillenkofer y Danske Slagterier** ratificaron y reiteraron la doctrina de las anteriores sentencias.

La sentencia **Transportes Urbanos y Servicios Generales S.A.L.** reafirmó el principio de equivalencia entre la responsabilidad exigible al Estado legislador por infracción de su Constitución y la responsabilidad reclamable a ese mismo Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión, y declaró a este respecto que el Derecho de la Unión se oponía a la aplicación a esta segunda clase de responsabilidad de una regla del previo agotamiento de las vías de recurso interno que no regía para la primera clase de responsabilidad.

3. La inicial formulación jurisprudencial del principio de responsabilidad en la sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C9/90).

El núcleo central de su doctrina sobre el principio de responsabilidad se puede sintetizar en las ideas que continúan, contenidas en los apartados de la sentencia que respecto de cada una de ellas se transcriben:

- Justificación del principio de la responsabilidad del Estado como mecanismo de eficacia de las normas del Derecho de la Unión y afirmación de que este principio es inherente al “*sistema del Tratado*”

“31 Debe señalarse, en primer lugar, que el Tratado CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales y que, al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho comunitario también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico; éstos se crean no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias (véanse las sentencias de 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos, 26/62, Rec. p. 3, y de 15 de julio de 1964, Costa, 6/64, Rec. p. 1141).

32 Procede recordar también que es jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones de Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares (véanse, principalmente, las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 16, y de 19 de junio de 1990, Factortame, C-213/89, Rec. p. I-2433, apartado 19).

33 Hay que señalar que la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro.

34 La posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando, como ocurre en el presente asunto, la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario.

35 De todo ello resulta que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado.

36 La obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario (véase, en lo que respecta a la disposición análoga del artículo 86 del Tratado CEEA, la sentencia de 16 de diciembre de 1960, Humblet, 6/60, Rec. p. 1125).

37 De todo lo expuesto resulta que el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables.”

▪ Requisitos necesarios para dar lugar a la responsabilidad del Estado

“38 Si bien el Derecho comunitario impone el principio de la responsabilidad del Estado, los requisitos necesarios para que dicha responsabilidad genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado.

39 Cuando, como ocurre en el presente asunto, un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe, en virtud del párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva, la plena eficacia de esa norma de Derecho comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren tres requisitos.

40 El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos

pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

41 Estos requisitos son suficientes para generar, en favor de los particulares, un derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario.”

- Aplicación a la responsabilidad por violaciones del Derecho de la Unión del marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, y sin que las condiciones de fondo y de forma puedan ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna.

“42 Con esta reserva, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. En efecto, a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario (véanse las sentencias de 22 de enero de 1976, Russo, 60/75, Rec. p. 45; de 16 de diciembre de 1976, Rewe, 33/76, Rec. p. 1989, y de 7 de julio de 1981, Rewe, 158/80, Rec. p. 1805).

43 Debe señalarse, además, que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (véase, en lo que respecta a la materia análoga del reembolso de gravámenes percibidos en contra de lo dispuesto por el Derecho comunitario, especialmente la sentencia de 9 de noviembre de 1983, San Giorgio, 199/82, Rec. p. 3595).”

4. El desarrollo de la jurisprudencia inicial en la sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame (C-46/93 y C-48/93).

Esta sentencia, como ya se ha avanzado, completa y desarrolla la doctrina de la sentencia Francovich y otros, y lo hace principalmente --en los apartados que a continuación se transcriben-- a través de las siguientes declaraciones:

- El principio de responsabilidad del Estado es válido cualquiera que sea el miembro del mismo a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento y, por tanto, también era aplicable a los incumplimientos reprochados al legislador nacional.

“ 31 Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, el Tribunal de Justicia ya señaló, en la sentencia Francovich y otros, antes citada, apartado 35, que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado.

32 De ello resulta que el principio es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cual sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento.

33 Además, habida cuenta de la exigencia fundamental del ordenamiento jurídico comunitario que constituye la aplicación uniforme del Derecho comunitario (véase, en particular, la sentencia de 21 de febrero de 1991, Zuckerfabrik Suderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest, asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89, Rec. p. I-415, apartado 26), la obligación de reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario no puede depender de las normas internas de reparto de competencias entre los poderes constitucionales.

34 A este respecto procede señalar que, como afirma el Abogado General en el punto 38 de sus conclusiones, en el ordenamiento jurídico internacional el Estado que incurre en responsabilidad por haber incumplido una obligación internacional, también es considerado en su unidad, independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al poder legislativo, al poder judicial o al poder ejecutivo. Con mayor razón aún debe ocurrir así en el ordenamiento jurídico comunitario en el que todas las instancias del Estado, incluso el poder legislativo, están obligadas, en el cumplimiento de sus funciones, a respetar las normas impuestas por el Derecho comunitario que pueden regir directamente la situación de los particulares.

35 Además, el hecho de que el incumplimiento reprochado sea, en lo que respecta a las normas internas, imputable al legislador nacional no puede poner en entredicho las exigencias inherentes a la protección de los derechos de los particulares que invocan el Derecho comunitario y, en el presente caso, el derecho a obtener reparación del perjuicio causado por dicho incumplimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

36 Por consiguiente, procede responder a los órganos jurisdiccionales nacionales que el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional.”

- En cuanto a los requisitos exigibles, no deben existir diferencias en orden a la responsabilidad exigible a la Comunidad y al Estado en circunstancias comparables.

“ 40 Además, como han señalado la Comisión y los distintos Gobiernos que han presentado observaciones, procede referirse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad.

41 En efecto, por una parte, el párrafo segundo del artículo 215 del Tratado se remite, en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad, a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros, en los que, a falta de normas escritas, el Tribunal de Justicia también se inspira en otros ámbitos del Derecho comunitario.

42 Por otra parte, los requisitos para que exista la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por la violación del Derecho comunitario no deben, a falta de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias comparables. En efecto, la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño.

43 El régimen establecido por el Tribunal de Justicia sobre la base del artículo 215 del Tratado, especialmente a propósito de la responsabilidad originada por actos normativos, tiene en cuenta, entre otros aspectos, la complejidad de las situaciones que deben ser reguladas, las dificultades de aplicación o de interpretación de los textos y, más particularmente, el margen de apreciación de que dispone el autor del acto controvertido.

44 La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad ha sido elaborada precisamente teniendo en cuenta la amplia facultad de apreciación de que disponen las Instituciones para la aplicación de las políticas comunitarias, en especial respecto a actos normativos que impliquen opciones de política económica.

45 En efecto, la concepción restrictiva de la responsabilidad de la Comunidad en el ejercicio de su actividad normativa se explica por el hecho de que, por una parte, el ejercicio de la función legislativa, incluso cuando existe un control jurisdiccional de la legalidad de los actos, no debe verse obstaculizada por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares y, por otra parte, por el hecho de que, en un contexto normativo caracterizado por la existencia de una amplia facultad de apreciación, indispensable para la aplicación de una política comunitaria, la Comunidad sólo incurre en responsabilidad si la Institución de que se trata se ha extralimitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades (sentencia de 25 de mayo de 1978, HLN/Consejo y Comisión, asuntos acumulados 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, Rec. p. 1209, apartados 5 y 6).

46 Una vez recordado lo anterior, procede señalar que el legislador nacional, al igual, por otra parte, que las Instituciones comunitarias, no dispone sistemáticamente de una amplia facultad de apreciación cuando actúa en un ámbito regido por el Derecho comunitario. Este puede imponerle obligaciones de resultado u obligaciones de actuar o de abstenerse que reduzcan, a veces considerablemente, su margen de apreciación. Así sucede, en particular, en el supuesto de que, como ocurría en las circunstancias que concurrían en la sentencia *Francoovich* y otros, antes citada, el Estado miembro está obligado, en virtud del artículo 189 del Tratado, a adoptar, dentro de cierto plazo, todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una Directiva. En ese supuesto, el hecho de que las medidas que deban adoptarse incumban al legislador nacional carece de pertinencia para que exista la responsabilidad del Estado miembro debida a la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva.

47 En cambio, cuando un Estado miembro actúa en un ámbito en el que dispone de una facultad de apreciación amplia, comparable a aquella de la que disponen las Instituciones comunitarias para la aplicación de las políticas comunitarias, los requisitos para que incurra en responsabilidad deben ser, en principio, los mismos de los que depende la responsabilidad de la Comunidad en una situación comparable. “

- Entre los requisitos exigibles para reclamar la responsabilidad derivada de actos u omisiones del legislador nacional, debe incluirse el de la violación suficientemente caracterizada.

“50 Por tanto, en los dos procedimientos principales, los legisladores alemán y del Reino Unido estaban confrontados a situaciones que implicaban opciones comparables a las efectuadas por las Instituciones comunitarias al adoptar actos normativos encuadrados dentro de una política comunitaria.

51 En tales circunstancias, el Derecho comunitario reconoce un derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas.

52 En efecto, estos requisitos satisfacen, en primer lugar, las exigencias de la plena eficacia de las normas comunitarias y de la tutela efectiva de los derechos que éstas reconocen.

53 En segundo lugar, estos requisitos se corresponden, sustancialmente, con los establecidos sobre la base del artículo 215 por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a la responsabilidad de la Comunidad por daños causados a particulares debido a actos normativos ilegales de sus Instituciones.”

▪ **Criterio a seguir y elementos a considerar para apreciar la existencia de una violación del Derecho de la Unión “suficientemente caracterizada”.**

“55 En cuanto al segundo requisito, tanto por lo que se refiere a la responsabilidad de la Comunidad con arreglo al artículo 215 como en lo que atañe a la responsabilidad de los Estados miembros por violaciones del Derecho comunitario, el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un Estado miembro como de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación.

56 A este respecto, entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario.

57 En cualquier caso, una violación del Derecho comunitario es manifestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido.”

- Debe descartarse la supeditación de la reparación a la existencia de culpa.

“ 75 Mediante su tercera cuestión el Bundesgerichtshof pide fundamentalmente que se dilucide si el órgano jurisdiccional nacional, en el marco de la legislación nacional que aplica, puede supeditar la reparación del perjuicio a la existencia de un acto intencional o de negligencia por parte del órgano estatal al que sea imputable la infracción.

76 En primer lugar conviene señalar que, como resulta de los autos, el concepto de culpa no tiene el mismo contenido en los diferentes sistemas jurídicos.

77 A continuación, debe recordarse que, como se deduce de las consideraciones expuestas en respuesta a la cuestión precedente, cuando una violación del Derecho comunitario es imputable a un Estado miembro que actúa en un ámbito en el que dispone de una facultad de apreciación amplia para adoptar opciones normativas, el reconocimiento de un derecho a indemnización basado en el Derecho comunitario se supedita, entre otros, al requisito de que la violación de que se trate esté suficientemente caracterizada.

78 De este modo, para apreciar si una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada o no, son pertinentes determinados elementos objetivos y subjetivos que, en el marco de un sistema jurídico nacional, pueden estar vinculados a la noción de culpa (véanse dichos elementos en los apartados 56 y 57 de esta sentencia).

79 Por consiguiente, la obligación de reparar los daños causados a los particulares no puede supeditarse a un requisito, basado en el concepto de culpa, que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario. En efecto, imponer un requisito suplementario de tal naturaleza equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización que tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico comunitario.

80 En consecuencia, procede responder al órgano jurisdiccional nacional que, en el marco de la legislación nacional que aplica, no puede supeditar la reparación del perjuicio a la existencia de un acto intencional o negligencia del órgano estatal al que sea imputable la infracción que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario.

Sobre la cuantía material de la reparación [letra a) de la cuarta cuestión en el asunto C-46/93 y segunda cuestión en el asunto C-48/93] “

5. El alcance atribuido al principio de equivalencia en esta materia por la sentencia de 26 de enero de 2010 Transportes Urbanos y servicios Generales S.A.L. (C-118/08).

Esta sentencia del TJUE fue dictada en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de España en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por TUSGALSAL frente a la resolución de 12 de enero de 2007 que desestimó su reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado.

El **litigio principal** donde se realiza ese planteamiento el TJUE lo describe así:

“9 Mediante sentencia de 6 de octubre de 2005, Comisión/España (C-204/03, Rec. p. I-8389), el Tribunal de Justicia declaró, en esencia, que la limitación del carácter deducible del IVA establecida por la Ley 37/1992 era incompatible con los artículos 17, apartados 2 y 5, y 19 de la Sexta Directiva.

10 Transportes Urbanos, que había presentado autoliquidaciones por los ejercicios 1999 y 2000 con arreglo a la Ley 37/1992, no ejerció su derecho a solicitar la rectificación de dichas liquidaciones, en virtud de la Ley General Tributaria 58/2003. En efecto, tal derecho había prescrito en la fecha en la que el Tribunal de Justicia dictó la sentencia Comisión/España, antes citada.

11 En consecuencia, Transportes Urbanos interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado ante el Consejo de Ministros. En dicha reclamación, sostenía que había sufrido un perjuicio valorado en 1.228.366,39 euros, debido a la infracción de la Sexta Directiva cometida por el legislador español, constatada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/

España, antes citada. Dicho importe corresponde a los pagos del IVA indebidamente percibidos por la Administración tributaria española durante los mencionados ejercicios y a las devoluciones a las que podría haber tenido derecho en relación con los mismos ejercicios.

12 Mediante resolución de 12 de enero de 2007, el Consejo de Ministros desestimó la reclamación de Transportes Urbanos, al considerar que la omisión por parte de ésta de solicitar la rectificación de las mencionadas autoliquidaciones en el plazo previsto a tal efecto había roto la relación de causalidad directa entre la infracción del Derecho de la Unión reprochada al Estado español y el daño supuestamente sufrido por dicha sociedad.

13 Esta resolución desestimatoria del Consejo de Ministros se basó, en particular, en dos sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2004 y de 24 de mayo de 2005 (en lo sucesivo, «jurisprudencia controvertida»), según las cuales las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión están sometidas a una regla de agotamiento previo de las vías de recurso, administrativas y judiciales, contra el acto administrativo lesivo adoptado en ejecución de una ley nacional contraria a dicho Derecho.

14 El 6 de junio de 2007, Transportes Urbanos interpuso un recurso contra dicha resolución desestimatoria del Consejo de Ministros ante el Tribunal Supremo.”

Sobre las razones esgrimidas por el Tribunal Supremo para justificar el planteamiento se dice lo que sigue:

“Auto de remisión y cuestión prejudicial

15 En su auto de remisión, el Tribunal Supremo recuerda que, según la jurisprudencia controvertida, la interposición de una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en la inconstitucionalidad de una ley no está sometida, contrariamente a la misma reclamación basada en la incompatibilidad de dicha ley con el Derecho de la Unión, a ningún requisito de agotamiento previo de las vías de recurso contra el acto administrativo lesivo basado en dicha ley.

16 El motivo de la diferencia de trato entre ambas reclamaciones está relacionado con las diferencias existentes entre los recursos que pueden interponerse contra un acto administrativo, según dichos recursos se basen en la incompatibilidad de éste con el Derecho de la Unión o en la infracción de la Constitución por la ley nacional en aplicación de la cual se ha adoptado el acto.

17 En efecto, según la jurisprudencia controvertida, dado que la ley nacional disfruta de una presunción de constitucionalidad, los actos administrativos basados sobre esta ley también gozan de una presunción de «legitimidad». De ello se deduce que ni las autoridades administrativas ni las judiciales pueden anular dichos actos sin que se haya declarado la nulidad de la ley mediante sentencia del Tribunal Constitucional dictada tras una cuestión de inconstitucionalidad formulada en virtud del artículo 163 de la Constitución, cuestión que sólo puede plantear el órgano judicial que conoce del litigio.

18 En estas circunstancias, si el agotamiento previo de las vías de recurso administrativas y judiciales contra el acto administrativo lesivo se exigiera como requisito para poder interponer una reclamación de responsabilidad patrimonial basada en la infracción de la Constitución, se impondría a los justiciables la carga de impugnar el acto administrativo dictado en aplicación de la ley supuestamente inconstitucional utilizando, en primer lugar, la vía administrativa y, en segundo lugar, la vía contenciosa, agotando todas las instancias hasta que uno de los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto decida finalmente formular la cuestión de inconstitucionalidad de dicha ley ante el Tribunal Constitucional. Tal situación sería desproporcionada y tendría consecuencias inaceptables.

19 En cambio, cuando las autoridades administrativas o judiciales competentes consideran que un acto administrativo ha sido dictado para aplicar una ley incompatible con el Derecho de la Unión, están obligadas, con arreglo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, a inaplicar dicha ley y los actos administrativos dictados basándose en ella. Por tanto, es posible solicitar directamente a dichas autoridades la anulación del acto administrativo lesivo y obtener de este modo una reparación total.

20 Además, según la jurisprudencia controvertida, la existencia de una infracción del Derecho de la Unión que pueda generar la responsabilidad del Estado debe declararse por una sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia. Ahora bien, los efectos de una sentencia de este Tribunal dictada con arreglo al artículo 267 TFUE no son comparables a los de una sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una ley, puesto que sólo la sentencia de este último entraña la nulidad de dicha ley con efectos retroactivos.

La cuestión prejudicial planteada es la siguiente:

21 En estas circunstancias, el Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

«¿Resulta contrario a los principios de equivalencia y efectividad la aplicación de distinta doctrina hecha por el Tribunal Supremo del Reino de España en [la jurisprudencia controvertida] a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando se funden en actos administrativos dictados en aplicación de una ley declarada inconstitucional, de aquellos que se funden en aplicaciones de una norma declarada contraria al Derecho [de la Unión]?»

La respuesta dada a dicha cuestión fue esta:

“El Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada con arreglo al artículo 226 CE sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente.”

oooOOOooo

El TJUE, en esta **sentencia de 26 de enero de 2010**, reafirmó, como ya se dijo al principio, el principio de equivalencia entre la responsabilidad exigible al Estado legislador por infracción de su Constitución y la responsabilidad reclamable a ese mismo Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión, y declaró a este respecto que el Derecho de la Unión se oponía a la aplicación a esta segunda clase de responsabilidad de una regla del previo agotamiento de las vías de recurso interno que no regía para la primera clase de responsabilidad.

- Hay en la sentencia unos apartados que reiteran la doctrina sobre que el principio de responsabilidad es inherente al sistema de los Tratados, sobre los requisitos que han de cumplirse para acreditar el derecho a la indemnización y sobre la vigencia en esta materia de *los principios de equivalencia y de efectividad*:

“29 Para responder a esta cuestión, procede recordar, con carácter preliminar, que, según reiterada jurisprudencia, el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables es inherente al sistema de los Tratados en los que ésta se funda (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 31, y de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier, C-445/06, Rec. p. I-0000, apartado 19).

30 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos: que la norma de Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferirles derechos, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares (véase, en este sentido, la sentencia Danske Slagterier, antes citada, apartado 20 y jurisprudencia citada).

31 El Tribunal de Justicia ha tenido también ocasión de precisar que, sin perjuicio del derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho de la Unión desde el momento en que se reúnen estos tres requisitos, incumbe al Estado, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, reparar las consecuencias del perjuicio causado, entendiéndose que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) y no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, Rec. p. I-10239, apartado 58, y de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, Rec. p. I-2107, apartado 123).

32 En consecuencia, como ha señalado el órgano jurisdiccional remitente, procede examinar la cuestión planteada a la luz de estos principios.”

- El alcance que tiene **el principio de equivalencia** y las comprobaciones que han de realizarse en las reclamaciones que han de ser confrontadas (las que lo sean por infracciones del Derecho de la Unión y las que se funden en infracciones del Derecho interno del estado miembro) se explican así:

“Sobre el principio de equivalencia

33 Por lo que se refiere al principio de equivalencia, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, dicho principio exige que el conjunto de normas aplicables a los recursos, incluidos los plazos establecidos, se aplique indistintamente a los recursos basados en la violación del Derecho de la Unión y a aquellos basados en la infracción del Derecho interno (véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de septiembre de 1998, Edis, C-231/96, Rec. p. I-4951, apartado 36; de 1 de diciembre de 1998, Levez, C-326/96, Rec. p. I-7835, apartado 41; de 16 de mayo de 2000, Preston y otros, C-78/98, Rec. p. I-3201, apartado 55, y de 19 de septiembre de 2006, i-21 Germany y Arcor, C-392/04 y C-422/04, Rec. p. I-8559, apartado 62).

34 No obstante, este principio no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todas los recursos interpuestos en un ámbito determinado del Derecho (sentencias Levez, antes citada, apartado 42; de 9 de febrero de 1999, Dilexport, C-343/96, Rec. p. I-579, apartado 27, y de 29 de octubre de 2009, Pontin, C-63/08, Rec. p. I-0000, apartado 45).

35 En consecuencia, para comprobar si se respeta el principio de equivalencia en el litigio principal, es preciso examinar si, habida cuenta de su objeto y de sus elementos esenciales, la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por Transportes Urbanos, basada en la infracción del Derecho de la Unión, y la que dicha sociedad habría podido interponer basándose en una posible infracción de la Constitución pueden considerarse similares (véase, en este sentido, la sentencia Preston y otros, antes citada, apartado 49).

36 Ues bien, por lo que se refiere al objeto de las dos reclamaciones de responsabilidad patrimonial mencionadas en el apartado anterior, procede señalar que tienen exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado.

37 Respecto de los elementos esenciales, cabe recordar que la regla del agotamiento previo que se discute en el litigio principal lleva a cabo una distinción entre estas reclamaciones, en la medida

en que exige que el demandante haya agotado previamente las vías de recurso contra el acto lesivo sólo cuando la reclamación de responsabilidad patrimonial se basa en la infracción del Derecho de la Unión por la ley nacional en aplicación de la cual se ha adoptado el mencionado acto.

38 Ahora bien, procede señalar que, contrariamente a lo que parecen sugerir determinados planteamientos de la jurisprudencia controvertida, recordados en el apartado 20 de la presente sentencia, la reparación del daño causado por una infracción del Derecho de la Unión por un Estado miembro, no está subordinada al requisito de que una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción (véanse, en este sentido, las sentencias Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartados 94 a 96; de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros, C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845, apartado 28, y Danske Slagterier, antes citada, apartado 37).

39 No obstante, ha lugar a señalar que, en el litigio principal, Transportes Urbanos basó su recurso expresamente en la sentencia Comisión/España, antes citada, dictada con arreglo al artículo 226 CE, en la cual el Tribunal de Justicia declaró la infracción de la Sexta Directiva por la Ley 37/1992.

40 Además, se deduce del auto de remisión que Transportes Urbanos interpuso la reclamación ante el Consejo de Ministros porque el plazo para presentar una solicitud de rectificación de las autoliquidaciones de los ejercicios 1999 y 2000 había expirado en el momento en que se dictó la mencionada sentencia Comisión/España.

41 No obstante, como se ha dicho en los apartados 12 y 13 de la presente sentencia, dicha reclamación fue desestimada por el Consejo de Ministros teniendo en cuenta precisamente que Transportes Urbanos no había solicitado la rectificación de sus autoliquidaciones antes de la interposición de dicha reclamación.

42 En cambio, según el auto de remisión, si Transportes Urbanos hubiera podido fundamentar su reclamación de responsabilidad patrimonial en una sentencia del Tribunal Constitucional que declarara la nulidad de la misma ley por infringir la Constitución, esta reclamación habría sido estimada, con independencia de que dicha sociedad no hubiera solicitado la rectificación de dichas autoliquidaciones antes de que expiraran los plazos para hacerlo.

43 Se desprende de las consideraciones precedentes que, en el contexto particular que ha dado origen al litigio principal tal como se describe en el auto de remisión, la única diferencia existente entre las dos reclamaciones mencionadas en el apartado 35 de la presente sentencia consiste en que las infracciones jurídicas en las que se basan han sido declaradas, en un caso, por el Tribunal de Justicia mediante una sentencia dictada con arreglo al artículo 226 CE y, en otro, por una sentencia del Tribunal Constitucional.

44 Ahora bien, esta única circunstancia, a falta de cualquier mención en el auto de remisión de otros elementos que permitan declarar la existencia de otras diferencias entre la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado efectivamente presentada por Transportes Urbanos y aquella que habría podido interponer sobre la base de una infracción de la Constitución declarada por el Tribunal Constitucional, no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia.

45 En tal situación, procede señalar que las dos reclamaciones antes mencionadas pueden considerarse similares, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 35 de la presente sentencia.

46 De ello se deduce que, habida cuenta de las circunstancias descritas en el auto de remisión, el principio de equivalencia se opone a la aplicación de una regla como la controvertida en el litigio principal.

47 Habida cuenta de esta conclusión, no es necesario examinar la regla del agotamiento previo de las vías de recurso discutida en el litigio principal a la luz del principio de efectividad.

48 De lo anterior resulta que procede responder a la cuestión planteada que el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia dictada con arreglo al artículo 226 CE sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente.

V. LAS DECLARACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha abordado directamente el problema de la responsabilidad del Estado Legislador. La razón de que así haya sido es que su principal cometido es pronunciarse sobre la validez de las normas con rango de ley desde el parámetro de su conformidad o no con el texto constitucional, sin que le corresponda decidir si, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, cabe admitir supuestos de actuaciones legislativas con incidencia individual en la esfera jurídico patrimonial de los sujetos jurídicos que deban generar directamente acciones indemnizatorias.

Sin embargo, sí se ha ocupado de **cuatro cuestiones** conexas a ese tema principal de la responsabilidad patrimonial del legislador. **La primera** es la concerniente a determinar cuando una ley tiene o no contenido expropiatorio a los efectos de decidir si cumple con la garantía indemnizatoria que imperativamente establece el artículo 33.3 CE para las privaciones de bienes y derechos. **La segunda** es que el silencio sobre la indemnización de una Ley expropiatoria (por establecer prohibiciones o limitaciones del derecho de propiedad) no vulnera el artículo 33.3 CE, porque tal cuestión ha de entenderse sometida a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. **La tercera** es que la inexistencia de expropiación no descarta la posible concurrencia de otra clase de perjuicios que puedan resultar acreedores de una compensación o reparación. **Y la cuarta** es la relativa al alcance que ha de darse a la cláusula general indemnizatoria de las lesiones derivadas del funcionamiento de los servicios públicos incluida en el artículo 106.2 CE

1. Esa primera cuestión, la de las leyes con contenido expropiatorio, la ha tratado en los procesos de inconstitucionalidad seguidos sobre las leyes que modificaron el contenido de algunos de los derechos contenidos en el régimen jurídico aplicable a diversos cuerpos funcionariales y, muy especialmente, establecieron una reducción en la edad de jubilación forzosa. La muestra más

significativa de esta jurisprudencia son la STC108/1986, de 29 de julio (sobre la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), la STC 99/1987, de 11 de junio (sobre la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma para la Función Pública) y la STC 70/1988, de 19 de abril (sobre el Real Decreto-ley17/1982, de 24 de septiembre, que estableció la edad de jubilación forzosa de los funcionarios del Cuerpo de Profesores de Educación General Básica).

Estas sentencias, para decidir el reproche (entre otros) que se dirigía a dichas leyes de haber expropiado derechos a funcionarios sin acompañar tal medida de la obligada indemnización, analizaron el problema de la naturaleza que correspondía a los derechos inherentes al régimen jurídico aplicable a los cuerpos funcionariales y decidieron básicamente lo siguiente: la naturaleza estatutaria que había que atribuir a dichos derechos; su modificabilidad unilateral dentro de ciertos límites por el legislador; la existencia de una mera expectativa, y no de un verdadero derecho, cuando la regulación del contenido de un derecho ha sido legalmente modificado antes de haber sido adquirido; y la inexistencia de expropiación indemnizable cuando la modificación legal afectó a esa mera expectativa.

La STC 108/1986 lo explica así:

“(...) conviene precisar cuál es la situación administrativa de los jueces y magistrados de carrera en nuestro sistema jurídico. No es necesario para ello discurrir en qué medida deben ser considerados como funcionarios públicos o las notas diferenciales existentes entre quienes lo son de la Administración del Estado y los que integran la carrera judicial. Lo que interesa aquí destacar es que, en todo caso, su situación debe calificarse como estatutaria y en forma que los derechos y deberes que componen el «status» de los Jueces debe ser fijado por Ley y, más concretamente, por Ley orgánica (art. 122.2 de la Constitución). Ello supone que dicho «status» no puede ser regulado por la Administración, en vía reglamentaria, como se verá más adelante, ni depende de la voluntad del interesado. Merece destacarse, incluso, que la situación estatutaria de los Jueces es más rigurosa que la de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, a los que se reconoce el derecho a la sindicación (art. 103.3 de la Constitución), con los efectos que ello puede acarrear, derecho que se niega expresamente a los miembros de la Magistratura

(art. 127.1 de la Constitución). El que el Estatuto de los jueces esté fijado por la Ley significa que la Ley define los elementos que lo componen, y que puede modificarlos dentro, naturalmente, del marco de la Constitución. Esta no surge, ciertamente, en una situación de vacío jurídico, sino en una sociedad jurídicamente organizada, por lo que hay que entender que las referencias que en ella se hacen a posiciones jurídicas resultantes de esa organización obligan al legislador a respetar esos elementos fundamentales, aunque, naturalmente, no sus contenidos concretos. La existencia de una carrera judicial o de un derecho a la jubilación de sus integrantes, por ejemplo, son elementos que no están en la disponibilidad del legislador, que sí puede, en cambio, modificar sus condiciones y, entre ellas, el momento en que ha de producirse la jubilación. De todo ello resulta que quien accede a la función pública como Juez, no es titular de un derecho subjetivo a ser jubilado a la edad establecida para ello en el momento de su acceso, sino de una expectativa a ser a tal edad, lo que acarrea evidentes consecuencias a las cuales se alude a continuación.

(...)

Los recurrentes concluyen la fundamentación de este motivo de impugnación alegando que los preceptos atacados conculcan lo dispuesto en los arts. 33.3 y 35 de la Constitución.

El primero dispone que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública, o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes». No define la Constitución qué deba entenderse exactamente por expropiación de «bienes y derechos», pero dado que el precepto se remite a «lo dispuesto por las Leyes», parece que hay que referirse a la legislación vigente, que acoge un concepto amplio respecto al posible objeto de la expropiación. Pues bien, de acuerdo con esa legislación falta en el artículo 386 de la LOPJ un elemento indispensable para que pueda calificarse la reducción de la jubilación de medida expropiatoria, cual es que sólo son expropiables y, por tanto indemnizables la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas. Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros. En la medida en que, como se ha dicho reiteradas veces, no existe un derecho adquirido a que se mantenga una determinada edad de jubilación, debe concluirse que de lo que se ha privado a Jueces y Magistrados es de una expectativa, pero no de un derecho actual consolidado, con la consecuencia de que esa privación no es expropiatoria.

Y la STC 99/1987 esas mismas ideas las expresa en estos términos (reiterados en la STC 70/1988):

“Las situaciones que aquí se dicen afectadas no constituyen derechos en el sentido que se pretende ni, consiguientemente, se ha operado su privación.

Es indudable que en el campo de la relación funcional, el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la ley ha de respetar, y en ese sentido es claro que ostenta, desde que ingresa en la función pública, el derecho a la jubilación o al pase a determinadas situaciones administrativas, también en la Ley estatutaria prevista. Pero una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto.

El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando o bien, en fin, que el derecho a pensión, causado por el funcionario, no pueda ser incompatibilizado por Ley, en orden a su disfrute por sus beneficiarios, en atención a razonables y justificadas circunstancias, porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional (art. 103. 3 C.E.). Por otro lado, no hay que olvidar que, por parte de cada funcionario, se ostenta el derecho a la jubilación y al disfrute (o a solicitarlo, en su caso), de las situaciones administrativas legalmente reconocidas, pero no el derecho, sino la expectativa frente al legislador a que la edad de jubilación o el catálogo de situaciones continúen inmodificadas por el legislador, en modo que permanecieran tal y como él las encontró al tiempo de su acceso a la Función Pública.

Consecuentemente con lo expuesto, si no existen tales derechos no puede reprocharse a las normas que se impugnan el efecto de su privación y, por tanto, habrá que concluir por rechazar la pretendida vulneración del art. 33.3 de la Constitución. No hay privación de derechos; sólo alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible.”

2. La cuestión sobre que el silencio en materia de indemnización de una Ley expropiatoria (por incorporar prohibiciones o limitaciones del derecho de propiedad) no vulnera el artículo 33.3 CE, porque no impide reclamaciones de responsabilidad patrimonial según el régimen legal general, aparece en la STC 28/1997, cuyo FJ 7 se expresa de la manera que sigue:

“Finalmente, la Sala cuestionante parece vincular la eventual vulneración del art. 33.3 C.E. al hecho de que en la Ley 3/1984 no se disponga expresamente una fórmula o un cauce reparador para compensar las prohibiciones y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que se derivan de la misma. Pero en el propio Auto de planteamiento se condiciona la pretensión indemnizatoria objeto del recurso contencioso-administrativo del que conoce en apelación, a que las normas cuestionadas superen el juicio de constitucionalidad que por razones competenciales en él se plantea. En tal supuesto entiende que habrá de conocer del problema indemnizatorio debatido que, resuelto favorablemente para las sociedades recurrentes por la Sentencia de instancia, se plantea en la apelación.

Es claro, por tanto, que el silencio de la Ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 C.E., sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos. A lo que cabe agregar que el Parlamento de las Islas Baleares en la Ley 1/1991 de espacios naturales y régimen urbanístico de las áreas de especial protección, expresamente establece en su disposición adicional sexta que en los proyectos presupuestarios de la Comunidad Autónoma se preverán los recursos precisos para afrontar la responsabilidad económica que pueda suponer las calificaciones urbanísticas de los terrenos.

De todo ello resulta que tampoco debe ser acogido este último reproche de inconstitucionalidad.”

3. La posibilidad de perjuicios susceptibles de reparación producidos por leyes no expropiatorias se reconoce en algunas de esas sentencias que se vienen mencionando en los términos que seguidamente se exponen.

La STC 108/1986 afirma (FJ 22):

*“Una última observación suscita la Disposición transitoria 28.1 de la LOPJ, también impugnada. Establece esta disposición un escalonamiento de edades para aplicar en forma gradual la nueva edad máxima de jubilación y, en este sentido, su constitucionalidad viene confirmada por todos los razonamientos anteriores. Su finalidad evidente es la de paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos. **Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación. Pero esta cuestión queda, en todo caso, fuera del ámbito del presente recurso.**”*

La STC 99/1987 (FJ 6) incluye una declaración muy similar:

*“Consecuentemente con lo expuesto, si no existen tales derechos no puede reprocharse a las normas que se impugnan el efecto de su privación y, por tanto, habrá que concluir por rechazar la pretendida vulneración del art. 33.3 de la Constitución. No hay privación de derechos; sólo alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible. **Esto no impide añadir –como se dijo en la STC 108/1986, de 29 de junio, referida al anticipo de la edad de jubilación de Jueces y Magistrados– que esa modificación legal origina una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación.**”*

La STC 70/1988 es mucho más explícita en cuanto a esa posibilidad y realiza consideraciones de “lege ferenda”

“Ahora bien, la constitucionalidad de la nueva regulación de la edad de jubilación, acortando la vida activa de los funcionarios sin más matizaciones que la previsión de un calendario escalonado para su entrada en vigor y unas ayudas mínimas para suavizar sus efectos, no impide que se pueda apreciar en el marco de la legalidad ordinaria, como ya se dijo en la STC 108/1986, de 29 de julio, y se reitera en la 99/1987, de 11 de junio, cuya doctrina estamos siguiendo, que esa modificación legal origina una frustración de las expectativas existentes y, en determinados casos, perjuicios económicos que puedan merecer algún género de compensación.

A esta doctrina se ha referido expresamente el Tribunal Supremo en Pleno, al resolver los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial con motivo de la aplicación del art. 386 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establecía en sesenta y cinco años la edad de jubilación para Jueces y Magistrados. Nos referimos a la dos Sentencias de 15 de julio de 1987 pronunciadas en los recursos 134 y 135 de 1986, y a la Sentencia de 25 de septiembre de 1987 dictada en el recurso 144/86.

Se trata en ellas de peticiones subsidiarias de indemnización de daños y perjuicios, análogas a la planteada por el recurrente como subsidiaria en el proceso contencioso-administrativo del que dimana la presente cuestión, y se afronta el tema, partiendo de la constitucionalidad de la nueva normativa, de la posible responsabilidad del estado dimanante de la actividad legislativa. En las Sentencias de 15 de julio de 1987 consagra el Tribunal Supremo el principio general de la responsabilidad del Estado siempre que se produzcan «muy graves y ciertos perjuicios», y en la Sentencia de 25 de septiembre de 1987 (fundamento jurídico 5.º), en relación con las Sentencias de este Tribunal a que nos hemos referido, se dice literalmente lo siguiente:

«...por otra parte, dos importantes Sentencias del Tribunal Constitucional han venido a ocuparse del caso, siquiera lo haya sido de modo tan tangencial y sin poder entrar en él debidamente, en razón a las funciones del citado Tribunal y a la naturaleza de los recursos que resuelve; es la primera la de 29 de julio de 1986, relacionada precisamente con la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, de modo más particular, con el art. 386, y la transitoria núm. 28, la que, en su fundamento vigésimo segundo, tras atribuir a la citada transitoria el carácter de paliativo de la reducción de la edad de jubilación, manifiesta que es muy posible que tal finalidad (la del paliar tales efectos) no quede suficientemente asegurada y que las consecuencias negativas que de tal reducción derivan "de no ser corregidas, pueden merecer algún género de compensación"; la segunda de las Sentencias, mucho más reciente, pues es de 11 de junio del año en curso, vuelve a insistir sobre el mismo tema, pero, además, referido a la Ley de Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984; de estos planteamientos fácticos generales debe pasarse, obviamente, a los particulares de cada caso, atinentes no sólo a cada cuerpo o carrera administrativa, sino incluso al personal de cada funcionario, hasta donde la individualización sea factible...»

(P)uede, por tanto, la Sala proponente de la cuestión, de modo semejante a lo resuelto en las citadas Sentencias del Tribunal Supremo, enjuiciar y resolver lo que estime procedente en orden a la petición compensatoria articulada subsidiariamente en la demanda y a la que se refiere el

Auto planteando la cuestión en su considerando cuarto «aun partiendo de la constitucionalidad» –como en él se dice– del Real Decreto-ley 17/1982, de 24 de septiembre, objeto de la presente cuestión. La duda de inconstitucionalidad que en el mismo plantea con base en el art. 33.3 de la C.E. y que se desestima en esta Sentencia como ya se hizo en las precedentes sobre la misma materia, no condiciona necesariamente la resolución de la Sala sobre dicho problema que puede enjuiciar en términos de legalidad ordinaria en los que, naturalmente, no puede entrar este Tribunal.

Por lo demás, y al margen de la solución judicial que se dé al caso aquí planteado, es claro que situaciones como las resueltas por el Tribunal Supremo y como la que ha de enjuiciar la Audiencia de Albacete tendrían más fácil y justa solución si el legislador, que, constitucionalmente ha rebajado la edad de jubilación, revisara también por medio de ley formal y en términos generales los años de servicio activo necesarios para alcanzar los diversos porcentajes previstos para el cálculo del haber regulador. La legislación sobre derechos pasivos descansa en último término sobre el binomio edad de jubilación-años de servicio, y es de pura lógica (y por tanto una razonable exigencia de los ciudadanos en términos de justicia material) que quienes han visto o verán anticipada su jubilación respecto a la edad fijada en el momento de su ingreso en la función pública, y no han podido por ello alcanzar el número de años de servicio necesario para obtener el haber regulador que hubieran podido lograr de haber permanecido cinco años más en activo, encuentren una solución que les permita, mediante un ajuste establecido por el legislador, percibir esos mismos haberes pasivos inalcanzables para cada uno de ellos por una decisión legislativa no contraria a la Constitución, pero creadora de perjuicios difícilmente justificables.”

4. La cuarta cuestión la resuelve declarando que la cláusula indemnizatoria del artículo 106.2 no comprende la actividad legislativa.

Así lo proclama la STC 70/1988, que no sólo rechaza la vulneración del artículo 33.3 CE sino también la del artículo 106.2 que igualmente se pretendía, y sobre esta última realiza este concreto razonamiento (en el FJ 3):

“La actividad legislativa queda fuera de las previsiones de este precepto constitucional que está referido al derecho de los particulares a ser indemnizados por las lesiones que sufran «a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos», concepto éste en el que, obviamente, no cabe comprender la función del legislador.”

Y una declaración sustancialmente concidente realizan la STC 127/1987, de 16 de julio, la 129/1987, de 16 de julio, la STC 65/1990, de 5 de abril y la STC 66/1990, de 5 de abril.

5. Lo que acaba de exponerse sobre la jurisprudencia del TC se puede resumir en las ideas siguientes. Que las leyes expropiatorias para cumplir debidamente el canon constitucional han de respetar la garantía indemnizatoria del artículo 33.3 CE. Que el silencio en materia indemnizatoria de una ley expropiatoria no vulnera ese artículo 33.3 CE, porque no impide acudir al sistema general de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos previsto en el ordenamiento jurídico. Y que, tratándose de leyes no expropiatorias, sus efectos lesivos están excluidos de la cláusula indemnizatoria prevista en el artículo 106.2 CE para las consecuencias del funcionamiento de los servicios públicos, pero esta exclusión no descarta la posibilidad de que generen perjuicios que sean acreedores de una compensación o reparación (que habrán de reclamarse, no con fundamento en ese artículo 106.2 CE, sino en el régimen legal infraconstitucional de responsabilidad patrimonial).

VI. LA CASUÍSTICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

1. Cronología breve de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado legislador.

La Constitución de 1978 es el básico hito de esta cronología y, consiguientemente, marca sus dos etapas principales.

1.1. La etapa anterior a la Constitución.

En esta etapa la posición tradicional fue, como regla general, negar la responsabilidad por actos del legislador, con fundamento en que tales actos son expresión de ese superior poder que encarna la soberanía y participan del efecto que le es inherente de inmunidad o supremacía frente a cualquier otro poder público.

García de Enterría¹³ cita como expresiva de esta solución negativa la sentencia de 25 de junio de 1917 y transcribe de ella esta declaración:

“(...) jamás ha estimado la sala que la observancia y aplicación de las leyes que la representación nacional elabora, el rey sanciona y el poder ejecutivo promulga puede motivar resarcimiento como la Ley misma no los haya previsto y otorgado, pues es doctrina establecida en la S. de 12 de febrero de 1909 que no cabe reclamar indemnización cuando el supuesto perjuicio lo haya producido directamente un acto legislativo y no ninguno de la Administración”.

Pero el mismo profesor subraya también que el problema de los daños derivados de la ejecución de las leyes, tras la Ley de Expropiación Forzosa (LEF), remitía al instituto de la expropiación forzosa.

Con este punto de partida señala¹⁴ que, tratándose de una ley materialmente expropiatoria (esto es, con unas consecuencias patrimoniales encuadrables en el concepto de expropiación que define el artículo 1 de la LEF), la falta de exclusión expresa de indemnización en la singular ley expropiatoria obligaría a pasar a la fase de justiprecio según el sistema común establecido en la LEF. Y argumenta para ello que, si la exclusión indemnizatoria no es expresa e inequívoca, el juez debería necesariamente relacionar, en función de la interpretación sistemática del ordenamiento, la medida expropiatoria singular, aunque legislativamente dispuesta, con la cláusula general del artículo 1 LEF.

13 *Curso de Derecho Administrativo II*, Segunda Edición, 1981, pags 343-344”.

14 *Curso de Derecho Administrativo II*”, Duodécima Edición, 2011, pags 225-228”.

Asimismo señala que el propio Tribunal Supremo abordó este problema en el sentido que acaba de apuntarse en las sentencias que dictó (Ss de 22 de mayo de 1970, 1 de febrero y 12 de noviembre de 1971 y 30 de septiembre de 1972) en los litigios que fueron suscitados, por las antiguas compañías aseguradoras de accidentes de trabajo, cuando el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1966 dispuso el cese de las empresas privadas en ese aseguramiento y su monopolio en determinados entes públicos institucionales (las denominadas Mutualidades Laborales) y en las Mutual Patronales.

Esas antiguas compañías vieron una expropiación de sus carteras de pólizas en la nueva regulación legal y pidieron a la Administración la apertura del procedimiento de justiprecio para la fijación de la indemnización que pensaban les correspondía. La Administración se opuso a abrir ese procedimiento y su negativa fue impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyos procesos finalizaron con esas sentencias del TS que acaban de mencionarse. Y estas sentencias, aunque desestimaron la pretensión de las recurrentes, rechazaron la excepción de inadmisibilidad que fue opuesta por la Administración con fundamento de que se trataba de enjuiciar una Ley; con lo cual quedó establecido que es una cuestión jurídico-administrativa, enjuiciable ante el orden contencioso-administrativo, la siguiente: la que suscita una Ley singular expropiatoria en lo relativo a si sus preceptos, cuando guardan silencio sobre la garantía indemnizatoria, deben ser integrados con la LEF.

Resumiendo, pues, lo que antecede, debe decirse que con anterioridad a la Constitución de 1978, la jurisprudencia, en lo concerniente a las consecuencias de los actos legislativos, separó como figuras diferenciadas responsabilidad patrimonial y leyes expropiatorias; y, desde esa distinción, negó la posibilidad de exigir esa responsabilidad al legislador y sí consideró jurídicamente viable que las leyes singulares materialmente expropiatorias pudieran dar derecho a reclamar la indemnización prevista en la LEF.

1.2. El periodo que se inicia con la Constitución de 1978: sus cuatro momentos principales.

Dentro de este segundo periodo la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido zigzagueante, de avances y retrocesos a favor y en contra del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado. Legislador, expresiva, en definitiva, de las mismas dudas que han existido en la doctrina sobre dicho reconocimiento. Unas dudas, por lo demás, inevitables, cuando se trata de controversias jurídicas que han de ser decididas, no con base en concretos preceptos normativos, sino a partir de principios generales del ordenamiento jurídico rodeados muy frecuentemente de un importante halo de ambigüedad e incertidumbre.

Pero, dicho lo anterior, debe también resaltarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo revela una clara evolución en la que ha acabado prevaleciendo la solución favorable al reconocimiento de la responsabilidad del Estado legislador.

En este segundo periodo son de destacar los cuatro momentos siguientes.

El primer momento: los pronunciamientos iniciales que continúan la solución tradicional contraria a la responsabilidad del Estado legislador, fundada en la primacía de la ley cuando esta no haya sido declarada inconstitucional.

Un significativo exponente de esta posición inicial es la **STS de 10 de junio de 1988** (Ar. 1988\4864), que denegó la pretensión indemnizatoria reclamada por una empresa que, tras haber despedido de forma procedente a unos trabajadores, luego los tuvo que readmitir en aplicación de la Ley de Amnistía 46/1977, de 15 de octubre. Esta sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo planteado contra los actos del Consejo de Ministros que denegaron la reclamación indemnizatoria, y su argumentación principal fue la legalidad de esa actuación administrativa impugnada por haberse ajustado a lo que en dicha Ley 46/1977 se establecía, que sólo contenía previsiones sobre

la readmisión de los trabajadores despedidos y omitía *“toda problemática que pudiera producirse en la colisión de intereses entre empresa y trabajadores y de estos entre sí.”*

El segundo momento: la definición de una tipología del Estado legislador en los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo favorables a su reconocimiento.

Estos pronunciamientos, que fueron efectuados *“obiter dicta”* y se inspiraron en la doctrina de las SsTC 108/1986 y 109/1987, son los que declararon que los perjuicios que los jueces y magistrados puedan sufrir como consecuencia de su jubilación forzosa anticipada derivada de la LOPJ de 1985 podrían tener su fundamento en lo establecido en los artículos 9 CE y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957.

Se trata de aquellas sentencias que desestimaron el recurso jurisdiccional interpuesto contra los actos del CGPJ desestimatorios de las pretensiones indemnizatorias que ante él plantearon varios magistrados en el recurso de alzada interpuesto contra su jubilación; y que argumentaron para esa desestimación que la pretensión no había sido planteada inicialmente al CGPJ ni este podía resolverla. Sus fallos no acogieron dicha pretensión pero sus fundamentos jurídicos sí dejaron expresamente a salvo la posibilidad de que el interesado dedujera su solicitud indemnizatoria ante el Consejo de Ministros.

▪ Una de ellas es **la STS de 15 de julio de 1987** (Ar 1988\10106) que, tras invocar la posibilidad de perjuicios señalada por las SsTC 108/1986 y 99/1987, en su FJ sexto expresa lo que sigue:

“La reparación de los posibles perjuicios que se puedan irrogar a Jueces y Magistrados al establecer la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, una edad de jubilación forzosa, que en relación con la normativa vigente cuando entraron al servicio de la Administración de Justicia, minora su vida activa, plantea la cuestión de la responsabilidad del Estado por los actos del legislador, problema que la doctrina científica y el Derecho comparado abordó en un sentido favorable a declarar esta responsabilidad, cuando la aplicación de una Ley conforme a la Constitución,

produzca unos graves y ciertos perjuicios y que en el Ordenamiento Legal que rige en nuestra Patria encontraría su respaldo y cauce legal en los artículos 9 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (RCL 1957\1058, 1178 y NDL 25852); cuestión que no fue planteada por don Antonio H. D., al Consejo General del Poder Judicial ni éste podría resolverla.”

▪ Pero la sentencia que más claramente aborda la responsabilidad del Estado Legislador y señala las vías de producción y exigencia de dicha responsabilidades la **STS 11 de octubre de 1991** (recurso 85/1987-Ar 1991\7784).

Fue dictada, en sentido desestimatorio, en relación con la pretensión indemnizatoria que una empresa de bebidas alcohólicas planteó frente a los perjuicios que en su criterio le habían producido determinadas leyes que habían elevado el gravamen tributario sobre esa clase de bebidas, gravado también su publicidad y prohibido finalmente tal actividad publicitaria.

Con distintos argumentos, básicamente referidos a la inexistencia de causalidad entre los perjuicios alegados y las leyes tributarias de que pretendían derivarse, el TS desestima la acción indemnizatoria, pero lo hace tras abordar estas cuestiones:

- (i) que las vías de responsabilidad del Estado legislador son las tres que encarnan las leyes expropiatorias, las leyes inconstitucionales y aquellas otras que siendo constitucionales y no expropiatorias causen efectos negativos económicos de manera individualizada.
- (ii) que esta tercera vía, como ya había declarado la STS de 15 de julio y 29 de septiembre de 1987, tendría su respaldo en los artículos 9 CE y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; y
- (iii) que no es aplicable a las Leyes tributarias la responsabilidad del Estado legislador derivada de los principios expropiatorios.

Las declaraciones de esta STS 11 de octubre de 1991 sobre dichas cuestiones, expuestas en sus FFJJ segundo y tercero, son las siguientes:

(...) La cuestión (discutible, vidriosa y siempre viva en cualquier moderno Estado de Derecho) de la responsabilidad patrimonial por actos del Poder Legislativo, ha tenido en los últimos tiempos eco en la doctrina del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo en pleno.

Fundamentalmente referida a las leyes que redujeron la edad de jubilación de los funcionarios públicos, el Tribunal Constitucional [SS. 108/1986, de 29-6 (RTC 1986\108) y 99/1987, de 11-6 (RTC 1987\99)] negó el derecho de éstos a ser indemnizados en base a que la relación estatutaria funcionarial no genera derechos adquiridos, «... sino la expectativa frente al legislador a que la edad de jubilación o el catálogo de situaciones continúen inmodificadas por el legislador, en modo que permanecieran tal y como él las encontró en tiempo de su acceso a la función pública»; y «consecuentemente con lo expuesto, si no existen tales derechos no pueden reprocharse a las normas que se impugnan el efecto de su privación y por tanto habrá que concluir por rechazar la pretendida vulneración del art. 33-3 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875). No hay privación de derechos; sólo alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible».

La conclusión, por tanto, es clara: no hay derecho a indemnización por actos del Estado-legislador porque las medidas legislativas no tienen carácter expropiatorio (se trataba de la privación de meras «expectativas» y no de «derechos»); de donde el primer hito señalado por el Tribunal Constitucional para la responsabilidad del Estado-legislador ha de buscarse en los efectos expropiatorios de la norma legal.

Pero con ello no queda agotado el tema. Ciertamente, el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos -leyes- quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-legislador puede tener, asimismo, su segundo origen en la inconstitucionalidad de la Ley. Precisamente así se desprende, también, de las sentencias citadas, en cuanto rechazaron la inconstitucionalidad de aquellas Leyes que anticipaban la jubilación.

En el primer caso (derivada del principio de indemnización expropiatoria), se trata de una actividad lícita que, sin dejar de serlo, comporta la obligación de resarcir el daño que esa actividad lícita hubiere causado; en el segundo (derivada de la inconstitucionalidad de la Ley), se trata de la responsabilidad nacida de una actividad antijurídica del Poder Legislativo.

Sin embargo, el Fundamento Jurídico vigesimosegundo de la citada S. 108/1986 del Tribunal Constitucional, abre lo que pudiera llamarse una tercera vía. Tras afirmar la constitucionalidad de la Ley que enjuiciaba y la carencia de un efectivo derecho a cierta edad de jubilación –por tratarse de mera expectativa–, termina diciendo que «es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada (se refiere a la de paliar los efectos negativos del adelanto de la edad de jubilación) y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación...». En análogo sentido se expresa en la S. 11-6-1987; y el Tribunal Supremo en Pleno, fundamentalmente en SS. 15-7 y 25-9-1987 (RJ 1988\10105, RJ 1988\10106 y RJ 1988\10107) –aunque existen otras–, expresa que «la reparación de los posibles perjuicios (se refiere a los citados por jubilación) ... plantea la cuestión de la responsabilidad del Estado por los actos del legislador, problema que la doctrina científica y el Derecho comparado abordaron en un sentido favorable a declarar esta responsabilidad, cuando la aplicación de una Ley conforme a la Constitución, produzca unos graves y ciertos perjuicios y que en el Ordenamiento legal que rige en nuestra Patria encontraría su respaldo y cauce legal en los artículos 9.º de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (RCL 1957\1058, 1178 y NDL 25852)». Es obvio, por tanto, que a la luz de esta doctrina y junto a la responsabilidad nacida de la norma de contenido expropiatorio o la causada por la inconstitucionalidad de la Ley, se ha dado entrada a esta tercera vía de indemnización por los actos del Estado–legislador cuando «merezcan algún género de compensación» de los perjuicios económicos –graves y ciertos– que irrogue al particular una ley constitucional y no expropiatoria.

Ahora bien, la doctrina expuesta exige, para la procedencia de esa tercera vía, que se den las circunstancias del art. 40 de la Ley sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado, a saber: que la lesión no obedezca a casos de fuerza mayor, que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado y que la pretensión se deduzca dentro del año en que se produjo el hecho que motive la indemnización; siendo por tanto, también, de aplicación a dicha hipótesis la doctrina elaborada por este Tribunal Supremo en torno al mencionado artículo, a la que se refieren –entre otras muchas– las SS. de 25-9-1984 (RJ 1984\4685), 1-4 y 20-9-1985 (RJ 1985\1784 y RJ 1985\5958), 11-4 y 15-12-1986 (RJ 1986\2633 y RJ 1986\8109), 29-5-1987 (RJ 1987\5899), 15-4-1988 (RJ 1988\3072), etc.

En cuanto al incumplimiento del plazo del año, que denuncia el señor Abogado del Estado, es evidente que no puede ser admitido toda vez que se trata de unos presuntos daños producidos entre el 31-8-1979 y el 31-8-1983, y la reclamación al Consejo de Ministros fue presentada en 28-4-1983.

(...) Aplicando los conceptos a que se ha hecho referencia al campo del Derecho Tributario, es obvio que la responsabilidad del Estado-legislador no puede fundarse en el principio de la indemnización expropiatoria. Los tributos, por esencia, suponen una detracción coactiva de la renta o el patrimonio del sujeto pasivo no resarcible de manera inmediata (sino mediata e indirecta, en la medida que representan el pago de servicios públicos esencialmente indivisibles o responden a modernos postulados de redistribución de la renta), de forma que si su exacción fuera indemnizable dejarían de ser tributos. De ahí que en el Derecho comparado se observe, por ejemplo, que en los Estados Unidos de América la Federal Tort Claims Act. de 1946, exceptúa la responsabilidad del Estado en materia de actividades fiscales del Tesoro o las actividades del Tennessee Valley Authority. Por el contrario, la declaración de inconstitucionalidad de la norma tributaria puede determinar (en función del principio de la responsabilidad) la obligación de indemnizar, como pudo ser el caso del recargo municipal potestativo en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que creó la Ley 24/1983 (RCL 1983\2782 y ApNDL 1975-85, 7014), sobre medidas urgentes de saneamiento y regulación de las Haciendas Locales, declarado inconstitucional por la S. de 19-9-1985 (RTC 1985\179), aunque sólo determinó la devolución de las cantidades pagadas. Más significativo aún es el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20-2-1989 (RTC 1989\45), relativa a la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (RCL 1978\1936 y ApNDL 1975-85, 7157), relativos a la tributación de la «unidad familiar». En ella, y pese a la declaración de inconstitucionalidad, no sólo queda excluida de su contexto cualquier posible indemnización del Estado-legislador sino, incluso, la simple devolución de ciertas cantidades pagadas precedentemente por el sujeto pasivo.

Tres conclusiones pueden, por tanto, extraerse de todo lo anterior: una, que la responsabilidad del Estado-legislador derivada de principios expropiatorios no es aplicable a las Leyes tributarias; otra, que aun cuando les sería aplicable la responsabilidad del Estado-legislador derivada del principio de responsabilidad nacida de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley, la doctrina del Tribunal Constitucional ha sido remisa en su aplicación hasta el momento, sin perjuicio de que pudiera tener acogida en el supuesto de inconstitucionalidad de la Ley

Tributaria por vulneración de los principios de igualdad y progresividad del sistema tributario y la proscripción de su alcance confiscatorio, que consagra el art. 31-1 de la Constitución; y, finalmente, que, como dice la sentencia del Pleno de Este Tribunal Supremo de 15-6-1987, el resarcimiento podría tener cabida «... cuando la aplicación de una Ley –no tributaria, por lo antes dicho– conforme a la Constitución, produzca unos graves y ciertos perjuicios, y que en el Ordenamiento legal que rige en nuestra Patria encontraría su respaldo y cauce legal en los arts. 9.º de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado», lo cual constituye la tercera vía a que anteriormente se ha hecho referencia.”

Una vez transcrita su doctrina principal, deben subrayarse de ella estas dos notas, La primera es que en la tercera vía del sacrificio especial parece estar presente el criterio asumido por la última fase de evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y sustentado en la remisión presunta de toda ley a los principios del ordenamiento jurídico y, entre estos, el de igualdad ante las cargas públicas. Y la segunda es que se mantiene, como se ha dicho, el respaldo legal que significan los artículos 9 CE y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

El tercer momento: la publicación de la Ley 30/1992 y el giro jurisprudencial volviendo de nuevo a la tradicional posición contraria a la responsabilidad del Estado legislador.

El artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común [LRJ/PAC], significa un nuevo hito en la evolución jurisprudencial por estas dos razones. Por un lado, constituye un reconocimiento del propio legislador de la posibilidad de exigencia de responsabilidad patrimonial por actos legislativos. Y, por otro, establece unos límites o condicionamientos jurídicos a dicha posibilidad porque exige atenerse a lo que establezcan los propios actos legislativos.

Así es porque el precepto tiene este contenido:

“Las Administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen estos.”

La STS de 30 noviembre de 1992 (Ar. 1992\8769), desestimatoria de la pretensión indemnizatoria deducida por un funcionario a causa de su jubilación, se hace eco de la nueva Ley 30/1992, aunque los hechos litigiosos sean anteriores a ella.

Y construye una nueva doctrina en la que principalmente se argumenta: (i) la insuficiencia del artículo 9 CE para justificar la responsabilidad del Estado Legislador, por ser necesario un desarrollo legislativo; (ii) la inaplicabilidad de la cláusula de responsabilidad prevista para la Administración en el artículo 106.2 CE; (iii) la no aplicación al caso de las soluciones del Derecho Comparado, por no darse en el caso enjuiciado los presupuestos exigidos en dichos sistemas para que proceda la responsabilidad del legislador; (iv) el valor de simple reflexión dirigida al legislador que ha de darse a las declaraciones de las SsTC 108/1986, 99/1987; y 70/1988; (v) que las precedentes sentencias del TS favorables a la responsabilidad por actos legislativos, expresamente invocadas por el recurrente, habían sido desestimatorias y su doctrina no era vinculante y, además, había otras anteriores, que habían sido igualmente desestimatorias.

La nueva doctrina está contenida en los FFJJ segundo a octavo:

*“**TERCERO.**– El art. 9.3 de la Constitución establece, efectivamente, que la Constitución garantiza la responsabilidad de los poderes públicos, pero así como la responsabilidad por actos de la Administración es objeto de un tratamiento concreto en el art. 106.2, dentro del Título IV, bajo la rúbrica «Del Gobierno y de la Administración», y los de la Administración de Justicia en su art. 121, en el Título VI, bajo el epígrafe «Del poder judicial», en cambio la posible responsabilidad por actos de aplicación de las leyes no tiene tratamiento específico en el texto constitucional. Además, el art. 106.2 establece el derecho de los particulares a ser indemnizados en los términos establecidos por la ley, que no necesitaba de desarrollo legislativo por ser históricamente la primera en ser reconocida –art. 21 de la Constitución de 1931*

(RCL 1931\1645), art. 129 de la Ley Municipal de 31-10-1935 (RCL 1935\1913), arts. 405 y siguientes de la Ley de Régimen Local de 1955 (RCL 1956\74, 101 y NDL 611), y 376 y siguientes del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17-5-1952 (RCL 1952\856, 1642 y NDL 610)- y hallarse ya regulada en la actualidad en los arts. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954\1848 y NDL 12531) y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y lo mismo sucede con la responsabilidad de la Administración de Justicia, que no tiene otro antecedente que la responsabilidad de Jueces y Magistrados exigible de conformidad con el procedimiento regulado en los arts. 903 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a la que el art. 121 de la Constitución dispone también, pese a que el mismo ya concreta los casos en que procede, que el derecho a la indemnización por el Estado lo será de conformidad con la Ley, desarrollo legislativo que tuvo lugar en los arts. 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375). Pues bien, si la exigencia de responsabilidad por actuaciones de la Administración o de órganos de la Administración de Justicia, aunque objeto de un tratamiento más completo en los arts. 106.2 y 121 de la Constitución, los mismos se remiten, y por tanto hacen necesario, un previo desarrollo legislativo, en la posible responsabilidad derivada de actos de aplicación de las leyes, que hasta ahora cuenta únicamente con el enunciado genérico del art. 9.3 del Texto Constitucional, la necesidad de un previo desarrollo legislativo que determine en qué casos procede y qué requisitos son exigibles parece más indispensable en este caso, por faltar cualquier antecedente histórico o regulación que posibilite una decisión sobre tales cuestiones, razón suficiente para la desestimación del recurso.

CUARTO.- *Si se estimara, contrariamente a lo antes razonado, que el art. 9.3 de la Constitución es de inmediata aplicación, la primera cuestión a resolver, a falta de desarrollo legislativo, sería fijar las normas aplicables para determinar en qué casos y cuáles habrían de ser los requisitos para exigir esa responsabilidad, con las siguientes posibles soluciones: aplicación analógica de las normas que regulan la responsabilidad de la Administración -arts. 106.2 de la Constitución, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado-, que, quizá por admitir una amplia responsabilidad objetiva, es la que fundamentalmente se invoca en la demanda; la prevista en el art. 121 de la Constitución y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; la extracontractual del art. 1902 del Código Civil, o la elaboración por la jurisprudencia de los casos y requisitos en que es exigible dicha responsabilidad. Con independencia de las dificultades y problemas que la analogía presenta, lo*

cierto es que la responsabilidad a que se refieren los arts. 106.2 de la Constitución, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado está referida al funcionamiento de los servicios públicos prestados por la Administración, en cuyo concepto difícilmente tiene cabida la elaboración de Leyes por los órganos legislativos o su aplicación en los estrictos términos que en las mismas se establece; otro tanto puede decirse de la prevista en los arts. 121 de la Constitución y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, limitada a los casos de error judicial, al que, a lo sumo, podría equipararse el error o inconstitucionalidad de la Ley, que no se da en este caso, o anormal funcionamiento de los órganos a los que corresponde la aplicación de la Ley, que ni siquiera se ha invocado; la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código Civil ha sido objeto de una amplia y progresiva interpretación jurisprudencial, tanto en el sentido de objetivarla cada vez más como en el abanico de los daños y perjuicios indemnizables –daño emergente, lucro cesante, daños morales–, pero sin llegar a prescindir del requisito de la culpa o negligencia que aquel precepto exige, que hace totalmente inviable su aplicación analógica al caso que examinamos; por último, a los Jueces y Tribunales incumbe la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y, muy especialmente al Tribunal Supremo unificar criterios interpretativos, por lo que, al margen de casos puntuales en que se puedan suplir, aplicando la analogía o los principios generales del derecho, omisiones en aspectos concretos de la norma jurídica, resulta inadmisibles que, sustituyendo al legislador, sean los órganos del Poder Judicial los que regulen la posible responsabilidad derivada de la aplicación de las leyes mediante una elaboración jurisprudencial que carece de cualquier antecedente legislativo.

QUINTO.– *Admitamos como hipótesis que los anteriores razonamientos son inaceptables y que, en consecuencia, debe resolverse sobre los casos en que es procedente la indemnización de daños y perjuicios por actos de aplicación de la Leyes. A falta de antecedentes legislativos o jurisprudenciales que fijen criterios concretos y ante la disparidad de los propuestos por la doctrina, el derecho comparado nos ofrece dos soluciones: de una parte, países sin un órgano que controle la constitucionalidad de las leyes, como Francia, en que la responsabilidad del Estado legislador se ha venido elaborando con base en «arrets» del Consejo de Estado que han contemplado casos concretos, muy individualizados en cuanto a las personas supuestamente afectadas por los daños y perjuicios y con la exigencia de que éstos sean de naturaleza especial, que no podría invocarse como soporte para generalizar la responsabilidad a los daños y perjuicios derivados de la aplicación de cualquier Ley no expropiatoria ocasionados en meras expectativas de derechos, en los derechos no consolidados por estar pendientes para su perfeccionamiento del*

cumplimiento o incumplimiento de una condición, etc.; de otra, países con órganos que controlan la constitucionalidad de las leyes, en el que habría de incluirse el nuestro, en el que unos la limitan a los casos en que la ley hubiera sido declarada inconstitucional y otros exigen que sea la propia ley la que establezca dicha responsabilidad, en ninguno de cuyos casos se encuentra, por supuesto, el que aquí se examina, pues el Tribunal Constitucional ha declarado en las sentencias ya citadas la constitucionalidad de los preceptos de las Leyes que adelantaron la edad de jubilación forzosa de los funcionarios públicos, Jueces y Magistrados y Profesores de EGB y en las mismas nada se establece en orden a la indemnización por daños y perjuicios derivados de su aplicación.

SEXTO.– *Supongamos que también las leyes que expresamente han sido declaradas ajustadas a la Constitución pueden generar responsabilidad por actos de aplicación de las mismas, en cuyo caso sería necesario decidir si sólo los bienes y derechos lesionados deben ser indemnizados o deben extenderse a las expectativas de derechos, derechos sujetos a condición u otros similares. Sobre esta cuestión es de señalar que el art. 405 de la Ley de Régimen Local de 1955 se refería a la lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos; en el mismo sentido se expresan los arts. 106.2 de la Constitución y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, en todos los casos se hace expresa referencia a daños y perjuicios en bienes y derechos, categoría jurídica de la que carecen las expectativas de derechos, derechos condicionales y demás similares. Intencionadamente ha quedado para el final la invocación que se hace del art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, al afirmarse que según dicho art., en relación con el 1.º de dicha Ley, también serían indemnizables los intereses patrimoniales legítimos, a lo que debe objetarse que en sus arts. 3 y 4 se relacionan como interesados a los propietarios, titulares de derechos reales o intereses económicos sobre la cosa expropiada y arrendatarios de la misma, por lo que, si en este caso no existen bienes o derechos que hayan sido objeto de expropiación, naturaleza expropiatoria de los preceptos legales que adelantan la edad de jubilación que ha sido negada por el Tribunal Constitucional, no parece que pueda ampararse en dichos preceptos la indemnización solicitada con base en la frustración de meras expectativas de derecho, además de que, admitir lo contrario conduciría a una petrificación legislativa para evitar las importantes consecuencias económicas de modificaciones que pretendan adaptar la legislación anterior, dentro del marco constitucional, a las nuevas circunstancias políticas, económicas y sociales, cuando, como ocurre con frecuencia, conllevan una privación de expectativas generadas por las Leyes que se modifican –supresión o modificación en la ubicación geográfica de órganos administrativos o judiciales, modificaciones de plantillas o del régimen de ascensos, limitaciones en cuanto a las personas a las que la legislación anterior reconocía el derecho a subrogaciones arrendaticias, etc.–.*

SEPTIMO.— *Las Sentencias del Tribunal Constitucional números 108/1986, de 29 junio; 99/1987, de 11 junio, y 70/1988, de 19 abril, que examinaron la constitucionalidad de los preceptos de las leyes que anticipaban la edad de jubilación de Jueces y Magistrados, funcionarios públicos y Profesores de EGB, después de negar que los mismos vulneren los arts. 9.3, 33.3 y 35 de la Constitución, afirmando que no hay privación de derechos, sino alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible, dice a continuación que «esto no impide añadir que esa modificación legal origine una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación», siendo de señalar a este respecto que, de una parte, el modo verbal empleado no supone el reconocimiento de un derecho a ser indemnizados por dicho motivo, como alega el recurrente, ya que más bien parece una reflexión dirigida al propio legislador; de otra, que las Leyes de Presupuestos para los años 1985 y 1989 ya establecieron un sistema de indemnización para los funcionarios jubilados anticipadamente, cuya denominación y contenido no podemos examinar, ni tampoco se estima necesario plantear cuestión de inconstitucionalidad de las mismas, que de forma condicionada se pide en el otrosí de la súplica de la demanda, pues la conclusión a que se llega en el recurso, por las razones que se exponen, es que no procede la indemnización solicitada. Tampoco las que se citan del Tribunal Supremo en Pleno amparan la pretensión ejercitada, pues en las mismas se resolvió exclusivamente que la competencia en vía administrativa para decidir las reclamaciones efectuadas al Consejo General del Poder Judicial correspondía al Consejo de Ministros, sin que los razonamientos en que pudieran fundamentarse algunas de ellas vinculen en absoluto la decisión sobre la cuestión de fondo que ahora se resuelve. Por el contrario, además de otras Sentencias (...) constitucionales, como las de 22-5-1970 (RJ 1970\2682), 1 febrero y 12 noviembre 1971 (RJ 1971\465 y RJ 1971\4808), 30-9-1972 (RJ 1972\4140) y 29-1-1974 (RJ 1974\654), relativas a las medidas adoptadas respecto de las compañías aseguradoras de accidentes de trabajo en cumplimiento de lo dispuesto por el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de 21-4-1966 (RCL 1966\734 y 997), después de la Constitución, las SSTs 10-6-1988 (RJ 1988\4864), en relación con la Ley de Amnistía de 15-10-1977, y 11-10-1991 (RJ 1991\7784), referente a leyes que modificaban el régimen de publicidad e impositivo de bebidas alcohólicas hasta entonces vigente, desestimaron la reclamación de daños y perjuicios formulada por razón de supuestos perjuicios derivados de la aplicación de dichas Leyes.*

OCTAVO.– *Por último, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992\2512), publicada en el BOE de fecha 27 de los corrientes, no vigente pero orientativa de la voluntad del legislador al regular por vez primera esta materia, limita la indemnización a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos en un triple aspecto: 1.º que no tengan el deber jurídico de soportarlos; 2.º que se establezca en los propios actos legislativos, y 3.º que la indemnización tendrá lugar en los términos que se especifiquen en los propios actos, requisitos exigidos por su art. 139.3 que, de estar vigente, excluiría por supuesto la indemnización pretendida.”*

La STS de 1 de marzo de 1996 (Recurso 6891/1992- Ar 1996\2042) reitera la doctrina anterior.

Lo hace en una pretensión ejercitada, por titulares de concesiones administrativas para la explotación de de Estaciones de Servicio adscritas al régimen del Monopolio de Petróleos, frente al Real Decreto-ley 4/1988, de 4 de junio, que redujo las distancias mínimas obligatorias que deben respetarse en instalaciones de venta de gasolinas y gasóleos de automoción. Pretensión que desestima invocando la STS de 30 de noviembre de 1992, señalando que su doctrina ha sido reiterada en otras posteriores y añadiendo que tampoco puede mantenerse que el RDL 4/1978 tenga naturaleza expropiatoria de bienes y derechos.

Resume en su FJ tercero esa anterior doctrina así:

“Los recurrentes fundamentan su pretensión indemnizatoria en el principio de la responsabilidad del Estado por actos procedentes del Poder Legislativo, con cita del artículo 9.1 de la Constitución, que establece que todos los poderes públicos están sujetos a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y de las Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 15 julio y 25 septiembre 1987 (RJ 1987\10105 y RJ 1987\10107). El problema de la responsabilidad del Estado legislador fue objeto de consideración por la Sentencia del Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 noviembre 1992 (RJ 1992\8769), dictada con motivo de las reclamaciones de indemnización que formularon los funcionarios públicos como consecuencia de la norma con rango de Ley que anticipó la edad de su jubilación forzosa (artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 agosto [RCL 1984\2000, 2317, 2427 y ApNDL 6595],

y preceptos equivalentes de otras Leyes dictadas para ámbitos diferentes), sentencia confirmada después por otras muchas (bastando mencionar al respecto las de 15, 18, 20 y 22 enero 1993) (RJ 1993\81, RJ 1993\902, RJ 1993\324 y RJ 1993\301), resoluciones posteriores a las invocadas por los recurrentes y en las que se abordó directamente la cuestión que nos ocupa. Pues bien, sin necesidad de reproducir íntegramente la argumentación de dichas sentencias, bastará recordar, en relación con la invocación del artículo 9 de la Constitución para intentar derivar de dicho precepto la responsabilidad del Estado por los actos del Poder Legislativo, que ni el principio de sumisión de los poderes públicos al ordenamiento jurídico (apartado primero), ni la garantía de su responsabilidad (apartado tercero), determinan la directa exigencia de una responsabilidad al Estado legislador sin un previo desarrollo por norma con rango de Ley, como los artículos 106.2 y 121 de la Norma Fundamental requieren en relación con el funcionamiento de los servicios públicos que dependen del Gobierno y la Administración y con las actuaciones del Poder Judicial. El señalado desarrollo legislativo ha tenido lugar en virtud de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre (RCL 1992\2512), precepto que por razón de la fecha de su entrada en vigor no es aplicable al supuesto enjuiciado, pero que, si lo fuera, tampoco daría lugar a la concesión de la indemnización que se postula con base exclusivamente en el artículo 9 de la Constitución, ya que sólo permite declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por la aplicación de actos legislativos no expropiatorios de derechos y que los particulares no tengan la obligación de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos. En suma, la indemnización que se solicita no puede otorgarse con fundamento en lo prevenido en el artículo 9 de la Constitución.”

El cuarto momento: un nuevo cambio de rumbo jurisprudencial con el decidido reconocimiento por el Tribunal Supremo de la posibilidad de exigir responsabilidad al Estado legislador.

Este cuarto momento se inicia a partir de 1993, mediante unas líneas jurisprudenciales que reconocen estas dos posibilidades o manifestaciones de responsabilidad patrimonial por actos legislativos: (i) la derivada de actos legislativos “*licitos*” y (ii) la proveniente de actos legislativos “*ilícitos*”, esto es, incursos en inconstitucionalidad o en violación del derecho de la Unión Europea.

(i) La responsabilidad patrimonial por actos legislativos “*licitos*”.

La ha declarado el Tribunal Supremo en los casos de leyes que imponían sacrificios singulares en los derechos o intereses económicos de determinadas personas o colectividades y, por tal razón, comportaban para todas ellas unos perjuicios que no experimentaba la generalidad de la ciudadanía; y su justificación se ha asentado por ello en el principio de igualdad ante las cargas públicas (artículo 31.1 CE).

Por tanto, esta específica manifestación de responsabilidad del Estado legislador se ha inspirado en el modelo francés, representado por esa doctrina del Consejo de Estado del país vecino antes recordada que ha concluido que el silencio del legislador no basta para excluir su responsabilidad cuando el contenido de las leyes lleva aparejado un resultado lesivo para determinadas personas o colectividades que es contrario a concretos principios del ordenamiento jurídico (y de manera más concreta a ese principio que acaba de mencionarse de igualdad ante las cargas públicas).

Esa ha sido su principal justificación que, como ha subrayado el Magistrado del Tribunal Supremo don Segundo MENÉNDEZ PÉREZ ¹⁵, ha utilizado también como títulos de imputación el de confianza legítima y estos otros estrechamente relacionados con él: el de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares y el de seguridad jurídica.

▪ Su principal y primera expresión lo fueron las SsTS de 5 de marzo de 1993 y 27 de junio de 1994, que reconocieron el derecho a ser indemnizadas a las empresas pesqueras que efectuaron importantes inversiones impulsadas por el estímulo que significaba el cupo de exención de aranceles dispuesto por normas españolas para los productos pesqueros de empresas conjuntas establecidas entre personas físicas o jurídicas de España y terceros países y, posteriormente, vieron perdido ese beneficio como consecuencia del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea (ratificado por Ley Orgánica 10/1985, de 10 de agosto).

15 COMENTARIOS A LA LEY 30/1992, VVAA, Lex Nova Thomson Editores, 2013, pags 868 y ss.

Esa STS de 5 de marzo de 1993 se expresó así:

«Se impugna, a medio del recurso contencioso-administrativo que decidimos, el Acuerdo del Consejo de Ministros, de fecha 30-6-1989, en cuya virtud fue desestimada la reclamación de daños y perjuicios formulada por la sociedad demandante, al amparo de los arts. 106 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 2.b) de la reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en razón del cambio radical operado o por mejor decir introducido por el Tratado de Adhesión a la Comunidad Económica Europea, al disponerse, en el art. 168, la eliminación, a lo largo de un período de siete años, del sistema de cupos exentos de aranceles concedidos por el Reino de España para los productos de pesca procedentes de las empresas conjuntas constituidas entre personas físicas o jurídicas de España y de terceros países, arguyéndose sustancialmente y en síntesis, para basamentar la pretensión actualizada, que el específico ordenamiento vigente en España con anterioridad a la suscripción del aludido Tratado, representado fundamentalmente por el D. 2517/1976, de 8 octubre, más tarde sustituido por el RD 830/1985, de 30 abril, había reconocido, en desarrollo de una verdadera acción de fomento, importantes beneficios, entre ellos la exención del pago de derechos arancelarios y compensatorios variables del pescado capturado por los buques nacionales aportados o vendidos, a los armadores nacionales que participaran en empresas pesqueras conjuntas, y como quiera que tales Disposiciones habían determinado a la entidad actora a efectuar grandes inversiones, promoviendo y participando en empresas de aquella naturaleza, precisamente por los concretos beneficios prometidos, es por lo que la eliminación de los mismos, aunque se produzcan durante el período de siete años, como consecuencia de la firma del Tratado de Adhesión a la CEE, ha irrogado efectivos, evaluables económicamente e individualizados daños y perjuicios, que deben ser indemnizados, por concurrir las circunstancias o requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial del Estado.

(...)- El problema fundamental y primario que hemos de resolver en esta decisión, habida cuenta el planteamiento de orden general que dejamos expuesto en el párrafo anterior, es el relativo a la concreta determinación de la procedencia o, en su caso, improcedencia de la indemnización pretendida, cuya denegación defiende el Abogado del Estado, por entender, como el Consejo de Estado en su preceptivo informe, que la sociedad armadora recurrente carecía de un verdadero derecho adquirido para mantener incólumes sus importaciones exentas, pues se fijaban anualmente los correspondientes cupos y el Acta de Adhesión prevé «una reducción progresiva de

los contingentes de importación exentos durante siete años que guarda un principio de congruencia con la fijación de los contingentes exentos a que se refiere el RD 830/1985», ello aparte de que además suscitó el tema de la prescripción de las exenciones tributarias, y para dirimir la expuesta problemática hemos de traer a colación, en congruencia con las propias invocaciones de la parte demandante, tanto el art. 106 de la Constitución que estatuye en término de generalidad, la responsabilidad de los Poderes Públicos por la lesión que sufran los particulares por causa de la actividad de aquéllos, como los arts. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que concreta el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, y 2.b) de la Ley reguladora de nuestra Jurisdicción, el cual, aunque consigna que no corresponderán a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las cuestiones que afecten a las relaciones internacionales... se advierte, empero, «sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

(...)- La objetiva contemplación de los hechos, que se aducen como determinantes de la indemnización solicitada y que dejamos relatados suficientemente en la motivación primera, a la luz de la particular normativa expuesta en la precedente, determina o acredita la bondad de la pretensión deducida en el proceso, en cuanto se insta la indemnización, no ya en su particular cuantificación sobre la cual volveremos más adelante, pues bien se considere la eliminación de los cupos exentos del pago de derechos arancelarios y compensatorios variables, como resultado de las relaciones internacionales, desarrolladas por el Gobierno (en armonía con lo dispuesto en el art. 97 de la Constitución que le encomienda la dirección de la política exterior), al haberse alcanzado el acuerdo con la CEE mediante la suscripción del Tratado de Adhesión, en cuya virtud se cedió soberanía en materia de pesca, o incluso y más propiamente como consecuencia de las determinaciones de Poder legislativo, en cuanto las Cortes concedieron la autorización para la prestación del consentimiento del Estado, a medio de la LO 10/1985, de 2 agosto, es lo cierto que la sociedad actora, en desarrollo y ejecución de la indudable acción de fomento programada por el Gobierno de la Nación y materializada, entre otras disposiciones en el D. 8-10-1976 y RD 30-4-1985 contribuyeron a la creación de empresas pesqueras conjuntas y efectuó fuertes inversiones para su constitución, sujeta desde luego a la previa autorización administrativa, en ponderación de los concretos beneficios que se reconocían a los armadores españoles, como eran créditos a la exportación de buques de pesca en explotación (los cuales debían reunir los requisitos establecidos), cobertura de los riesgos de inversiones y sobre todo la importación de pescado con

exención del pago de derechos arancelarios y compensatorios variables, no siendo ocioso advertir, además, que la actividad gubernamental estaba inspirada por poderosas y variadas razones derivadas de las dificultades de la flota pesquera española para encontrar caladeros, una vez extendidas las aguas territoriales de los distintos países, y de la necesidad de abastecer el mercado interior, conservar los empleos de los pescadores, mantener la actividad de nuestros astilleros, etc. y si ésto es así, si los particulares acomodaron su actividad a la política de fomento plasmada en las Disposiciones más arriba reseñadas y si el propio Gobierno español, con las necesarias autorizaciones, promovió y dio lugar al Tratado de Adhesión suscrito por el Reino de España, en el que resultaron eliminados, aunque fuera progresivamente, los cupos exentos de arancel, que, según parece, era el mayor beneficio para las empresas pesqueras españolas, es visto como y cual anticipábamos al inicio de esta motivación, deviene procedente la indemnización cuestionada, habida cuenta, en primer lugar, la existencia de derechos o al menos intereses patrimoniales legítimos, cuyo sacrificio particular se impuso por las determinaciones que hemos relatado, sin que las respectivas sociedades tengan el deber jurídico de soportarlo, y además porque concurren cuantos requisitos exige nuestro ordenamiento para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, ésto es daño, no causado por fuerza mayor, efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que es consecuencia directa, (nexo causal), de los concretos actos que se aducen y que hemos examinado como determinantes de la lesión patrimonial, no debiéndose olvidar tampoco que el RD 830/1985 fue publicado y entró en vigor el día 6-6-1985, en tanto que el Tratado fue suscrito pocos días después, el 12 de iguales mes y año.

(...)- Las alegaciones articuladas por la contraparte en la contestación a la demanda, en cuanto aduce que resulta improcedente la indemnización solicitada en razón de que la sociedad actora carecía de un derecho adquirido para mantener incólumes sus importaciones exentas, devienen intrascendentes para alcanzar la desestimación postulada en el concreto caso que dirimimos, por cuanto, aunque diéramos por supuesta hipotéticamente la inexistencia de un auténtico y plenamente configurado derecho adquirido, por la anual fijación de los cupos exentos, la realidad es, repetimos, que el Gobierno desarrolló una muy concreta acción de fomento para la constitución de empresas pesqueras conjuntas, con los fines analizados con anterioridad, reconociendo a cambio unos particulares beneficios, representativos de intereses patrimoniales legítimos, y si éstos se interrumpen o disminuyen, cual ha sucedido, por la voluntad de los órganos competentes del Estado, en modo alguno cabe negar el subsiguiente derecho a la indemnización correspondiente, la cual además estaría incluso avalada, tanto por los principios de la buena fe que debe inspirar la relación de la Administración con los particulares y de la seguridad jurídica,

como por el equilibrio de prestaciones que debe existir entre una y otros en el desarrollo de relaciones, como las que contemplamos, preestablecidas y con finalidad determinada, aunque, en otro orden de ideas, parece que también puede afirmarse la existencia, no de meras expectativas, sino de verdaderos derechos adquiridos para alcanzar los beneficios establecidos, pues los cupos exentos, aunque se fijen anualmente por la Dirección General de Ordenación Pesquera, han de señalarse atendiendo al «... pescado capturado por los buques nacionales aportados o vendidos por empresas pesqueras españolas a las conjuntas que hayan constituido» [arts. 3.c) del D. 2517/1976 y del RD 830/1985], lo cual quiere decir en realidad, que las aludidas empresas españolas eran portadoras no ya sólo como decíamos de intereses patrimoniales legítimos, sino también de un derecho, en cuanto lo tienen acreditado para disfrutar del correspondiente cupo, sea en mayor o menor medida, con interdicción, desde luego, de toda arbitrariedad y aunque haya de fijarse preceptivamente todos los años, sin olvidar que la entidad demandante no ejercita una pretensión de reconocimiento de un derecho adquirido, sino una pretensión indemnizatoria por lesión producida con ocasión de la adopción de actos emanados del Poder legislativo o de medidas no fiscalizables en vía contencioso-administrativa; debiendo señalar finalmente que igual suerte desestimatoria han de seguir las alegaciones formuladas en la contestación a la demanda en derredor de la vigencia limitada a cinco años a las exenciones Tributarias, toda vez que ni en el proceso se pide, como decíamos, la restitución, por tener derecho adquirido a ello, de unas exenciones tributarias, ni estamos en presencia de puras relaciones de la misma naturaleza, en las que podría desplegar sus efectos la prescripción, sino que se trata, en el caso cuestionado, de relaciones jurídico-administrativas, derivadas de una política de fomento, de carácter dinámico y de naturaleza y contenido distintos, en las que no cabe la aplicación de la aducida prescripción, máxime cuando y como se reconoce expresamente, los cupos exentos son fijados anualmente. »

- Su segunda manifestación lo fueron las SsTS de 17 de febrero de 1998 (Apelación 327/1993), 9 de febrero de 1999 (Casación 340/1993) y STS de 26 de noviembre de 1999 (Casación 9375/1995) y la de 30 de junio de 2001, que reconocieron el derecho a la indemnización de los perjuicios consistentes en la privación de aprovechamientos urbanísticos ya adquiridos que se produjeron como consecuencia de una Ley del Parlamento de las Islas Baleares que declaró un área natural de especial interés.

Para ello invocaron como marco general de enjuiciamiento los criterios presentes en la jurisprudencia favorable a la responsabilidad del Estado legislador plasmada en la STS de 3 de marzo de 1993, entre ellos el relativo a la privación de derechos ya adquiridos, y, también, las específicas previsiones contenidas en la legislación urbanística sobre indemnización de aprovechamientos urbanísticos ya adquiridos que son objeto de privación o despojo como consecuencia de un cambio de la ordenación del suelo.

▪ Una tercera manifestación de la reparación indemnizatoria que merecen los sacrificios singulares impuestos por las leyes es la que se contiene en la STS de 22 de junio de 2015 (Casación 3410/2013), que se refiere a las consecuencias negativas que puede sufrir un particular en el ejercicio de sus titularidades reales sobre un determinado inmueble cuando la Administración acuerde sobre el mismo las denominadas “cautelares arqueológicas” que se regulan en el artículo 43 de la Ley 16/1985, de 25 de junio de Patrimonio Histórico Español.

Este artículo 43 establece lo siguiente:

“La Administración competente podrá ordenar la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas en cualquier terreno público o privado del territorio español, en el que se presuma la existencia de yacimientos o restos arqueológicos, paleontológicos o de componentes geológicos con ellos relacionados.

A efectos de la correspondiente indemnización regirá lo dispuesto en la legislación vigente sobre expropiación forzosa”

El precepto, como se ve, habilita a la Administración para ejecutar sobre terrenos privados excavaciones o prospecciones arqueológicas cuando presume en ellos la existencia de elementos de dicha naturaleza, y admite que esa actuación administrativa pueda generar una obligación indemnizatoria cuyo reconocimiento remite genéricamente a “la legislación vigente sobre expropiación forzosa”

Pues bien, lo que hace esa mencionada STS de 22 de junio de 2015 es aclarar que el sacrificio particular que habrá de ser indemnizado podrá consistir no solo en una privación de bienes y derechos que merezca la consideración de expropiación, sino también en cualquier clase de daños y perjuicios que, pese a no representar esa privación expropiatoria, sí encarne, para el titular del terreno afectado, un sacrificio singular que no sufren o experimentan la generalidad de los ciudadanos.

Esto es, el TS aclara que las consecuencias negativas para el titular de ese terreno afectado podrán consistir en una privación de derechos o bienes o en otra clase de daños o perjuicios y, consiguientemente, la indemnización regulada en ese precepto podrá ser, bien la inherente al instituto de la expropiación, o bien la correspondiente a la distinta figura institucional que representa la denominada “responsabilidad patrimonial de la Administración pública”.

Y lo explica así:

“Conviene empezar por destacar que producido el hallazgo casual de restos arqueológicos, la Administración autonómica estaba obligada a adoptar medidas en orden al descubrimiento y la preservación de estos, ordenando la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas así como las medidas y obras necesarias para preservarlos, tal y como acordó en su día la Consejería de Cultura de la Junta de Galicia, de acuerdo con lo establecido en los artículos 46 CE , 1.2 y 40.1 LPHE”

(...)

La cuestión radica en si los perjuicios causados por tales medidas deben ser indemnizados o, en términos más concretos, si los particulares afectados tienen el deber jurídico de soportarlos por tratarse de una limitación general impuesta por la ley y proporcionada al fin que se persigue o, si por el contrario, se trata de una limitación singular que implica un sacrificio desproporcionado para los afectados.

A tal efecto, debe tomarse en consideración que la entidad mercantil (...) era titular de varias parcelas y el 25 de mayo de 2006 se concedió licencia de obras para urbanizar y edificar en el ámbito de la Unidad de Actuación I-06 Rosalía de Castro 2 de Vigo. La Unidad de Actuación no se encontraba incluida dentro de ningún ámbito de protección histórico cultural de los expresamente delimitados por el Plan General de ordenación Urbana del Ayuntamiento de Vigo, aprobado el 29 de abril de 1993, ni se encontraba afectada por ninguna zona de protección del patrimonio cultural.

La Junta de (...) dictó diferentes resoluciones administrativas ordenando medidas de protección del patrimonio arqueológico que impidieron la iniciación de las obras de urbanización y edificación de dicho ámbito, limitación que paralizó la actividad durante casi tres años cuando el plazo de finalización de las obras estaba previsto en 24 meses, según los arquitectos directores de obra.

La paralización de las obras de urbanización y construcción en un periodo tan dilatado de tiempo, excede con mucho de los plazos previstos tanto en la Ley del Patrimonio Histórico Español para adoptar medidas de protección del patrimonio (el artículo 37.2 fija el plazo de suspensión de una obra por un mes y el art. 25 establece un plazo de seis meses para suspender la demolición o cambio de uso y la tramitación de un plan para su protección) y el artículo 59.4 de la Ley Patrimonio Cultural de Galicia 8/1995 de 30 de octubre establece que

“La Consejería de Cultura o, en su caso, los Ayuntamientos respectivos, podrán ordenar la interrupción inmediata de las obras en el lugar objeto de un hallazgo casual por un plazo máximo de un mes, a fin de llevar a cabo los trabajos arqueológicos que considerasen necesarios”,

y, por lo tanto, una paralización como la que nos ocupa implica un sacrificio singular para los afectos en aras al interés general representado por la preservación del patrimonio arqueológico que ha de ser indemnizado.

A los efectos de obtener una indemnización por los daños que puedan producirse como consecuencia de las medidas adoptadas para la protección del patrimonio arqueológico, el artículo art. 43 de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español, permite que la

“Administración competente ordene la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas en cualquier terreno público o privado del territorio español, en el que se presuma la existencia

de yacimientos o restos arqueológicos, paleontológicos o de componentes geológicos con ellos relacionados”

pero el propio precepto establece que

“A efectos de la correspondiente indemnización regirá lo dispuesto en la legislación vigente sobre expropiación forzosa”.

La Junta considera, sin embargo, que no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español, pues la indemnización prevista en dicho precepto no puede reconducirse a la responsabilidad patrimonial de la Administración sino a la indemnización por privación de bienes y derechos y, argumenta, además, que la Comunidad Autónoma de Galicia dispone de su propia norma, la Ley del Parlamento de Galicia 8/1995 de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de Galicia al haber asumido las competencias en materia de patrimonio monumental (art. 148.1.16 de la Constitución en relación con el art. 27.19 del Estatuto de Autonomía de Galicia aprobado por LO 1/1981) lo que implica el desplazamiento de la norma estatal por la norma autonómica, lo que determina la inaplicación del art. 43 de la Ley 16/1985 (LA LEY 1629/1985), sin que la norma autonómica contenga previsión indemnizatoria semejante.

Conviene empezar por señalar que la remisión que el artículo 43 de la Ley de Patrimonio Histórico Español a la ley vigente sobre expropiación forzosa no es, como pretende la Junta, a los solos efectos de su expropiación sino también a los efectos de valorar la indemnización que pudiera derivarse de dicha actuación, pues la remisión a la normativa valorativa de la ley de Expropiación Forzosa no se hace tan solo para los supuestos de expropiación sino para valorar los daños y perjuicios que los particulares sufran en sus bienes y derechos. No es preciso profundizar en la estrecha vinculación de las normas valorativas en materia de expropiación forzosa con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas que ya se consagró en el art. 121 de la LEF, vinculación que subsiste en nuestros días en el art. 21 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio »

Por tanto, esta STS de 22 de junio de 2006 (Casación 3410/2013) que acaba de mencionarse aborda también la cuestión de la responsabilidad del Estado legislador por los sacrificios singulares que una norma legal pueda imponer a determinadas personas. Pero, a diferencia de las que antes se han mencionado, no colma el silencio de la ley sobre la reparación de esos específicos perjuicios, pues lo que hace es aclarar o interpretar sus mandatos genéricos en materia de indemnización, para que esta resulte procedente tanto en actuaciones expropiatorias como en las que, no teniendo este carácter, exterioricen un sacrificio singular.

Y debe añadirse que su doctrina se invoca en la posterior STS de 5 de octubre de 2015 (Casación 799/2014), aunque la controversia enjuiciada sea diferente en razón de la distinta normativa autonómica que resulta de aplicación.

(ii) La responsabilidad patrimonial derivada de actos legislativos “ilícitos” por estar incursos en inconstitucionalidad o en violación del Derecho de la Unión Europea.

La jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad derivada de leyes inconstitucionales se inició con la larga serie de sentencias que, a partir de la primera de STS de 29 de febrero de 2000, estimaron la devolución de las cantidades pagadas por un gravamen complementario de la tasa de los juegos de suerte envite y azar, creado por un precepto de la Ley 5/1990 como gravamen específico de las máquinas del juego, que la STC 173/1996 declaró inconstitucional.

Y la misma doctrina ha sido aplicada, como más adelante se detallará, a las consecuencias derivadas de la declaración de inconstitucionalidad de otras tantas leyes (el artículo 61 de la antigua LGT que establecía el recargo para las declaraciones fuera de plazo; la Disposición adicional vigésima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1989, sobre el pase a la situación de segunda actividad de los funcionarios del Cuerpo Superior de Policía; y el Real Decreto-Ley 5/2002 de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema

de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad, que redujo la obligación indemnizatoria empresarial correspondiente a los despidos declarados improcedentes).

La jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad derivada de leyes que incurrieran en violación de los derechos a particulares reconocidos por el ordenamiento de la Unión Europea, que también se expondrá posteriormente de manera más concreta, tuvo su principal e inicial expresión en la STS de 12 de junio de 2013 (recurso 46/1999), que condenó a la Administración General del Estado a indemnizar a Canal Satélite Digital S.L los daños sufridos como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión Europea producida por el Real Decreto Ley 1/1997, de 31 de enero, y la Ley 17/1997, de 3 de mayo.

Esa jurisprudencia fue modulada por las SsTS de 29 de enero de 2004 (Casación 52/2002) y 24 de mayo de 2005 (Casación núm. 73/2003).

Y dicha modulación fue rectificada, siguiendo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2010, por las SSTS de 17 de septiembre de 2010 (recursos 373/2006, 14972007 y 153/2007).

2. El cuadro final resultante de la tipología de la responsabilidad del Estado legislador diferenciada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁶.

Ese cuadro final resultante para la responsabilidad patrimonial del Estado legislador es reconducible, como resulta de todo cuanto se acaba de exponer, a los cuadros generales clasificatorios de las obligaciones reparatorias de la

16 Dicho cuadro resultante refleja la posición del TS favorable al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, es decir, la solución que sobre dicha cuestión ha prevalecido en el **nivel jurisprudencial** a cuyo análisis está referido el presente estudio.

Pero debe destacarse que, en el **nivel doctrinal**, esa solución favorable de la jurisprudencia ha sido objeto de una viva polémica en términos similares a la que, como ya ha sido expuesto, se dió en Francia, pues dentro de los principales administrativistas españoles ha habido un alineamiento en posiciones abiertamente enfrentadas. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA se ha manifestado de manera enérgica en contra del reconocimiento de la responsabilidad del Estado Legislador (en su ya citada obra “*Curso de Derecho Administrativo*” y en su monografía “*La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*” publicada en THOMSON-CIVITAS; y, por el contrario, GARRIDO FALLA manifestó su opinión favorable en su trabajo “*SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR*” (Revista de Administración Pública núm. 118 Enero-abril 1989).

Administración pública por daños patrimoniales causados al ciudadano que la doctrina administrativa general ha venido estableciendo.

Así, hay una primera diferenciación que permite separar (I) la responsabilidad patrimonial derivada de las *leyes con contenido expropiatorio* y (II) la responsabilidad patrimonial dimanante de *actos legislativos no expropiatorios*.

A su vez, dentro de la responsabilidad patrimonial por *leyes no expropiatorias*, ha de distinguirse entre (A) la procedente de actos legislativos “*lícitos*” (esto es, leyes plenamente constitucionales y conformes con el Derecho de la Unión Europea) pero que imponen *sacrificios singulares* a concretas personas o colectividades y (B) la que proviene de actos legislativos “*ilícitos*”.

Finalmente, la responsabilidad patrimonial por actos legislativos “*ilícitos*” tiene esta doble manifestación: (i) la dimanante de leyes declaradas *inconstitucionales*; y (ii) la generada por leyes *que desconocen los derechos reconocidos a los particulares por el Derecho de la Unión Europea*.

En lo que hace **al título o fundamento** invocado para justificar cada una de estas modalidades de *responsabilidad del Estado legislador*, también están presentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo los criterios que han dado sustento a las modalidades paralelas de *responsabilidad administrativa*: (1) la responsabilidad por *leyes expropiatorias* se ha apoyado en el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad y en su inherente garantía expropiatoria (artículo 33, apartados 1 y 3, CE); (2) la responsabilidad por actos legislativos “*lícitos*” *no expropiatorios* causantes de *sacrificios singulares* se ha asentado en el general principio de igualdad del artículo 14 CE y en la concreta aplicación de este principio al deber de todos al sostenimiento de las cargas públicas; y (3) la responsabilidad por los daños provenientes de *leyes inconstitucionales* o de *leyes contrarias al derecho de la Unión Europea* tiene su basamento en la nota de culpabilidad o reprochabilidad, inherente a todo ilícito, que ha conllevado la tradicional acción aquiliana de reparación de daños.

Por lo que se refiere al **modelo o técnica del Derecho Comparado** que ha inspirado cada una de esas modalidades jurisprudenciales de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, debe decirse que, en la dimanante de *leyes no expropiatorias "lícitas" causantes de sacrificios singulares*, se ha aplicado ese criterio final de la doctrina del Consejo de Estado francés que ha presumido en el silencio indemnizatorio de tales leyes una remisión a los principios generales del ordenamiento jurídico y, más particularmente , al principio de igualdad ante las cargas públicas.

En lo que hace a la determinación de lo que ha de entenderse *por leyes expropiatorias* y a la diferenciación de estas respecto de lo que son *regulaciones delimitadoras del contenido del derecho de propiedad y otros derechos de contenido económico*, ha estado presente el esquema que sobre esta dualidad existe en las Constituciones de Italia y Alemania.

Y en cuanto a la justificación de la responsabilidad procedente de los *ilícitos legislativos*, la influencia más decisiva ha sido la de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

* * * *

El que acaba de expresarse es, como ya ha sido avanzado, el cuadro final resultante de la tipología de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador diferenciada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Mas como cada uno de esos concretos tipos de responsabilidad patrimonial ha tenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo su propia dinámica o construcción, conviene referirse separadamente a los principales bloques jurisprudenciales directamente referidos a esos específicos y diferenciados tipos.

Y así se hace en los epígrafes que continúan, con la excepción del tipo que encarna la responsabilidad por *actos legislativos "lícitos" no expropiatorios causantes de sacrificios singulares*, porque para el conocimiento de la jurisprudencia establecida respecto de él por el Tribunal Supremo basta con lo que ya ha sido expuesto.

VII. RESPONSABILIDAD POR LEYES EXPROPIATORIAS Y LAS DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE DICHAS LEYES Y LAS REGULACIONES LEGALES DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD O DEL ESTATUTO FUNCIONARIAL

1. Consideraciones generales sobre las garantías constitucionales del derecho de propiedad y sobre las consecuencias que comportan para las leyes expropiatorias.

El derecho de propiedad es uno de los quicios sobre los que se asienta el modelo de convivencia democrática que, basado en las libertades individuales y en la soberanía nacional, alumbró la Revolución Francesa. De ahí que la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 dedicara uno de sus artículos, el 17, a su solemne reconocimiento y a establecer las rigurosas exigencias a que debía ser sometida su privación para que esta pudiese ser considerada válida y legítima. Así se expresa dicho artículo:

“Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización”.

Ese reconocimiento y su garantía ha pasado a los textos internacionales contemporáneos de derechos humanos, como lo evidencia el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 :

“1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

2 Nadie será privado arbitrariamente de su Propiedad”.

El artículo 33 la Constitución Española de 1978 se expresa en similares términos porque, de manera expresa, reconoce el derecho de propiedad. Pero no se limita a ese reconocimiento, pues también proclama su carácter limitado

por el condicionamiento a su función social, establece una reserva legal para la delimitación de su contenido y dispone las rigurosas exigencias o garantías del instituto de la expropiación:

- « 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*
- 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.*
- 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. »*

Y esta relevancia constitucional que tiene el derecho de propiedad comporta para las leyes de contenido expropiatorio estas dos principales consecuencias: (1) que la expresa exclusión de la garantía indemnizatoria en dicha clase de leyes permita apreciar una posible causa de inconstitucionalidad; y (2) que el silencio de las mismas sobre una compensación indemnizatoria deba conducir a la directa aplicación del sistema de justiprecio de la LEF.

2. Las principales cuestiones que suscitan las leyes expropiatorias.

Leyes expropiatorias lo son aquellas que, por sí solas y sin necesidad de un acto administrativo aplicativo, directamente determinan la privación de derechos o intereses individuales de naturaleza patrimonial.

Dentro de ellas se suele diferenciar entre Leyes expropiatorias de caso único (como lo fue el Real Decreto-ley que dispuso la expropiación del grupo RUMASA) y Leyes generales expropiatorias que disponen el despojo de determinadas clases de bienes o derechos (como hicieron la Ley de Aguas de 1985, que convirtió en demaniales todas las aguas continentales; y la Ley de Costas de 1988 que, no solo declaró de dominio público las playas y la zona marítimo terrestre, sino que amplió la extensión de ambas modalidades de ribera marítima)

Esas leyes expropiatorias plantean estas tres principales cuestiones. La primera es la de su posibilidad constitucional. La segunda es la concerniente a

la necesidad de que dichas leyes respeten al expropiado su derecho a la tutela judicial efectiva en lo relativo a la posibilidad accionar judicialmente frente a la determinación legislativa de que la “*causa expropriandi*” quede individualizada en los concretos bienes de su titularidad. Y la tercera es decidir los casos en los que debe atribuirse contenido expropiatorio a una determinada ley a los efectos de reclamar la correspondiente indemnización compensatoria.

Las dos primeras cuestiones fueron abordadas por el Tribunal Constitucional en estos dos grupos de sentencias: las SsTC 229/1988, de 29 de noviembre (sobre la Ley de Aguas) y 149/1991, de 4 de julio (sobre la Ley de Costas); y las SsTC 111/1983, 166/1986, 67/1988, 6/1991 y 149/1991 (sobre el caso RUMASA) ¹⁷.

La primera cuestión recibió del TC una respuesta favorable a la posibilidad constitucional de las Leyes expropiatorias siempre que estas respeten las garantías esenciales del artículo 33.3 CE; y, también, siempre que la singularidad de la privación patrimonial que es inherente a esas leyes expropiatorias tenga su justificación objetiva y razonable en una situación de hecho excepcional para la que resulte proporcionado el concreto despojo establecido.

Y la segunda, esto es, la referida a la debida garantía del derecho a la tutela judicial efectiva del expropiado, también recibió una respuesta afirmativa del TC, con el razonamiento de que el expropiado, en los procesos que inició ante la jurisdicción ordinaria, pudo instar a esta que hiciera el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad y también pudo interponer recurso de amparo. Mas esta segunda respuesta fue objeto de un voto particular que, entre otras cosas, señaló que la jurisdicción constitucional no forma parte del Poder Judicial y que el expropiado no tenía posibilidad de comparecer ante el Tribunal Constitucional para exponer directamente ante él su tesis. Y esta falta de audiencia directa del interesado ante el TC en la cuestión de constitucionalidad también motivó la sentencia de 23 de junio de 1993 del TEDH, condenatoria para España, y dio lugar, posteriormente, a una

17 Un comentario sobre estas cuestiones puede consultarse en SANCHEZ MORON, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte General, Quinta edición* 2009, pags 726 y 727; y en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II, Duodécima edición* 2011, pags 225 y s.:

modificación de la LOTC (por Ley 6/20907, de 24 de mayo) que permite personarse en el Tribunal Constitucional a las partes que en un determinado proceso jurisdiccional hayan solicitado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

La tercera cuestión, referida a cuando cabe apreciar contenido expropiatorio en una disposición general, es la que ha sido objeto de un especial tratamiento por el Tribunal Supremo en los términos que seguidamente se exponen.

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los casos en los que procede y no procede declarar la existencia de una ley con contenido expropiatorio.

3.1. El punto de partida legal: la amplia fórmula del artículo 1 de la LEF; y las notas positiva y negativa que configuran la privación singular que constituye la expropiación.

Ese artículo 1 de la LEF establece:

“Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social (...) en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o cualquier cesación de su ejercicio.”

La anterior fórmula legal, como ya con anterioridad se destacó, pone de manifiesto que en nuestro Derecho la institución expropiatoria es una garantía que abarca un amplio abanico de intereses patrimoniales, pues comprende titularidades o *derechos plenos* y también *facultades secundarias*, como así mismo meros “*intereses*” patrimoniales. Dicha amplitud, según han destacado los profesores EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-

RAMÓN FERNANDEZ¹⁸, significa la introducción de un nuevo concepto de expropiación forzosa que supera al tradicional limitado a la adquisición forzosa de inmuebles por razón de obras públicas.

Pero si el objeto sobre el que se puede proyectar la expropiación es claro, no lo es tanto la clase de abatimiento de dicho objeto que encarna la privación singular que determina legalmente la existencia de una efectiva expropiación. Así lo demuestra la jurisprudencia del TS, que demuestra una muy variada casuística y la dificultad en muchos casos de establecer las diferencias entre un verdadero despojo expropiatorio y otras situaciones que no merecen esa consideración a pesar de exteriorizar la modificación desfavorable del régimen aplicable a determinadas relaciones jurídicas estatutarias existentes con anterioridad.

Esa jurisprudencia, bastante variada como acaba de subrayarse, se ha movido entre estos dos polos o notas. Positivamente ha identificado el despojo expropiatorio con la ablación o mutilación absoluta de un determinado derecho 'patrimonial pleno, una facultad secundaria del mismo o un interés patrimonial. Y negativamente ha dejado fuera de la expropiación tanto a lo que solo son delimitaciones legales del contenido del derecho o privación de meras expectativas de derechos.

El cuadro así resultante, siguiendo a MESTRE DELGADO¹⁹, permite constatar estas *exclusiones jurisprudenciales*: los condicionamientos para el ejercicio de determinadas facultades directamente establecidos en la regulación legal del contenido de determinados derechos subjetivos y las meras expectativas de derechos todavía no adquiridos.

Y como *verdaderas leyes expropiatorias* las de ordenación territorial y urbanística que privan de aprovechamientos de esta última naturaleza que ya habían sido incorporados, de manera onerosa, al patrimonio de determinadas personas; y aquellas otras leyes que imponen prohibiciones permanentes de realizar determinados aprovechamientos

18 Ob. cit. pag 220.

19 *La Responsabilidad del Estado Legislador*, Cuadernos de Derecho Judicial 2004, núm. 2.

3.2. La asunción por el TS de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la diferencia existente entre *privación* de derechos patrimoniales y *regulación legal de su contenido*; y sobre el *contenido esencial* de los derechos como límite del legislador a la regulación de los mismos.

La doctrina del TC sobre las diferencias entre privación de derechos subjetivos y regulación legal de su contenido está básicamente contenida en la STC 227/1998, de 29 de noviembre; y la relativa al contenido esencial de los derechos como límite de su regulación la expresan las SsTC 37/1987, de 26 de enero y 170/1989, de 19 de octubre.

Y es obligada una previa referencia a dichas sentencias porque ha sido el principal apoyo del Tribunal Supremo para decidir cuando una ley tiene o no un contenido expropiatorio que haga procedente el reconocimiento de la correspondiente indemnización compensatoria.

a) La doctrina del la STC 227/1998 sobre la inexistencia de privación indemnizable en las regulación general del contenido de un derecho subjetivo.

« Es claro que la garantía expropiatoria del art. 33.3 de la Constitución alcanza, tanto a las medidas ablativas del derecho de propiedad privada en sentido estricto como a la privación de los «bienes y derechos» individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial, entre los que se incluyen, sin duda, los derechos de aprovechamiento privativo o especial de bienes de dominio público.

Resulta imprescindible determinar por ello si, en el supuesto que ahora examinamos, nos hallamos ante una verdadera expropiación o privación indemnizable o ante otro tipo de intervención limitativa de derechos que no comporta compensaciones económicas.

*Este Tribunal se ha referido ya en más de una ocasión (SSTC 108/1986, de 29 de julio, 37/1987, de 26 de marzo, y 99/1987, de 11 de junio, entre otras) al **concepto de expropiación o privación forzosa** que se halla implícito en el art. 33.3 de la Constitución, declarando en sustancia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente*

por los poderes públicos, por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del art. 33.3 de la Constitución, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos.

Distintas son las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración ex novo modificativa de la situación normativa anterior. Estas medidas legales, aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria. Muy al contrario, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos patrimoniales, el legislador no sólo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general. Así resulta con toda evidencia por lo que se refiere al régimen jurídico de la propiedad privada, pues por imperativo constitucional, la ley debe delimitar el contenido de ese derecho en atención a su función social (art. 33.2 de la Constitución). Y lo mismo puede decirse de los derechos individuales de aprovechamiento sobre bienes de dominio público, ya que su regulación general no sólo puede tener en cuenta el interés individual de los usuarios o titulares de aquellos derechos, sino que debe también tomar en consideración el interés general inherente al carácter público del bien sobre el que recaen.

Es obvio, por otra parte, que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente.»

b) La doctrina de las SsTC 37/1987, de 26 de enero y 170/1989, de 19 de octubre sobre el contenido esencial de los derechos subjetivos patrimoniales.

Dicha doctrina constitucional, resumida en lo esencial, consiste en lo siguiente: proclama la existencia de un contenido esencial en todo derecho

subjetivo patrimonial, constituido por el haz de facultades o la parte de su contenido cuyo reconocimiento resulta necesario para que tal derecho resulte reconocible y para que sean satisfechos los intereses individuales que justifican y dan vida ese derecho; y declara que las funciones sociales que configuran aquel contenido no son límites externos al derecho sino parte integral del mismo.

La STC 37/1987, de 26 de enero declara:

« Para el Tribunal Constitucional la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo –y, por tanto, también de los derechos fundamentales de las personas– viene marcada en cada caso por el elenco de «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales». Determinación que, desde otro ángulo metodológico no contradictorio ni incompatible con aquél, puede ser expresada como «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. (Sentencia 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 10.)

De acuerdo con esta doctrina constitucional sobre el «contenido esencial» de los derechos subjetivos, procede interrogarse ahora si la Ley de Reforma Agraria del Parlamento de Andalucía infringe o no, en los preceptos impugnados, la garantía del derecho de propiedad establecida en el art. 53.1, en relación con el art. 33 de la Constitución. Para ello es necesario partir de la regulación constitucional del derecho de propiedad privada que se contiene en el citado art. 33 al objeto de indagar la naturaleza jurídica de tal derecho o el modo como la Norma fundamental lo concibe. Tras enunciar y reconocer «el derecho a la propiedad privada y a la herencia» en el apartado 1.º de este artículo, el apartado 2.º establece que «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes», y en el tercero de

tales apartados se garantiza finalmente que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes». Estos tres apartados del artículo 33, que no pueden ser artificiosamente separados, revelan la naturaleza del derecho a la propiedad en su formulación constitucional. Se trata de un derecho reconocido, como ha declarado este Tribunal en la Sentencia 111/1983 (fundamento jurídico 8.º), desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, siendo, desde este último punto de vista, un derecho subjetivo que «cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad... legitima la expropiación».

En efecto, la referencia a la «función social» como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

Al filo de esta perspectiva, que es la adoptada por la Constitución, resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablativas en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel

derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito. Por otra parte, no cabe olvidar que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución, y de cuya eficacia normativa no es posible sustraerse a la hora de pronunciarnos sobre la vulneración o no por la Ley impugnada del contenido esencial o mínimo del derecho a la propiedad agraria que ésta delimita y regula. En este orden de cosas, hay que recordar: que el art. 128.1 de la Constitución subordina toda la riqueza del país, «en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad», al interés general; que el art. 40 impone a todos los poderes públicos la obligación de promover «las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa», así como realizar una política orientada al pleno empleo; que el art. 45 ordena a los poderes públicos para que velen «por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva»; o que, finalmente, el art. 130 exige asimismo de los poderes públicos que atiendan a la «modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura y la ganadería...». Es claro, en consecuencia, que, de acuerdo con las Leyes, corresponde a los poderes públicos competentes en cada caso delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes.»

Por su parte, la STC 170/1989, de 19 de octubre se expresa así:

«Así centrada la cuestión, hay que comenzar señalando que, tal y como este Tribunal ha indicado en varias ocasiones, el límite entre la privación de un derecho patrimonial y su simple incidencia o delimitación legal amparándose en la función social a la que debe sujetarse (art. 33.2 de la Constitución) no es siempre fácil de determinar. En este sentido, y a partir de la doctrina general sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales, se ha señalado respecto del derecho de propiedad que «la fijación de su contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del

derecho mismo» (STC 37/1987). Partiendo de este dato y de las previsiones de otros preceptos constitucionales (arts. 128.1, 40, 45 y 130, entre otros), los poderes públicos deben «delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes». Esto no supone, claro está, una absoluta libertad del poder público que llegue «a anular la utilidad meramente individual del derecho», o, lo que es lo mismo, el límite se encontrara, a efectos de la aplicación del art. 33.3 C.E., en el contenido esencial, en no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho.

Las limitaciones del derecho de propiedad que introduce la Ley madrileña con carácter no indemnizable no vulneran el contenido esencial de los derechos afectados, al tratarse de medidas tendentes a proteger el espacio natural, según la distinta calificación del terreno y en cumplimiento del mandato que impone el art. 45 C.E.

Los apartados 3 y 4 del art. 3 de la Ley impugnada ponen de manifiesto que el legislador ha establecido un límite a partir del cual entiende que si existe privación de derechos. En efecto se establece que los límites fijados no serán indemnizables salvo que los vínculos que se impongan «no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios». Se ha acudido, pues, a una técnica habitual en el ordenamiento para fijar el límite entre la simple configuración del derecho y la estricta privación: el uso tradicional y consolidado. Esta técnica, utilizada también en el art. 87 de la Ley del Suelo respecto del suelo no urbanizable, tiende precisamente a permitir la identificación del contenido esencial de los derechos; el mismo principio se ha utilizado en la Ley de Aguas, estimándose por este Tribunal que no suponía vulneración alguna de la garantía indemnizatoria del art. 33.3 de la Constitución, sino delimitación del contenido de los derechos patrimoniales (STC 227/1988).

No cabe duda que en ocasiones podrán plantearse problemas concretos para enjuiciar si ese límite se sobrepasa o no. Pero, si así ocurriera, deberá en cada caso valorarse esa circunstancia por la autoridad competente, sin perjuicio de la facultad de revisión que los órganos judiciales posean de esas decisiones. Por lo que respecta a lo aquí cuestionado, la previsión legal de que sólo son indemnizables aquellas vinculaciones o limitaciones de derechos que sobrepasen la barrera del uso tradicional y consolidado del bien, no supone una invasión del contenido esencial de los derechos, sino una delimitación de ese contenido, en el que se incluye, tanto respecto de la propiedad como de otros derechos patrimoniales, la función social que deben cumplir. »

3.3. La jurisprudencia del TS que niega contenido expropiatorio a determinadas leyes y únicamente advierte en ellas *regulaciones legales delimitadoras del contenido normal de determinados derechos patrimoniales*.

Tiene su principal exponente en las sentencias que se pronunciaron sobre la liberalización de servicios funerarios llevada a cabo por el Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, que suprimió tanto la reserva de dichos servicios en favor de las Entidades locales que establecía la LRBR como la posibilidad de prestarlos en régimen de monopolio.

Una de ellas es la **STS de 13 de abril de 2002** (recurso núm. 500/1998), desestimatoria del recurso contencioso-administrativo que una sociedad mercantil, titular de la concesión que le fue otorgada para que realizara la prestación del servicio municipal reservado en régimen de monopolio, interpuso contra el Acuerdo del Consejo de Ministros que desestimó la indemnización solicitada con base en la liberalización dispuesta por el mencionado Real Decreto Ley 7/1996.

Aunque no es su único argumento para justificar el fallo desestimatorio, niega que la mencionada disposición legal tenga contenido expropiatorio a los efectos de que el Estado Legislador haya de indemnizar, y lo razona en estos términos:

« Nos encontramos, pues, con un cambio de carácter general en el sistema de prestación de los servicios funerarios, que, de ser una actividad reservada a las entidades locales, se ha transformado en una actividad económica libre, sujeta sólo a previa autorización municipal reglada, de modo que la nueva regulación legal carece de contenido expropiatorio por constituir una norma general de obligado cumplimiento, lo cual, aunque repercuta de forma desigual respecto de quienes prestaban los servicios funerarios a la sociedad, no supone una privación singular de derechos o intereses patrimoniales legítimos, como esta Sala declaró, entre otras, en sus Sentencias de 24 de mayo de 1997 (recurso 392/95, fundamento jurídico séptimo) y 18 de octubre del mismo año (recurso 223/95, fundamento jurídico octavo), siguiendo la doctrina recogida en la Sentencia nº 227 de 29 de noviembre de 1988 (fundamento jurídico undécimo) del Tribunal Constitucional, en la que se expresa que las medidas legales de delimitación o

regulación general del contenido de un derecho, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, aunque impliquen una reforma restrictiva de derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no dan por sí solas derecho a una compensación indemnizatoria, sino que, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos, es ésta procedente teniendo en cuenta las exigencias del interés general.

En este caso, el legislador ha regulado de forma diferente la prestación de los servicios funerarios pero no ha privado a quienes los prestaban de su derecho a continuar haciéndolo, si bien ajustándose a un régimen de libre competencia, con lo que sólo ha limitado el modo de hacerlo por considerar la concurrencia en su prestación, previa autorización municipal reglada, más útil o conveniente para la economía.»

3.4. La jurisprudencia del TS que diferencia entre derechos subjetivos susceptibles de expropiación y meras *expectativas de derechos* todavía no adquiridos (y ajenas, por ello, al instituto de la expropiación).

La diferencia ha sido establecida por el TS en estos dos grupos de pronunciamientos: (1) los referidos a las leyes que anticiparon la edad de jubilación de jueces y magistrados, funcionarios de la Administración General del Estado y notarios; y (2) los dictados respecto de la regulación de determinadas profesiones.

▪ **La STS de 30 de enero de 1996 (Recurso núm. 996/1993)** versa sobre la jubilación anticipada y razona así:

«(...) el problema de la responsabilidad del Estado legislador por las normas que anticiparon la edad de jubilación forzosa ha sido resuelto por la sentencia del pleno de esta Sala Tercera del Tribunal supremo de 30 de noviembre de 1992, dictándose en el mes de enero de 1993 hasta 45 sentencias que reiteran lo en ella expuesto (seis del día 15, una del día 18, dos del día 20, veinte del día 22, dos del día 23, una del día 25, cinco del día 28, cinco del día 29 y tres del día 30), y repitiéndose en innumerables fallos el pronunciamiento de desestimar los recursos promovidos por la señalada causa respecto de personal al servicio del estado acogido a un régimen estatutario.

entendemos que, sin necesidad de reproducir íntegramente los argumentos que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto en tan repetidas ocasiones, basta con resumir a continuación las razones fundamentales que determinan la procedencia de desestimar la pretensión indemnizatoria ejercitada en el presente proceso.

(...)- el personal sujeto a régimen estatutario que está al servicio del Estado, no goza de un derecho subjetivo sino de una simple expectativa a que la jubilación forzosa se produjese a una determinada edad (la vigente en el momento de comenzar la prestación de sus servicios), estando dicha edad sujeta en todo momento a las posibles reformas del aludido régimen estatutario. en otras palabras, la jubilación forzosa del referido personal por causa de edad forma parte del contenido de la relación estatutaria que les vincula con el Estado

(...) y la anticipación de la edad de jubilación constituye una legítima modificación legislativa de dicho régimen estatutario, fundada en razones sociológicas y económicas, que no produce a los afectados una lesión que deba ser indemnizada de un derecho subjetivo o de un interés cierto, efectivo y actual que existiese en su patrimonio, lo que constituye el fundamento esencial de la desestimación de la pretensión de resarcimiento que enjuiciamos. ello lleva consigo que no puedan estimarse infringidos por la anticipación de la edad de jubilación forzosa el principio constitucional de igualdad en sus diversas manifestaciones, la intangibilidad de los derechos adquiridos o el postulado de irretroactividad de las leyes. »

▪ **La STS de 15 de julio de 1999 (Rec. núm. 374/1995)**, sobre reclamación de daños y perjuicios reclamados por un Agente de Aduanas como consecuencia de la disminución de su actividad profesional por la supresión de los controles fiscales y aduaneros en las fronteras intracomunitarias a partir del 1 de enero de 1993, expresa lo siguiente:

« En efecto, como recuerda la resolución del Consejo de Ministros impugnada, el Reglamento (CEE) número 3904/1992, del Consejo, de 17 de febrero, establece unas «medidas de adaptación de las profesiones de agente y comisionista de aduanas al mercado interior». Como ayuda, el 23 de julio de 1992 se firmó un Acuerdo Tripartito entre la Administración, el Consejo General de Colegios de Agentes y Comisionistas de Aduanas y los sindicatos. El 9 de julio de 1993 se

publicó en el Boletín Oficial del Estado la Orden del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, de 8 de julio, por la que se regulaba la concesión de ayudas para atender al pago de las indemnizaciones pactadas por la Mesa Tripartita compuesta por la Administración, el Consejo General de Agentes y Comisionistas de Aduanas y las Centrales Sindicales en relación con los trabajadores de Agencias de Aduanas afectados por la entrada en vigor del mercado único europeo.

Aun cuando el recurrente rechaza la eficacia de estas medidas en cuanto a la situación profesional de los agentes, debe tenerse en cuenta que no se trata de disposiciones encaminadas a restablecer o mantener de modo absoluto su situación patrimonial, habida cuenta de que ni el principio de seguridad jurídica ni el de confianza legítima garantizan que las situaciones de ventaja económica deban mantenerse indefinidamente estables, coartando la potestad de los poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general. Partiendo, pues, de su carácter de medidas razonablemente compensadoras y encaminadas a facilitar la adaptación de los agentes de aduanas y de sus trabajadores a la nueva situación profesional, nada se ha aducido convincentemente en contra de la idoneidad o proporcionalidad de dichas medidas.

Tampoco desde la perspectiva de la regulación estatal de la profesión de agente de aduanas puede advertirse que los daños y perjuicios sufridos adquieran caracteres de sacrificio singular indemnizable.

La situación de los agentes de aduanas no puede ser equiparada a la de los funcionarios públicos; sin embargo, en la medida en que pueda invocarse como fundamento del reconocimiento de derechos adquiridos la regulación estatal de la profesión, sometida a un número limitado de autorizaciones y a la comprobación administrativa de la capacitación de los solicitantes, así como a la potestad sancionadora de la administración y a otras modalidades de intervención administrativa, tales como la regulación mediante reglamento de los honorarios, debe razonarse que, si la jurisprudencia no reconoce como derechos adquiridos los derivados de la situación estatutaria de los funcionarios públicos, como consecuencia del poder de organización que corresponde a las administraciones públicas, tampoco debe existir el expresado reconocimiento cuando no se trata del estatuto funcionarial, sino de la regulación de profesiones sujetas a la intervención administrativa, en que no ya el interés ligado a la buena organización administrativa, sino los intereses generales de la sociedad son los que

directamente llevan al ordenamiento jurídico a autorizar la fiscalización del poder público sobre determinados aspectos de su actividad. En estos casos permanece con todo su sentido la exigencia de que se mantenga la potestad de innovación normativa, con el fin de que no queden petrificadas regulaciones al margen de la evolución real de los intereses generales y del ejercicio de las facultades de apreciación de los órganos llamados a velar por ellos según las competencias reconocidas por la Constitución y la ley.

(...) .- Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado propugnada por la actora son, según los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de Administración del Estado y los 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia, que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor.

Lo razonado en anteriores fundamentos jurídicos nos lleva a la conclusión de que en el caso examinado, aun cuando puedan existir daños y perjuicios para los agentes de aduanas como consecuencia de la supresión de barreras arancelarias derivada de la entrada en vigor del Acta Única Europea, los mismos no pueden generar responsabilidad patrimonial para el Estado por existir, dadas sus características, la carga de soportarlos por los afectados, y no ser imputables, atendidas las circunstancias en que se producen, a medidas de sacrificio singular adoptadas por la Administración respecto de determinados particulares, sino a genéricas disposiciones de rango legal, las cuales imponen limitaciones que se proyectan sobre el conjunto de los ciudadanos, aun cuando puedan afectar desigualmente a los grupos en que se integran.

En consecuencia, procede en este punto la desestimación del recurso interpuesto.»

3.5. La jurisprudencia del TS sobre leyes de contenido expropiatorio.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido como expresivas de leyes expropiatorias a estas dos clases de normas: (1) las leyes de ordenación territorial y urbanística que establecen privaciones de aprovechamientos

urbanísticos ya satisfechos por sus titulares e incorporados por ello a su patrimonio y (2) las leyes que privan de manera total y permanente de determinados usos comprendidos dentro del derecho de propiedad.

La jurisprudencia sobre leyes de ordenación territorial y urbanística será objeto de una referencia especial más adelante; y en cuanto a la relativa a leyes que privan de manera total y permanente de determinados usos comprendidos dentro del derecho de propiedad tiene su principal exponente en la STS de 20 de enero de 1999 (Casación núm 5350/1994).

Esta sentencia resolvió en términos estimatorios (con anulación de la sentencia de instancia) la pretensión indemnizatoria reclamada por los propietarios de una finca a las que le afectaba, en la parte de la misma enclavada en el Parque Natural de Monfragüe, la prohibición permanente del ejercicio de la caza dispuesta para los Parques Naturales en el artículo 13.3 de la Ley 87/1990, de 21 de diciembre, de caza de Extremadura.

VIII. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR LEYES INCONSTITUCIONALES

1. El nacimiento y desarrollo de la jurisprudencia del TS sobre esta específica manifestación de responsabilidad del Estado legislador.

Como ha recordado el Magistrado del Tribunal Supremo don Segundo MENENDEZ PÉREZ²⁰, esta jurisprudencia se inicia con la STS de 29 de febrero 2000 (Recurso núm. 49/1998), relativa al gravamen complementario de la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar, creado por el artículo 38.2 de la Ley 5/1990, que la STC 173/1996 declaró inconstitucional (reiterada en un elevado número de otras posteriores, entre ellas, las SSTS de 13-6-2000, 15-7-2000, 30-9-2000, 6-11-2000, 14-12-2000, 11-1-2001,

20 VVAA (Directores Miguel Sanchez Morón y Nicolás Maurandi Guillén), *“COMENTARIOS A LA LEY 30/1992”*, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, págs 868 y ss.

20-2-2001, 27-3-2001, 18-4-2001, 5-7-2001, 22-12-2001, 22-1-2002, 20-2-2002, 3-7-2003 y 22-1-2004).

Y sus criterios se mantienen en otras tantas sentencias que fueron dictadas en relación con las reclamaciones planteadas tras la declaración de inconstitucionalidad de estos otros preceptos legales:

- El art. 61 de la antigua Ley General Tributaria, en el que se estableció un recargo del 50% para las declaraciones presentadas fuera de plazo (STS de 2 de julio de 2004).
- La Disposición Adicional vigésima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1989, sobre el pase a la situación de segunda actividad de los funcionarios del Cuerpo Superior de Policía (STS de 21 de junio de 2004, con un importante voto particular).
- Y el Real Decreto-ley 5/2002, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad (STS de 2 de julio de 2010, recurso núm. 588/2008, dictada por el Pleno de la Sala Tercera, que contiene varios votos particulares muy expresivos de las dudas que suscita esta materia dentro del propio Tribunal Supremo; cuya doctrina reiteran las posteriores SSTs de 13, 14 (4) y 15 (7) de septiembre, 14 de octubre, y 13 (3) y 21 (4) de diciembre de 2010, entre otras, dictadas, respectivamente, en los recursos contencioso-administrativos núms. 349/09, 350/09, 630/08, 645/08, 648/08, 647/08, 94/09, 229/09, 354/09, 428/09, 430/09, 653/09, 367/09, 167/09, 323/09, 686/09, 142/09, 248/08, 347/09 y 476/09).

Los rasgos más característicos de esta jurisprudencia, según ha señalado también MENENDEZ PÉREZ, están referidos a lo siguiente: (i) título de imputación; (ii) inviabilidad del obstáculo de la cosa juzgada y del hecho de que el reclamante hubiera consentido los actos administrativos dictados en aplicación de la ley declarada inconstitucional; (iii) efectos de la declaración de inconstitucionalidad en relación con tales actos aplicativos de la norma

inconstitucional; y (iv) cómputo del plazo de prescripción de la acción de reclamación de la responsabilidad patrimonial.

Por lo cual, conviene, como seguidamente se hace, dejar constancia de la posición mantenida por el TS sobre cada uno de ellos.

2. El título de imputación en la responsabilidad por leyes inconstitucionales.

Para el TS ese título radica en el incumplimiento por el legislador de su deber de acatamiento de sometimiento a la Constitución, y en la obligación indemnizatoria de los daños causados que lleva consigo dicha antijuridicidad.

La STS de 29 de febrero de 2000 (recurso 49/1998) lo explica así:

«La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ha venido a consagrar expresamente la responsabilidad de la Administración por actos legislativos estableciendo el artículo 139.3 que

«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».

Responde sin duda esta normación a la consideración de la responsabilidad del Estado legislador como un supuesto excepcional vinculado al respeto a la soberanía inherente al poder legislativo.

Se ha mantenido que si la ley no declara nada sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador («ratio legis») para poder así definir si procede declarar la obligación de indemnizar. No debemos solucionar aquí esta cuestión, que reconduce a la teoría de la interpretación tácita la ausencia de previsión expresa legal del deber de indemnizar. No es necesario que lo hagamos, no sólo porque la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es posterior a los hechos que motivan la reclamación objeto de este proceso, sino también porque, por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más

fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido «a priori» en su texto. Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquella ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles.

Este mismo principio ha sido defendido desde tiempo relativamente temprano por nuestra jurisprudencia, separando el supuesto general de responsabilidad del Estado legislador por imposición de un sacrificio singular de aquel en que el título de imputación nace de la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

La sentencia de esta Sala de 11 de octubre de 1991, además de remitir la responsabilidad por acto legislativo a los requisitos establecidos con carácter general para la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (que la lesión no obedezca a casos de fuerza mayor; que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado; que no exista el deber de soportarlo; y que la pretensión se deduzca dentro del año en que se produjo el hecho que motive la indemnización) y de afirmar que «en el campo del Derecho tributario, es obvio que la responsabilidad del Estado-legislador no puede fundarse en el principio de la indemnización expropiatoria», añade que «el primer hito señalado por el Tribunal Constitucional para la responsabilidad del Estado-legislador ha de buscarse en los efectos expropiatorios de la norma legal. Pero con ello queda no agotado el tema. Ciertamente, el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos -leyes- quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-legislador puede tener, asimismo, su segundo origen en la inconstitucionalidad de la Ley».

La determinación del título de imputación para justificar la responsabilidad del Estado legislador por inmisiones legislativas en la esfera patrimonial (que ha vacilado entre las explicaciones que lo fundan en la expropiación, en el ilícito legislativo y en la teoría del sacrificio, respectivamente) ofrece así una especial claridad en el supuesto de ley declarada inconstitucional. »

3. La inviabilidad, como obstáculos para la reclamación de esta responsabilidad, tanto de la cosa juzgada como del hecho de que el reclamante hubiera consentido los actos administrativos dictados en aplicación de la ley declarada inconstitucional.

La ya mencionada STS de 29 de febrero de 2000 se pronuncia también sobre la inviabilidad para la acción de responsabilidad de la cosa juzgada declarando:

« Esta Sala considera, sin embargo, que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia.

El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada. Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó.

La sentencia firme dictada, al no corregir el perjuicio causado por el precepto inconstitucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a la que acudieron otros tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada, que en ningún momento fue consentida por la entidad interesada, la cual agotó todos los recursos de que dispuso. Con ello se impidió la devolución de lo indebidamente ingresado consiguiendo a la anulación de la actuación viciada. Esta devolución se produjo, en cambio, en otros supuestos idénticos resueltos por otros órganos jurisdiccionales que creyeron oportuno plantear la cuestión. La firmeza de la sentencia, así ganada, no legitimó el perjuicio padecido por la recurrente, directamente ocasionado por la disposición legal e indirectamente por la aplicación administrativa de la norma inconstitucional. Es precisamente dicha sentencia, de sentido contrario a la pronunciada por los tribunales que plantearon la cuestión de inconstitucionalidad y la vieron estimada, la que pone de manifiesto que el perjuicio causado quedó consolidado, al no ser posible la neutralización de los efectos

del acto administrativo fundado en la ley inconstitucional mediante la anulación del mismo en la vía contencioso-administrativa, no obstante la constancia de la sociedad interesada en mantener la impugnación contra el acto que consideraba inconstitucional.»

La STS de 13 de junio de 2000 (Rec. núm. 5467/1998) se pronuncia sobre el hecho de haberse consentido los actos administrativos aplicativos de la ley inconstitucional y razona lo que continúa:

*«[...] la acción de responsabilidad ejercitada es ajena a la firmeza del acto administrativo.
[...]*

Podría sostenerse que las partes recurrentes están obligadas a soportar el perjuicio padecido por no haber en su momento recurrido las autoliquidaciones en vía administrativa.

[...]

Esta Sala, sin embargo, estima que no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear «de oficio o a instancia de parte» al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la ley relevante para el fallo (artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

[...]

La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal

plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable.»

4. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad para los actos que hayan sido dictados en aplicación de la norma inconstitucional: ¿eficacia “ex tunc” o eficacia “ex nunc”?

Esa alternativa entre los efectos “ex tunc” o “ex nunc” de la declaración de inconstitucionalidad la resuelve así la **STS de 1 de julio de 2003** (recurso 18/2002):

« cuando la propia sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y tribunales, ante quienes se suscite tal cuestión, decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad en aplicación de las leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser los jueces y tribunales quiénes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia «ex tunc» o «ex nunc» de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad »

La **STS de 2 de junio de 2010** (recurso núm. 588/2008) aborda de manera más extensa esta misma cuestión en su FJ quinto. Lo hace así:

« Siguiendo el análisis metódico que creemos oportuno, debemos centrar ahora la atención en el fundamento jurídico cuarto, que también es el último, de aquel escrito de contestación a la demanda. Y más en concreto, en una de sus varias afirmaciones: la que dice literalmente que “mientras otra cosa no se establezca –y aquí no ha ocurrido– los fallos de inconstitucionalidad tienen eficacia prospectiva o ex nunc”.

Tal afirmación, en sí misma, por sí sola, sin ponerla en relación por tanto con algunas normas que sí ponen determinados límites a una plena eficacia retroactiva de esos fallos de inconstitucionalidad, equivale tanto como a decir que la ley o norma con fuerza de ley declarada inconstitucional rige los efectos consumados o agotados antes de esa declaración nacidos o derivados

de situaciones o relaciones jurídicas que surgieron mientras estuvo vigente, o antes incluso de que lo estuviera. Así entendida, es una afirmación que carece de todo sustento en nuestro ordenamiento jurídico. En éste, la contravención de una norma jurídica de superior rango determina para la de rango inferior que la contraviene la sanción de nulidad radical o de pleno derecho. Y los efectos de ésta, de este grado sumo de invalidez, son como regla y en principio efectos ex tunc, que se retrotraen al momento mismo en que entró en vigor la norma ilegal. Lo mismo cabe decir, y desde luego no con menos razón o fundamento, cuando la contravención se produce entre la Constitución y una ley o norma con fuerza de ley. Así, en este orden de consideraciones generales y de principio a las que nos referimos ahora, no es nada irrelevante recordar el mandato del art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), que ordena sin ambages que la sentencia que declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados.

En conclusión: la inserción de la ley en un ordenamiento en el que queda subordinada a una norma de rango superior, más el grado de sanción y los efectos de éste que nuestra tradición jurídica predicen para las normas ilegales, conducen como principio o como regla a una afirmación de signo contrario u opuesto a aquella que transcribimos en el párrafo primero de este fundamento de derecho. Y no nos permiten compartir, tampoco, la opinión doctrinal que eleva la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de la ley, por entender que de lo que se trataría es de su misma ejecución, a la categoría de único título jurídico en el que amparar y sustentar el eventual derecho al resarcimiento, de suerte que éste quedaría vedado, no sólo cuando tal título proclama para él efectos ex nunc, sino también e incluso cuando guarda silencio y nada dice del alcance temporal de su fallo ni de la reparabilidad de los perjuicios que la ley inconstitucional haya podido producir.

Cuestión distinta, ajena a la regla general que expresan los términos literales de aquella afirmación que hemos rechazado, es la de los efectos jurídicos que aquellos fallos de inconstitucionalidad hayan de producir sobre decisiones firmes adoptadas con anterioridad a ellos aplicando la norma inconstitucional. Como distinto es también el supuesto que surge cuando el Tribunal Constitucional ejerce la facultad que le corresponde de limitar por exigencias o por razones de índole constitucional la natural eficacia retroactiva de dichos fallos, e incluso la de atribuir a su declaración de inconstitucionalidad, por iguales exigencias, sólo una eficacia prospectiva o de futuro.

Lo dicho refleja también el criterio de aquella jurisprudencia, es decir, de la recaída al enjuiciar acciones de responsabilidad patrimonial en las que el título de imputación era, como aquí, el de la inconstitucionalidad de la ley. Así, en procesos en que la Abogacía del Estado invocó, como hace ahora, la exclusiva eficacia ex nunc de las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad de una ley, dejando a salvo o exceptuando sólo el supuesto de que sea la propia sentencia la que se pronuncie sobre sus efectos retroactivos, repite esa jurisprudencia que cuando la sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los Jueces y Tribunales ante los que se suscite tal cuestión decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad, aplicando las leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser ellos quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia ex tunc o ex nunc de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad. En este sentido pueden verse, entre otras muchas, las SSTs de 15 de julio de 2000 (recurso núm. 763/1997), 17 de febrero de 2001 (349/1998), 24 de enero de 2002 (221/1998), 3 de julio de 2003 (678/2000), 29 de octubre de 2004 (166/2003), 11 de septiembre de 2007 (99/2006), etc., etc. »

5. El cómputo del plazo de prescripción de la acción de reclamación de la responsabilidad patrimonial.

Para el TS el cómputo del plazo de un año que establece el artículo 142.5 de la LRJPAC como de prescripción de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial tendrá su día inicial en el de la publicación en el BOE de la STC que declara la inconstitucionalidad, interrumpido, en su caso, por la solicitud dentro de ese plazo de la revisión de oficio del acto administrativo que hizo aplicación de la norma inconstitucional.

La STS de 23 de noviembre de 2012 se manifiesta al respecto en estos términos:

« [...] Ya varias sentencias recaídas en asuntos semejantes a éste aceptaban que cuando se solicitaba la revisión de oficio del acto declarando el pase a la segunda actividad el plazo de

prescripción no comenzaba a correr hasta que esta vía quedaba definitivamente cerrada (por todas, sentencia de 31 de diciembre de 2007, recurso 96/2006).

Y frente a los excesos que esta jurisprudencia podía generar, dando lugar a solicitudes fraudulentas presentadas con el fin de reabrir plazos ya fenecidos, también hemos matizado en fecha más reciente que la solicitud de revisión de oficio solamente interrumpirá el plazo de prescripción para reclamar la responsabilidad patrimonial cuando se formule dentro del plazo de un año a contar desde la fecha de publicación de la sentencia declarando la inconstitucionalidad de la Ley (sentencias de 11 de diciembre de 2009, recurso 572/2007, 29 de marzo de 2012, recursos 245/2008 y 431/2009, 13 de abril de 2012, recursos 126/2008, 170/2008 y 613/2008, y 24 de abril de 2012, recursos 178/2009, 550/2008 y 581/2009).

La aplicación de esta doctrina al caso de autos hace que deba otorgarse eficacia interruptiva a las solicitudes de revisión de oficio presentadas en su día, en la medida en que se presentaron antes de transcurrir un año desde la publicación de la STC 234/1999. Y como este plazo de un año tampoco transcurrió entre la fecha en que quedaron firmes las sentencias que desestimaron sus recursos contra la denegación de aquellas revisiones (27 de enero y 13 de marzo de 2009) y la fecha en que presentaron la reclamación de responsabilidad patrimonial que aquí resolvemos (18 de enero de 2010), es obligado también entender que la acción se presentó dentro de plazo.

Por lo que la prescripción alegada por el Abogado del Estado debe ser rechazada. »

6. La no exigencia en esta modalidad de responsabilidad de que la violación haya sido manifiesta y grave.

La STS de 29 de febrero de 2000 (recurso 49/1998), en la que se inicia la serie de pronunciamientos que estiman las pretensiones indemnizatorias por daños causados por leyes declaradas inconstitucionales, para afirmar la responsabilidad del Estado legislador se limita a tomar en consideración la vulneración de la Constitución constatada por la declaración de inconstitucionalidad y, a diferencia de las reclamaciones fundadas en leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea, no exige como requisito adicional que la vulneración haya sido manifiesta y grave.

Así resulta de sus razonamientos que antes han sido transcritos.

Esa diferencia entre las reclamaciones por leyes inconstitucionales y las que se apoyen en leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea, en lo concerniente a que solo en las segundas es exigible que el *ilícito legislativo* encarne una violación manifiesta y grave, aparece especialmente subrayada en la STS de 18 de enero de 2012 (Recurso núm. 588/2010) en estas declaraciones de su FJ cuarto:

« El rigor con que la actora interpreta esa jurisprudencia, deduciendo de ella que no es necesario para que surja el deber de indemnizar que la violación de la norma comunitaria sea una de tal grado o entidad que la haga merecedora del calificativo de suficientemente caracterizada, por no ser una exigencia similar la que cabe ver cuando hemos enjuiciado supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por daños o perjuicios causados por la aplicación de una norma con rango de ley luego declarada inconstitucional, no puede ser compartido.

*A diferencia de la precisión que hemos reflejado en la letra A) del párrafo anterior, que sólo constituye un límite a la autonomía procesal de que gozan los Estados miembros impuesto por el igual trato que en estos debe recibir el Derecho de la Unión en comparación con el suyo propio. Y a diferencia de la reflejada en la letra B), admisible porque permite disfrutar de un régimen jurídico interno de responsabilidad patrimonial más favorable. A diferencia de ambas, repetimos, aquel rigor se opone, en sí mismo, al principio de aplicación uniforme del Derecho de la Unión, y olvida, además, que la constatación del requisito de la antijuridicidad del daño depende, cuando es causado por la aplicación de un acto o norma ilegal, del margen de apreciación razonado y razonable reconocible a su autor al interpretar la norma violada, mayor o menor, claro es, en función de la naturaleza y características de ésta. **De ahí, en buena lógica, que desde esa perspectiva del margen de apreciación en que debe descansar la imputación de la antijuridicidad del daño, no sean necesariamente y en todo caso términos iguales, en los que el margen deba ser el mismo, la Constitución de cada Estado miembro y el Derecho de la Unión común a todos ellos.***

En esta misma línea, aquel rigor ya fue implícitamente desautorizado por cuatro sentencias de este Tribunal Supremo posteriores a aquella del TJUE de 26 de enero de 2010, que la tuvieron en cuenta, que declararon, como no podía ser de otro modo, su carácter vinculante y que, pese a ello, analizaron si la infracción del Derecho de la Unión, en los casos que enjuiciaban, merecía o no ser calificada como "violación suficientemente caracterizada". Sentencias, tres de ellas, de fecha 17 de septiembre de 2010, dictadas en los recursos números 373/2006, 149/2007 y 153/2007. Y la cuarta de 17 de diciembre del mismo año, dictada en el recurso núm. 488/2007. »

IX LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR VULNERACIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. La inicial jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la exigencia de responsabilidad del Estado legislador por ilícitos legislativos diferenció entre la derivada de leyes declaradas inconstitucionales y la derivada de violaciones del Derecho comunitario [las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005].

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como ya se expuso, viene estimando pretensiones indemnizatorias con fundamento en incumplimientos del Derecho de la Unión llevados a cabo por actos legislativos de los Estados miembros. Y exige para que haya lugar a esa responsabilidad del Estado legislador, como ya antes también se indicó, que concurren estos tres requisitos: (I) que la norma violada del Derecho de la Unión tenga por objeto conferir derechos a los particulares; (II) que la violación esté suficientemente caracterizada; y, (III) por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha aplicado esa doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las demandas de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por vulneraciones del Derecho Comunitario que han sido sometidas a su enjuiciamiento y ha exigido esos mismos requisitos (así lo hizo la STS de 12 de junio de 2003, Recurso núm. 46/1999, sobre el caso Sogecable); y, entre ellos, el segundo, a pesar de que su jurisprudencia no ha considerado necesario que la violación de la Constitución haya sido manifiesta y grave cuando se trata de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por leyes declaradas inconstitucionales (la STS de 18 de enero de 2012, rec. num 588/2010, justifica en el segundo párrafo de su fundamento de derecho cuarto la razón de la diferencia). Unmarked definida por ju366273.

Sin embargo, cuando se trataba de casos que se referían a normas legales de contenido tributario que no son compatibles con el Derecho Comunitario, la Sala Tercera moduló dicha doctrina del TJUE en relación con la que había sido establecida para el ejercicio de acciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por vulneración de la Constitución.

Así lo hizo la sentencia de 29 de enero de 2004 (casación 52/2002), dictada en un caso de reclamación de responsabilidad patrimonial el Estado por haberse declarado contrario a la normativa comunitaria el artículo 111 de la Ley 37/1992 en cuya virtud se había levantado acta de inspección por deducción indebida del IVA; y su doctrina fue luego confirmada por la de 24 de mayo de 2005 (casación 73/2003)²¹.

Estas dos últimas sentencias se apartaron del criterio que había establecido el Tribunal Supremo (STS de 13 de junio de 2000) sobre la no necesidad de agotar la vía de recursos administrativos para poder ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución.

Lo que argumentaron fue lo siguiente:

"Esta doctrina no es trasladable a los supuestos en que una norma, en nuestro caso el artículo 111 de la Ley 37/92, es contrario a la legislación europea ya que tal contradicción es directamente invocable ante los tribunales españoles y por tanto la recurrente pudo recurrir en vía administrativa primero y en vía contenciosa después al acta de liquidación y tanto la administración como la jurisdicción posteriormente debían haber aplicado directamente el ordenamiento comunitario.

La recurrente en este caso, al contrario de lo que acontece en los supuestos de gravamen complementario de la tasa de juego, sí era titular de la acción por invocar la contradicción entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento comunitario que debía ser aplicado directamente

21 Una crítica a estas dos sentencias, por considerar su solución contraria a la doctrina del TJUE [plasmada en la STJCE de 8 de marzo de 2001, asunto "Metallgesellschaft Ltd y otros, C-397/98 y C-410/98], la efectúa MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio, en su trabajo "DEL DEBER CONSTITUCIONAL DE PAGAR UN TRIBUTO A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR", publicado en la revista "El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho", núm.3, Marzo 2009.

por los tribunales nacionales incluso aun cuando no hubiese sido invocado expresamente, por tanto la doctrina del acto firme y consentido unida al principio de seguridad jurídica justifica en este caso, al contrario de lo que hemos establecido en las sentencias citadas sobre ingreso indebido del gravamen complementario, la no aplicación al caso de autos de la doctrina sentada en aquellas sentencias y la desestimación de la pretensión indemnizatoria ya que la recurrente, al no impugnar el acta de conformidad levantada por la Agencia Tributaria, está obligada a soportar el perjuicio causado al no concurrir en el caso que nos ocupa la misma circunstancia que en las sentencias de esta sala anteriormente citadas.

Por otra parte en el caso que enjuiciamos la responsabilidad patrimonial que se demanda, de existir, lo sería por infracción de la normativa comunitaria, infracción que es apreciada en sentencia que resuelve una cuestión prejudicial y que por tanto no acarrea per se la desaparición ex tunc de la norma del ordenamiento jurídico, al contrario de lo que ocurre con una sentencia de inconstitucionalidad, ello con independencia de que los efectos de la nulidad de la Ley inconstitucional normalmente sean "ex nunc" correspondiendo al Tribunal apreciar su alcance en cada caso.

Estando como estamos por tanto ante un supuesto de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho comunitario, para que tal responsabilidad pueda apreciarse el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha venido estableciendo que deben darse el menos tres requisitos, a salvo de que el ordenamiento interno sea mas favorable, a saber: que la norma tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la infracción sea suficientemente caracterizada y finalmente que exista nexo de causalidad directo entre el actuar del Estado miembro, la infracción del Derecho Comunitario, y el resultado dañoso producido.

En el caso que nos ocupa cabe cuestionar la concurrencia del segundo y tercer requisitos citados.

La relevancia de la infracción no cabe apreciarla por la simple dilación temporal en cuanto al momento en que puede efectuarse la deducción. El derecho del particular a efectuar la deducción no se cuestiona, la norma estatal únicamente fija el momento en que cabe efectuar aquella pero sin cuestionarla. La negativa de la deducción sí sería infracción relevante en cuanto implicaría la negación del derecho del particular, pero no acontece lo mismo si lo único que se produce es un retraso en el tiempo para llevar a cabo la deducción.

En cuanto a la relación directa entre la infracción de Derecho comunitario y el daño tampoco cabe apreciarlo ya que el daño alegado no es consecuencia directa de la norma estatal, el daño surge como consecuencia de un acta de aplicación y del no ejercicio por la recurrente de la acción de reintegro en los términos establecidos por la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades anteriormente expuesto.

En modo alguno estamos ante una norma autoaplicativa, en terminología del Tribunal Constitucional, ya que no estamos ante una ley singular que tenga efectos retroactivos sobre situaciones producidas con anterioridad.

(...) (La) consecuencia de lo hasta aquí dicho es la desestimación del recurso contencioso, ello sin perjuicio de que la recurrente pueda si no se ha cumplido la fecha para ello, ejercitar la acción de reintegro al amparo de la doctrina del Tribunal Europeo o incluso a efectuar la deducción que corresponda si no han transcurrido los plazos previstos en la legislación del I.V.A. para llevarla a cabo y sin que pueda tampoco invocarse en favor de la tesis de la recurrente la doctrina del Tribunal de Justicia de que ningún Estado puede beneficiarse de sus infracciones del Ordenamiento Comunitario, en este caso la causa del fracaso de la acción que se ejercita es la no actuación de la recurrente que no impugna el acto administrativo ni ejerció la acción de devolución al amparo de la sentencia del Tribunal de Justicia que invoca."

La doctrina que acaba de transcribirse venía a sostener que el aquietamiento del particular con los actos aplicativos de una norma legal declarada posteriormente contraria al Derecho Comunitario le impedía el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por rotura del nexo causal, y esto porque, a través del ejercicio de las oportunas acciones, ese particular pudo invocar directamente la aplicación del Derecho Comunitario frente a la norma nacional.

2. Las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010 (Recursos 373/2006, 149/2007, 153/2007) incorporan de manera completa a la jurisprudencia española la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea siguiendo el criterio plasmado en la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010 (Asunto C-118/08).

Las tres sentencias tienen el mismo contenido, habiéndose dictado una de ellas en el mismo litigio (el recurso 153/2007) en que se planteó la cuestión prejudicial que dió lugar a la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010 (Asunto C-118/08) que antes se mencionó.²²

Estas sentencias tienen importancia porque en su fundamento de derecho (FJ) séptimo invocan esa última doctrina del TJUE que antes quedó expuesta y declaran expresamente su aplicación a la concreta controversia enjuiciada por cada una de ellas.

Sobre todo desarrollan (con toda amplitud) las declaraciones de la sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros; la sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame (C-46/93 y C-48/93); y la sentencia de 26 de enero de 2010 Transportes Urbanos y Servicios Generales S.A.L.(C-118/08). Aunque también hay en ellas una referencia a la sentencia de 4 de julio de 2000, Haim (y a la cita que en esta se hace de las sentencias Francovich y otros; Brasserie du Pêcheur y Factortame; British Telecommunications; Erich Dillenkofer; Danske Slagterier; y Norbrook Laboratories).

Pero quizás lo más relevante en ellas es que rectifican el criterio que el Tribunal Supremo había seguido en las sentencias de 29 de enero de 2004 (casación 52/2002) y 24 de mayo de 2005 (Casación 73/2003), pues en el FJ octavo se recuerda cual fue el criterio de esas anteriores sentencias y en el FJ noveno, después de hacerse referencia a la cuestión prejudicial planteada y

²² Un estudio sobre el alcance de esta sentencia del TJUE y sobre la necesidad de revisar la doctrina contenida en las SSTs de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 lo realiza ALONSO GARCÍA, M.C., en su trabajo *“La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad del Estado legislador*, publicado en la revista “El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho”, núm.12

transcribirse los apartados 24 a 48 de la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010 (Asunto C-118/08), se termina con estas declaraciones:

“Como se ha visto en anteriores fundamentos la cuestión prejudicial planteada no versó sobre la interpretación de una norma concreta sino sobre el alcance de determinados principios estructurales del sistema jurídico comunitario como son los principios de equivalencia y efectividad en la medida en que la Sala apreciaba distinto trato en su propia jurisprudencia a las pretensiones de responsabilidad patrimonial de Estado legislador cuando la reclamación se fundaba en los perjuicios derivados de un acto firme dictado en aplicación de una norma posteriormente declarada inconstitucional respecto de aquellos otros actos firmes que se dictaron en aplicación de normas de rango legal respecto de las que el TJCE declaró posteriormente que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del Derecho Comunitario. Dudas interpretativas que derivaban de la propia jurisprudencia comunitaria relativa a la extensión y límites de la responsabilidad patrimonial de los Estados por vulneración del Derecho Comunitario.

La respuesta prejudicial de la Sentencia de 26 de enero de 2010 del TJCE no ofrece duda: la doctrina de este Tribunal Supremo, resumida en el fundamento sexto, sobre la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario. Ello obliga, por el principio de vinculación a que antes nos hemos referido, a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, que entendieron que la no impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho Comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial, ruptura que, como ya se expreso, no se admite en los casos de actos de aplicación de leyes inconstitucionales, casos en los que no es preciso el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales para el ejercicio de la acción de responsabilidad.

Sentado lo anterior puede afirmarse que no constituye obstáculo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por parte de (...), el hecho de que no impugnara las liquidaciones tributarias practicadas por la Inspección de Tributos en las liquidaciones tributarias relativas al IVA en las que se había aplicado la regla de prorrata posteriormente declarada contraria al Derecho Comunitario por la STJCE de 6 de octubre de 2005).

Consecuentemente deben rechazarse las razones que, con fundamento en las SSTs de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, condujeron al Consejo de Ministros a desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la entidad recurrente.

También tiene interés en ellas la aplicación que hacen de la doctrina del TJUE sobre el requisito de la **“vulneración suficientemente caracterizada.”**

Está presente en estas declaraciones del FJ décimo:

“La valoración del alcance de la infracción, atendiendo a la definición de la situación por las normas comunitarias y la justificación por el Estado de la opción legislativa adoptada, en los términos que para mayor claridad se han reproducido, conducen a estimar concurrente este requisito de vulneración suficientemente caracterizada, pues los pronunciamientos del Tribunal dejan pocas opciones para justificar la postura del Estado, al señalar que en este caso no existía incertidumbre en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión, afirmación que por lo demás resulta del examen de las mismas que se efectúa en la sentencia y que pone de manifiesto que la regla de prorrateo de la deducción establecida en el art. 19 de la Directiva viene referida al art. 17.5 de la misma, es decir, a los sujetos pasivos mixtos y es a ellos a los que va referida la facultad de los Estados miembros para introducir en el denominador la cuantía de subvenciones no enunciadas en el art. 11.1 .a). El margen de apreciación del Estado al efecto es muy reducido y no se justifica por error en la interpretación del precepto, acudiendo a la finalidad de la Sexta Directiva , que no permite alterar sus previsiones en perjuicio de los contribuyentes. Menos justificación tiene la introducción de la regla especial del art. 104 de la Ley 37/1992 , que introduce un criterio de deducción, también en perjuicio del contribuyente, sin apoyo alguno en la normativa comunitaria, que se ve alterada limitando el derecho a deducción establecido. Tal planteamiento del Estado, cuya voluntariedad e intencionalidad se refleja en sus propias alegaciones que tratan de justificar la opción adoptada, no puede atribuirse, por lo tanto, a una incertidumbre objetiva e importante de la normativa comunitaria, como se señala en la sentencia, ni aparece provocada por la actitud de alguna Institución comunitaria que haya podido contribuir a ello.

Por lo demás, existían precedentes jurisprudenciales del propio Tribunal de Justicia sobre el alcance de las limitaciones del derecho de deducción en sentido radicalmente distinto al sostenido por el Gobierno español y que los poderes públicos nacionales tenían el deber de conocer. Así, en la STJCE

de 21 de septiembre de 1988, Comisión/Francia, 50/87, se había sostenido que las limitaciones del derecho de deducción sólo se permiten en los casos previstos expresamente por la Sexta Directiva y que toda limitación del derecho a la deducción del IVA incide en el nivel de la carga fiscal y debe aplicarse de manera similar en todos los Estados miembros, por lo que sólo se permiten excepciones en los casos previstos expresamente por la Sexta Directiva y en la STJCE de 8 de noviembre de 2001, Comisión/Países Bajos (C-338/98 , Rec. p. I-8265), apartados 55 y 56, expresa y taxativamente se dijo que, aunque la interpretación propuesta por algunos Estados miembros permitiese alcanzar mejor determinados objetivos perseguidos por la Sexta Directiva, como la neutralidad del impuesto, dichos Estados no pueden eludir la aplicación de las disposiciones expresamente establecidas en ella.

No existía, por tanto, ninguna incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión.

Todo lo cual lleva a concluir que estamos ante una violación suficientemente caracterizada al haberse vulnerado por el Estado, en el ejercicio de su facultad normativa, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades”.

X. LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR ENCUADRABLES EN CONCRETAS REGULACIONES LEGALES. LAS LESIONES PATRIMONIALES DERIVADAS DE NORMAS DE CONTENIDO URBANÍSTICO Y DE NORMAS ALTERADORAS DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DE UN CONTRATO PÚBLICO

Como resulta de todo lo que ha venido exponiéndose, los concretos tipos de responsabilidad del Estado legislador que hasta ahora han sido analizados, con la salvedad de las expropiaciones legislativas, no son objeto de una directa regulación legal sino resultado de una construcción jurisprudencial que los ha reconocido y justificado mediante la aplicación de principios generales del ordenamiento jurídico.

Así acontece con actos legislativos válidos que imponen sacrificios singulares, en los que responsabilidad se ha fundado en el principio de igualdad ante las cargas públicas; y con los “*ilícitos*” legislativos (leyes inconstitucionales y leyes vulneradoras del derecho de la Unión Europea) cuya responsabilidad generada se ha asentado en el principio culpabilidad que rige en las conductas ilícitas.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico hay también concretas regulaciones legales que sin necesidad de acudir a los principios generales –o conjuntamente con ellos– ofrecen precisos títulos normativos para plantear reclamaciones patrimoniales por lesiones de esta naturaleza derivadas de actos legislativos.

Se trata, como de seguido se va a señalar, de la regulación de alguno de los supuestos indemnizatorios contenidos en el vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio); y del deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

1. LAS LESIONES PATRIMONIALES DERIVADAS DE NORMAS DE CONTENIDO URBANÍSTICO

1.1. Las notas configuradoras de la propiedad urbanística como un tipo específico de propiedad.

La debida determinación o explicación de estos específicos supuestos legales de responsabilidad patrimonial aconseja unas previas consideraciones sobre la actual configuración de la propiedad urbanística como un tipo específico de propiedad y con un estatuto jurídico propio; pues el conocimiento de las notas de este específico tipo de propiedad y los principios básicos de su singular estatuto jurídico es necesario para identificar tales supuestos de responsabilidad patrimonial.

Para ello es obligado comenzar con este pequeño *excursus* :

▪ Hoy es un lugar común admitir que el **derecho privado de propiedad** no es un derecho ilimitado, sino **acotado dentro de los límites que establece el específico estatuto legal que le es aplicable**; es decir, que tiene un carácter estatutario o limitado .

La **CE** proclama esta limitación de manera directa en el **artículo 33**

« 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes (...) »

Indirectamente lo hace en otros preceptos: en el artículo **128.1** (subordinación de toda la riqueza al interés general) y en el **131.1** (posibilidad de que el Estado planifique, mediante ley, la actividad económica).

▪ También se admite que en nuestro Derecho existen **varios tipos de propiedad**; esto es, varios estatutos para este genérico derecho subjetivo

Así lo hizo la **STC 37/1987**, de 27 de marzo, cuyo **FJ 2** se expresó así

« Como corolario de estas reflexiones iniciales, que juzgamos imprescindibles para situar la impugnación planteada en su verdadera perspectiva constitucional, no es ocioso añadir ahora que la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 CC, que los recurrentes citan en apoyo de su alegato de inconstitucionalidad.

Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la

existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae. »

▪ El régimen de la “*propiedad urbanística*” es el exponente de uno de esos varios estatutos de propiedad que son posibles

▪ Y el Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio);, según declaran sus artículos 7, 8 y 9 **regula** precisamente **el contenido del derecho de propiedad del suelo**, amparándose en el título competencial del artículo 149.1.1º CE.

¿ Cuales son las notas principales de ese contenido del derecho de propiedad del suelo?

Son éstas dos: (1) es un derecho no sólo **limitado** (sólo concede el aprovechamiento que permita la legislación aplicable), sino también (2) de **contenido variable** (depende de la clasificación que se atribuya al suelo).

Así resulta de lo establecido en esos mencionados artículos 7 y 8 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 TR/LS 2008.

« Artículo 7 Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo.

1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística. (...) »

« Artículo 8 Contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades.

1. El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien.(...)

Pero ese **contenido variable** plantea un problema : establecer un **mecanismo de legitimación de esas diferencias de aprovechamiento** que pueden resultar para los distintos propietarios con el fin de que no se quebrante el principio constitucional de igualdad (artículo 14 CE)

¿Cómo se da respuesta ese problema?

La solución se lleva a cabo a través de estas ideas:

- El contenido inicial y mínimo del derecho de propiedad es el que resulta de la realidad natural del terreno: la propiedad privada inicialmente solo da derecho a los aprovechamientos naturales (agrícola, forestal, cinegético, pecuario)
- El aprovechamiento urbanístico (el derecho a edificar) y su valor económico lo da la ordenación territorial y urbanística; es un plus adicional que se añade a ese aprovechamiento natural como consecuencia de la acción pública urbanística y pertenece a la comunidad y no al propietario.

Así lo proclama el artículo **47 CE**:

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

Y también lo hace el artículo **3.2.b) del TR/LS 2008**:

« Artículo 3. Ordenación del territorio y ordenación urbanística.

1. (...)

2. La legislación sobre ordenación la ordenación territorial y urbanística garantizará:

a) (...)

b) La participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción de los entes públicos, se producirá en los términos previstos por esta Ley y las demás que sean de aplicación. (...)»

Las consecuencias jurídicas de todas esas ideas son estas:

- El mero reconocimiento del aprovechamiento natural, sin permitir un aprovechamiento urbanístico, no da derecho a indemnización .

Así lo establece el **artículo 3.1 del TR/LS 2008**:

« La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de este. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes. »

- La plusvalía generada por la acción urbanística pertenece a la comunidad (**arts. 47 CE y 3.2.b) TR/LS 2008**, antes transcritos)

- El propietario tiene que pagar ese plus añadido que significa el aprovechamiento urbanístico. Esto significa que ese aprovechamiento que la ordenación urbanística permita al propietario, como adición al contenido inicial o natural de su derecho, **no es una donación simple sino modal** ²³ (incluso no sería exagerado decir que es una adquisición onerosa).

- La modalidad de pago de ese plus urbanístico son los deberes impuestos a los propietarios del suelo en relación con las actuaciones de transformación urbanística, consistentes en ejecutar y costear la urbanización y en realizar cesiones de suelo (artículos 14 y 16 TR/LS 2008)

- Ese aprovechamiento y esas cargas han de cumplir con el canon constitucional del principio de igualdad a través de un mecanismo legitimador consistente en la necesidad de garantizar un reparto equitativo de los beneficios y cargas (el artículo 1 del TR/LS 2008 se expresa así: *«Esta Ley regula las*

²³ Así lo califica Tomás Ramón Fernández (Manual de Derecho Urbanístico, 9ª Edición, Publicaciones Abella – El Consultor; pag. 114).

condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio nacional.»).

1.2. Las lesiones patrimoniales que pueden derivarse de la actividad urbanística.

Las ideas que acaban de exponerse, sobre los principios básicos que configuran la propiedad urbanística, nos permiten ya una **delimitación** de cuales serán las **lesiones patrimoniales** derivadas de la **actividad urbanística** que generarán en el afectado el derecho a ser indemnizado; y, entre otras, serán estas dos:

- (i) un **cambio de plan** que produzca una **disminución o pérdida de un concreto aprovechamiento urbanístico ya adquirido**, pero todavía no ejercitado, cuando ya se han cumplido todos los deberes inherentes al proceso de urbanización; y
- (ii) un **cambio de plan** que haga inviable una **expectativa de adquisición de aprovechamiento** urbanístico, en función de la cual se hayan realizado unos gastos de urbanización que, a causa de ello, resultan ya inútiles

Ambas modalidades lesivas ponen de manifiesto que el **núcleo lesivo** suele ser el mismo: impedir o limitar de manera incorrecta un aprovechamiento urbanístico al que se tiene derecho por haber cumplido los deberes que son determinantes de su adquisición.

Y así mismo exteriorizan el distinto fundamento que puede tener la acción indemnizatoria: el supuesto (i) tiene una naturaleza expropiatoria porque se trata de privaciones de derechos adquiridos a título oneroso; el (ii) supuesto es asimilable al tipo genérico de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el funcionamiento *normal* de los servicios públicos (daños colaterales derivados de una actuación administrativa regular).

Mas lo que aquí interesa es que **el artículo 35 del TR/LS 2008** contempla unos supuestos indemnizatorios para los casos de “*cambio de la ordenación territorial y urbanística*” en los que podrán encuadrarse esas dos modalidades de lesiones patrimoniales que pueden derivarse

« **Artículo 35.** *Supuestos indemnizatorios.*

Dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos:

a) La alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad, siempre que se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o, transcurridos éstos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración.

Las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurso en dicha situación durante su vida útil.

(...)

c) La modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística.»

Unos supuestos indemnizatorios que podrán amparar lesiones derivadas de actos legislativos en aquellos casos en que el “*cambio de la ordenación territorial y urbanística*” generador del resultado lesivo lo haya llevado a cabo una norma de rango legal; pues el precepto alude genéricamente a ese cambio y no lo conecta con un específico instrumento de ordenación administrativo o reglamentario.

1.3. La jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad por daños que sean consecuencia de actos legislativos que comporten cambios de ordenación urbanística.

Ha reconocido la viabilidad jurídica de exigir esta responsabilidad, a salvo de que la correspondiente ley estableciera una exclusión expresa de indemnización, con base en la regulación de los supuestos indemnizatorios que se contenían en la legislación urbanística anterior al vigente TR/LS 2008 (los artículos 87 del TRLS de 1976 y 41 a 44 de la LRSV de

La razón de esta conclusión fue que en estos preceptos se contemplaban supuestos lesivos (reducción del aprovechamiento, vinculaciones singulares, gastos de urbanización inútiles) que fuesen consecuencia de un cambio de planeamiento, pero no se excluía expresamente la hipótesis de que ese cambio de ordenación urbanística tuviera su origen en una concreta regulación legal que lo impusiera como necesario.

Así pareció apuntarlo la STS de 17 de febrero de 1998 (Apelación 327/1993), en la que se abordaron los perjuicios derivados del cambio de ordenación del suelo que significó una Ley del Parlamento de las Islas Baleares de declaración de área natural de especial interés.

La sentencia estudió la reclamación en el marco de los criterios presentes en la nueva orientación sobre la responsabilidad del Estado legislador, y declaró (en el FJ sexto) que uno de los criterios aplicables, cuando se considera la posible privación de derechos, radica en determinar si se trata de derechos ya incorporados por el reclamante a su patrimonio o de meras expectativas.

Afirma también que, en el ámbito de los derechos generados por el proceso urbanizador, la anterior perspectiva es especialmente útil por ser de aplicación lo dispuesto en el art. 87 del TRLS de 1976, y recuerda que la jurisprudencia del TS ha venido insistiendo en la necesidad de que existan derechos consolidados para que pueda resultar procedente el derecho a ser indemnizado por cambio de planeamiento.

Similares razonamientos realizan la STS de 9 de febrero de 1999 (Casación 340/1993) y la STS de 26 de noviembre de 1999 (Casación 9375/1995), de las que debe subrayarse que expresamente señalan que el art. 87 del TRLS de 1976 ha sido sustituido por el art. 41 de la Ley 6/1998.

2. Las lesiones patrimoniales derivadas de normas alteradoras del equilibrio financiero de un contrato público.

La legislación de contratos públicos establece técnicas y soluciones para el reequilibrio económico del contrato, esto es, para la revisión de los derechos económicos del contratista, cuando la ecuación financiera presente en las estipulaciones que constituyen su contenido resulta alterada por hechos ajenos a la voluntad de dicho contratista y hacen que para este el vínculo contractual se convierta en más oneroso de lo que era razonablemente previsible en el momento de su perfección.

Una de las causas que puede dar lugar a este reequilibrio es el tradicionalmente llamado "*factum principis*" ("hecho del príncipe") que, como recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ²⁴, son medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el contrato, ni lo pretendan, repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista; unas medidas que, en cuanto sean imperativas y de obligado acatamiento, reúnan las características de generalidad e imprevisibilidad y produzcan un daño especial al contratista, dan lugar a la compensación en aplicación del principio general que pesa sobre la Administración por las lesiones inferidas a los ciudadanos con su funcionamiento o actividad, normal o anormal.

Una regulación del "*factum principis*" aplicada al contrato de concesión de obra pública se encuentra en el artículo 258 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, cuyo contenido es este:

24 "CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO I", Decimoquinta edición, 2011, pag 776.

“Artículo 258. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

1. *El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.*

2. *La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:*

a) *Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I, las condiciones de explotación de la obra.*

b) *Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231.*

c) *Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4.º de la letra c), y en la letra d) del artículo 131.1.*

3. *En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en el apartado 2.b), y siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación.”*

Lo que aquí interesa destacar es que ese “*factum principis*” alterador de la economía del contrato puede provenir de una ley, cuando sea esta la que imponga las medidas administrativas generales causantes de la alteración, y no por ello dejará de resultar encuadrable en esa regulación del mantenimiento

del equilibrio del contrato contenida en el TR/LCSP. Por lo que estaremos ante un caso de reclamación patrimonial por las consecuencias de un acto legislativo que podrá invocar, junto a los principios generales del ordenamiento jurídico, un concreto título normativo.

Y debe recordarse lo que con anterioridad se puso de manifiesto sobre que, en la doctrina del Consejo de Estado francés, el primer reconocimiento de la responsabilidad del legislador tuvo lugar en materia contractual a través de la teoría del *“hecho del príncipe”* como factor de alteración de la economía del contrato.

XI. SUCINTA NOTA FINAL SOBRE ALGUNOS ELEMENTOS COMUNES A LAS DISTINTAS MODALIDADES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

1. Imputación o determinación del ente público responsable.

La Administración pública [entendida de modo genérico] es, tomando como base lo que respecto de ella establecen los artículos 103.1 CE y 2 de la LOFAGE, la organización de medios personales y materiales, dotada de personalidad jurídica, por la que el Estado [entendido también en su sentido genérico e integral] sirve los intereses generales.²⁵

Así considerada, la Administración pública no sólo es la herramienta organizativa de la que el poder ejecutivo se sirve para llevar a la práctica las grandes decisiones políticas adoptadas por el Gobierno. Es algo más: es la personificación de ese Estado que, por un lado, lo convierte ante los ciudadanos en un sujeto de derecho que puede entablar con ellos relaciones jurídicas de las que dimanen derechos y obligaciones recíprocas; y, por otro, en un sujeto

²⁵ El anterior concepto de Administración pública coincide sustancialmente con los que desarrollan GARCÍA DE ENTERRÍA, E, y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R., en *Curso de Derecho Administrativo* I, decimoquinta edición, 2011, págs 34 y ss; y SANCHEZ MORON, M, en *Derecho Administrativo*, Quinta edición 2009, págs 74 y ss.

justiciable que permite a esos ciudadanos accionar contra él ante los tribunales de justicia para demandarle el debido cumplimiento de sus obligaciones.

A lo que antecede debe añadirse que la Constitución de 1978 ha establecido un modelo complejo de organización territorial del Estado que divide la materia política entre el Estado central y esos otros entes políticos que son las Comunidades Autónomas, y que tanto aquel como estas últimas ostentan potestad legislativa sobre las materias de sus respectivos ámbitos de competencia.

Pues bien, lo que resulta de lo que acaba de exponerse son estas dos principales consecuencias: (1) la responsabilidad dimanante de las actuaciones del poder legislativo es imputable a la Administración pública, en cuanto personificación que convierte al Estado en un sujeto “*justiciable*”, y, consiguientemente, ante ella debe ser reclamada; y (2) esa responsabilidad corresponderá a la Administración General del Estado cuando proceda de leyes del Estado y a la correspondiente Administración autonómica cuando dimanase de leyes autonómicas.

Así lo viene a proclamar la Ley 30/1992, de 26 de noviembre [LRJ/PAC], pues, encuadrado dentro del Capítulo I del título X, cuya rúbrica es “*Responsabilidad de la Administración Pública*”, inserta este precepto:

«Artículo 139. Principios de la Responsabilidad. (...) 3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria (...)»

Y así lo ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En lo que se refiere a la **responsabilidad derivada de leyes estatales, la STS de 13 de junio de 2000 (Rec. núm. 567/1998)**, referida a una reclamación basada en la declaración de inconstitucionalidad del precepto de la Ley 5/1990 que creaba un gravamen complementario sobre la tasa que gravaba los juegos de suerte, envite y azar), afirmó que esta correspondía a la Administración General del Estado.

Para ello diferenció entre la Administración General del Estado dependiente del ente político que ejerció la potestad legislativa que estableció el tributo declarado inconstitucional (el Estado) y la diferente Administración (autonómica) que gestionó el tributo, y lo explicó así:

«Tampoco, puede, finalmente, anudarse la existencia de un supuesto deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la aplicación de la ley declarada inconstitucional al principio de seguridad jurídica.

Este principio, en efecto, tal como se infiere de la doctrina del Tribunal Constitucional, que lo aplica al ámbito tributario en relación con la devolución de los ingresos de esta naturaleza realizados al amparo de una ley declarada inconstitucional (v. gr., sentencia 45/1989) afecta al ingreso tributario en sí mismo, al acto administrativo en cuya virtud éste ha tenido lugar y a la Administración que lo ha percibido dentro de un sistema tributario que se rige por un principio de equilibrio entre ingresos y gastos.

Sin embargo, dicho principio no puede extraerse de este contexto, para acudir a exonerar al Estado por los daños y perjuicios originados por su actuación legislativa.

*En efecto, dicha actuación es ajena y de naturaleza distinta a la actividad administrativa tributaria sobre la que aquel principio se proyecta en su formulación por el Tribunal Constitucional. El resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la ley inconstitucional no equivale a la devolución de los ingresos realizados, la cual puede corresponder a un ente diferente. El Estado, en su vertiente de legislador responsable de los perjuicios causados a los particulares, es un ente ajeno a la Administración concreta a quien corresponde la gestión tributaria amparada en la ley declarada inconstitucional y, mientras **la Administración responsable será siempre en este caso la Administración del Estado**, la Administración gestora en el ámbito tributario puede haber sido la autonómica, como en el caso examinado, u otra de distinto carácter. »*

En lo que hace **a la responsabilidad generada por leyes autonómicas, la STS de 26 de noviembre de 1999 (Casación 9375/1995)** anula la sentencia recurrida que desestimó del recurso contencioso-administrativo que fue deducido frente a la desestimación de la petición indemnizatoria presentada ante la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares por los perjuicios causados

por la Ley del Parlamento Balear 1/1991, de 30 de enero, de Espacios Protegidos, y estima esa pretensión indemnizatoria.

Justifica la condena de la Administración autonómica con este razonamiento (de su FJ tercero):

«No es difícil trasponer los principios y las consideraciones en que se apoya esta jurisprudencia a las concepciones más recientes ligadas a la responsabilidad por acto legislativo del Estado o, como en el presente caso acaece, de las comunidades integradas en él y dotadas de autonomía política con capacidad legislativa, habida cuenta de que los principios de buena fe y de confianza legítima son también aplicables, cuando la situación de confianza ha sido generada por la Administración, frente a las innovaciones legislativas que sacrifican el expresado principio en aras de los intereses generales de la comunidad.»

2. Jurisdicción competente.

Siendo la responsabilidad derivada de los actos legislativos imputable a la Administración pública, el conocimiento de los procedimientos jurisdiccionales que sean iniciados frente a los actos administrativos que hayan desestimado la reclamación indemnizatoria corresponde al orden contencioso-administrativo, en aplicación de lo establecido en el artículo 2.e) de la LJCA.

El **auto del TS de 16 de septiembre de 1997 (recurso 657/1992)** así lo declara con estos razonamientos:

«Es manifiestamente improcedente la causa de inadmisión planteada por el Abogado del Estado, al amparo de lo dispuesto por los artículos 71 y 82 a) de la Ley de esta Jurisdicción, porque, en contra de lo aducido por aquél, no se está ante una pretensión dirigida frente a una ley sino de la petición de declaración de responsabilidad patrimonial derivada de la aprobación de una norma con rango de ley, de la que conoce esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa según criterio jurisprudencial, recogido en todas las sentencias pronunciadas sobre esta materia desde las de fechas 15 de julio y 25 de septiembre de 1987, pasando por la 1 de diciembre de 1992, hasta las más recientes de 13 de febrero, 24 y 31 de mayo y 7 de junio de 1997, sancionado legalmente por la vigentes Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento-Administrativo Común, al reconocer en

su artículo 139.3 la existencia de dicha responsabilidad por actos legislativos de naturaleza expropiatoria y cuando así los establezcan los propios actos legislativos. »

3. El principio de total indemnidad.

Este principio rige en el régimen general de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y también en la dimanante de los actos legislativos, y así lo declara la **STS de 13 de junio de 2000, Rec. núm. 567/1998**.

Supone la reparación de cualquier resultado lesivo, esto es, tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero siempre que uno y otro hayan quedado suficientemente acreditados; y ese daño emergente, tratándose de Leyes que modifican una ordenación urbanística preexistente, podrá consistir, como ya ha sido expuesto, en la privación de aprovechamientos que ya habían sido adquiridos o en la realización de unos gastos que resulten inútiles en la nueva ordenación urbanística.

Como supone también, según esa misma STS de 13 de junio de 2000, la posibilidad de que, junto al reconocimiento de intereses, sean aplicados los procedimientos jurisprudencialmente admitidos para actualizar la deuda reparatoria.

Así lo razona en su FJ undécimo:

« Esta Sala, sin embargo, en aras del principio de total indemnidad que preside el Derecho de la responsabilidad, viene considerando, junto con el abono de intereses (sentencia de 20 de octubre de 1997), como uno de los instrumentos adecuados para hacer efectivo el principio de indemnidad que palpita tras la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración la consideración de la obligación pecuniaria de resarcimiento como una deuda de valor, que lleva a fijar la cuantía de la deuda actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño (sentencias de 15 de enero de 1992 y 24 de enero de 1997).

Otro de los procedimientos admitidos jurisprudencialmente para lograr la total indemnidad es el hoy consagrado por el artículo 141.3 de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, con arreglo al cual la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin

perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria.

Vista la solicitud de la demanda en el sentido de que se reconozcan los intereses de la cantidad objeto de la indemnización, la Sala considera procedente acogerse a este mecanismo de actualización del valor de la deuda y, consiguientemente, entiende que procede añadir al importe que en cada caso debe satisfacerse como indemnización el importe de los intereses legales de la cantidad desde el día de su ingreso.»

XII. CONCLUSIONES FINALES

Las conclusiones finales que se derivan de todo lo que ha venido exponiéndose fueron adelantadas, en muy buena medida, en ese breve esbozo inicial que ha sido incluido en el epígrafe I “INTRODUCCIÓN”.

Sin embargo, se considera conveniente retomar lo que allí se ha dicho, para subrayar con énfasis, de nuevo, que todos los casos reconocidos de responsabilidad del Estado legislador son reconducibles a la tipología clásica que diferencia distintas manifestaciones o clases de obligaciones pecuniarias del poder público en función del distinto fundamento jurídico que justifica cada una de ellas.

Y, abundando en esta idea principal, debe concluirse lo siguiente:

-La indemnización reconocida para las leyes expropiatorias no es sino la aplicación del imperativo constitucional de la garantía que es inherente al derecho de propiedad cuando este sufre ablaciones por causas de utilidad pública o de interés social.

-La responsabilidad patrimonial reconocida para los daños derivados de los “ilícitos legislativos, bien se trate de leyes inconstitucionales bien de leyes contrarias al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, es una aplicación al poder legislativo del principio de culpa que ha dado sustento a la tradicional responsabilidad extracontractual o “aquiliana”; y que ha sido proclamada para todos aquellos incumplimientos de obligaciones jurídicas que, siendo reprochables por haber mediado culpabilidad en el agente, hayan producido un resultado lesivo.

-La responsabilidad patrimonial declarada para los actos legislativos “lícitos” que imponen sacrificios singulares a determinadas personas o colectividades es una simple aplicación del genérico principio de igualdad; y de su concreta manifestación en lo concerniente a que las cargas que son públicas, por estar impuestas en beneficio de los intereses generales, deben ser soportadas por todos los ciudadanos en la misma medida.

Es fácil comprobar, pues, que la responsabilidad del Estado legislador no ha sido el resultado de una suerte de activismo judicial, sino la aplicación de normas o valores cuya presencia es inequívoca en el ordenamiento jurídico al que los órganos del poder judicial siempre deben ajustar sus resoluciones .

Y el propio poder legislativo ha venido a reconocerlo así en la reciente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuyo artículo 32 (apartados 3, 4, 5 y 6) regula la responsabilidad del Estado legislador en los siguientes términos:

«3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen ».

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurran los requisitos previstos en los apartados anteriores:

- a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurran los requisitos del apartado 4.*
- b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.*

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.*
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.*
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.*

6. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa. »

Esta nueva regulación es un claro espaldarazo del poder legislativo a la responsabilidad del Estado legislador. Y lo es porque lo que hace el propio legislador es, en lugar de coartar la posibilidad de pronunciamientos jurisdiccionales en esta materia, asumir la doctrina jurisprudencial que completó o colmó los silencios normativos sobre esa específica responsabilidad del poder público y reconocerla de manera expresa.

CONTESTACIÓN
AL DISCURSO DE INGRESO DEL
EXCMO. SR. D. NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN
POR EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
EXCMO. SR. D. JUAN ROCA GUILLAMÓN

La Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia se honra hoy en recibir a un jurista de enorme talla intelectual y humana de nuestro nuevo académico, D. Nicolás Maurandi Guillén. En nombre de todos nosotros, sus compañeros académicos, quiero darle nuestra más cordial bienvenida.

Pero mi satisfacción es múltiple, por tener entre nosotros a un gran jurista, y también a un muy querido amigo personal que además me distinguió hace ya algún tiempo con el encargo y la responsabilidad de pronunciar la contestación a su discurso de ingreso.

El nuevo académico acumula méritos más que sobrados para alcanzar tal condición, a algunos de los cuales me referiré inmediatamente; pero antes quiero destacar la estrecha vinculación de Nicolás Maurandi con Murcia, habida cuenta que, aun nacido en Villena, por razones de oportunidad familiar estudió el bachillerato en Lorca y la carrera de Derecho en nuestra Universidad.

Magistrado de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, lo mejor de su producción jurídica se sitúa en el vasto panorama del Derecho Público, si bien su experiencia profesional se alarga también por el derecho laboral, jurisdicción en la que es igualmente especialista.

No voy a hacer ahora y aquí una detallada exposición de su extenso curriculum y, en particular, de sus publicaciones, pues de ellas se puede encontrar cumplido detalle en el anexo que incorpora la publicación de su discurso de ingreso. Si daré, en cambio, algunos datos significativos de su trayectoria profesional y haré alguna reflexión sobre la doctrina que cabe extraer de algunas de sus sentencias.

Como he dicho, Nicolás Maurandi Guillén cursó la carrera de Derecho en la Universidad de Murcia. En 1977 ingresó simultáneamente en el Cuerpo de Secretarios Judiciales (rama de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción) y en la Carrera Judicial, desempeñando el puesto de Juez de Primera instancia e Instrucción de San Sebastián de la Gomera y Mula desde 1978 hasta 1980,

año en que ingresó en el Cuerpo de Magistrados de Trabajo. Entre 1980 y 1988 desempeñó sucesivamente en Navarra, Barcelona y Alicante dicho destino en la jurisdicción laboral. En este mismo año de 1988 supera las oposiciones de Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo, pasando a desempeñar esa función, primero, como Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Albacete, con sede en Murcia (desde junio de 1988 hasta mayo de 1989) y desde su constitución en 1989, en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Con todo, la culminación, por ahora, de la carrera del nuevo académico, la obtiene al ser promovido en mayo de 1999 a Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, (sección 7ª) de cuya Sala de Gobierno forma parte en la actualidad, tras tres renovaciones consecutivas, por elección de sus compañeros. Y es de destacar también como reconocimiento a su trayectoria, que fue propuesto al Senado por la Asamblea Regional de Murcia como candidato para cubrir una de las plazas de Magistrado en la última renovación del Tribunal Constitucional, así como que ostenta, con legítimo orgullo, la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort, con que fue distinguido por el Ministerio de Justicia. Y, en fin, en 2009 es elegido, por unanimidad de la Junta de Académicos, para ocupar plaza de Académico de Número de esta Real de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, que culminamos hoy con la lectura del excelente discurso reglamentario a que acabamos de asistir.

Pero Nicolás Maurandi no es persona que se haya encerrado entre las paredes de su despacho, sino que su actividad en el ámbito de lo que hoy llamamos transmisión del conocimiento - que en su caso incluye no solo el que es producto del estudio, sino también de su dilatada experiencia - se ha proyectado en su amplia participación en foros, seminarios, congresos y conferencias, de los que se da cuenta al final de estas páginas. Y es también muy destacable su labor como Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de Murcia, prácticamente durante todo su periodo de diez años de permanencia entre nosotros, desde el curso 89/90 hasta el curso 98/99.

Al hablar de los jueces es casi un tópico destacar que estos no deben ser conocidos por sus declaraciones o su perfil mediático, sino por sus sentencias. Y en el caso de Nicolás Maurandi esta cualidad también se da cumplidamente a poco que se pare la atención en que, solo durante los dieciséis años de permanencia en el Tribunal Supremo, ha redactado más de 2.000 sentencias como ponente, en asuntos sobre Derechos Fundamentales, Derecho electoral, Función Pública, Contratación Administrativa y actos de poderes públicos que no forman parte de la Administración General del Estado (Consejo General del Poder Judicial, Consejo de Estado y Tribunal de Cuentas). A algunas de esas Sentencias creo que es oportuno que me refiera en este momento, aunque sea con la brevedad que a estas alturas del acto de recepción parece adecuado.

La primera de estas sentencias sobre la que quiero llamar la atención es la STS de 14 de julio de 1999. Se refiere a un caso en el que el CGPJ impuso una sanción pecuniaria a un magistrado por infracción grave de falta de respeto a los magistrados de la Sala Segunda del TS y dos faltas leves de desconsideración a otros magistrados a través de varios artículos publicados en la prensa diaria. La Sentencia aborda varios problemas de interés pero yo creo como más destacables los dos siguientes: 1) si un juez puede ser sancionado disciplinariamente por su actuación fuera de la función jurisdiccional y, 2) la tan discutida confrontación entre la libertad de expresión y sus límites. En relación con este último punto se ha destacado por Luis Martín Rebollo¹ el mérito del ponente de haber sabido condensar en breves palabras la doctrina constitucional al respecto, resaltando que hay sectores o grupos de ciudadanos sometidos a límites más estrictos en cuanto al ejercicio de la libertad de expresión por razón de la función que desempeñan, como es el caso de jueces y magistrados, en la línea ya manifestada por el TEDH. Un pasaje significativo es el que, con contundencia, dice que (los jueces) mientras permanezcan en activo, han de cumplir con el deber de lealtad constitucional y en virtud del mismo abstenerse de realizar conductas que quebranten la confianza social en el Poder Judicial que constituye elemento básico del sistema democrático.

1 MARTÍN REBOLLO, Luis "Un año de jurisprudencia contencioso-administrativa. VI Aspectos materiales", *Crónica de Jurisprudencia* Año 2010 Aranzadi. p. 302 ss.

El sistema disciplinario tiende a cumplir aquí una doble función: garantizar la actividad interna del aparato burocrático y que el Poder Judicial aparezca externamente ante la sociedad con los rasgos y exigencias que resulten inexcusables para el buen funcionamiento del sistema democrático. A juicio del comentarista antes citado, esta sentencia es justamente un ejemplo de la confianza que resulta inexcusable en un sistema democrático, y que por ello tiene un plus pedagógico que conviene resaltar.

Asimismo esta sentencia ha merecido varios comentarios elogiosos del constitucionalista Marc Carrillo, así como la atención de la prensa diaria. En este sentido, por ejemplo, Javier Pradera en su artículo "Jueces que juzgan a jueces" de la edición dominical de El País de 1 de agosto de 1999, subrayó en ella la importancia de que el Tribunal Supremo proclame el deber de lealtad constitucional de los jueces.

La segunda de las sentencias de Maurandi a la que quiero referirme es la STS de 12. 1. 2000, confirmatoria de la sanción impuesta a una empresa de auditoría en aplicación de una norma no publicada. Me limitaré a transcribir las palabras del Profesor Alejandro Nieto en el Apéndice jurisprudencial de su muy conocida obra sobre Derecho sancionador.² Textualmente dice que "esta Sentencia- minuciosa, precisa y al tiempo sobria- es un excelente ejemplo de uno de los mejores estilos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme al cual se resuelve la cuestión conflictiva empleando una ajustada técnica jurídica pero absteniéndose de hacer declaraciones teóricas generales. De esta manera se obliga al operador a extraer por su cuenta las consecuencias dogmáticas que inspiran la resolución sin facilitarle esa tarea con generalizaciones que con frecuencia resultan engañosas cuando se quieren aplicar a otros casos. La sentencia, en definitiva, dibuja tres soluciones posibles en materia de publicación de normas sancionadoras, de relaciones especiales de sujeción y de culpabilidad, mas deliberadamente se abstiene de proporcionar «recetas» para resolver otros casos". Quién conozca a Alejandro Nieto, como yo tuve la oportunidad de aprovechar intensamente cuando fue mi profesor

de Derecho Administrativo en la Universidad de La Laguna, sabrá apreciar el valor de estas palabras elogiosas, precisamente por no ser Nieto persona muy proclive al halago fácil.

Quizás aun más conocida sea la tercera de las sentencias que comento. Me refiero a la STS de 27 de noviembre de 2007 (Rec. 407/2006), sobre anulación de dos nombramientos de magistrados del TS, que mereció un agudo artículo periodístico de Sosa Wagner, titulado “¿Qué hacer con el Consejo General del Poder Judicial?”, en la edición del diario El Mundo de 17 de diciembre de 2007, y un elogioso comentario de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández dentro del epígrafe “Control de la discrecionalidad y tutela judicial efectiva de su prestigioso Curso de Derecho Administrativo³. A esta misma sentencia se referiría después Tomás Ramón Fernández en su discurso jubilar “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional” al citarla como una muestra jurisprudencial importante para la construcción de una teoría del control del poder discrecional.

La cuarta y última sentencia de las que he seleccionado para esta ocasión es la STS 11 febrero de 2009 (Cas 1013/08) sobre la constitucionalidad de la asignatura “Educación para la Ciudadanía”. Fue noticia destacada en todos los medios de comunicación y ha sido objeto de muchísimos comentarios doctrinales. Entre estos creo que merece resaltarse el de Antonio Embid Irujo que en un artículo sobre el tema destaca lo que en esta sentencia de nuestro recipiendario de hoy se declara sobre la importancia que tiene la actividad educativa para difundir el valor de los derechos fundamentales y el pluralismo.

Sentados los importantes méritos del nuevo académico, es el discurso de ingreso el que reclama un comentario por quién, como es mi caso, ha asumido con halago pero con responsabilidad, la tarea de recibirle haciéndose eco de las doctas palabras aquí pronunciadas.

3 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 16ª ed. Madrid 2009

Y puedo asegurarles que, por varias razones, no es esa tarea fácil. Una, desde luego, por la profundidad del tratamiento que Nicolás Maurandi ha proyectado sobre un tema que, *per se*, no es en absoluto sencillo. Y en segundo lugar, por no ser este un tema de mi disciplina jurídica, el Derecho Civil. Sin embargo acepté el reto también por dos razones. Una, por el honor y distinción con que el recipiendario me favorecía; y dos, por estar convencido, desde mi experiencia, que no siempre resulta acertado que las contestaciones a los discursos las haga un compañero de la misma especialidad, por el riesgo de enzarzarse en una suerte de torneo dialéctico cuando los puntos de vista no son enteramente coincidentes. No es éste, desde luego, el caso.

El excelente discurso que acabamos de escuchar muestra a las claras que el recipiendario conoce críticamente el Derecho Administrativo desde una perspectiva que va mucho más allá del escueto derecho positivo, lo que en este caso ya sería bastante si se considera la colosal dimensión alcanzada por este sector del ordenamiento jurídico. Conoce además, y muy bien, el derecho comparado de los distintos Estados contemporáneos, incluyendo la jurisprudencia europea continental y angloamericana.

El trabajo, metodológicamente, tiene el mérito de haber ordenado los criterios jurisprudenciales – a los que él mismo ha contribuido – para sistematizarlos a partir de un modelo de responsabilidad patrimonial del Estado extraído de un minucioso proceso de decantación conceptual, y concluir exponiéndolo como un modelo en sí mismo, que es el resultado, al cabo, de su trabajo.

Pero además, un discurso espléndido, como lo es éste, también merece ser objeto de alguna reflexión, al margen de las que sugiere su docta y brillante exposición. Y es que, en efecto, hablar de responsabilidad del Estado como consecuencia de uno de sus deberes, cual es el del desplegar su facultades de creación normativa, es algo que sugiere la necesidad de dilucidar como se alcanza tal situación.

En las sociedades contemporáneas los cuerpos sociales intermedios, articulados en ese concepto que ahora llamamos “sociedad civil”, reclaman hoy en muchos países un papel que sin duda a lo largo del siglo XX había venido a ser sustituido por el aparato administrativo del Estado, como consecuencia, en parte, de un proceso de secularización de la sociedad que había determinado la sustitución de la dimensión social del Derecho, preconizada desde una óptica religiosa de raíz judeo-cristiana, anterior al voluntarismo de Duns Scoto, por una exaltación del valor del individuo y su consecuente tendencia a legislar anteponiendo el interés individual al social.

Ciertamente el ser humano es persona por la dignidad que le confiere el hallarse dotado de inteligencia y libertad y, por tanto, objeto preferente del Derecho, y en concreto del Derecho Civil, que por algo ha podido ser definido como el «estatuto jurídico fundamental de la persona». Pero al tiempo, la persona es un ser con una tendencial inclinación a la relación con otros seres de su propia especie. Lo es desde su nacimiento con sus padres, con su familia y, en fin, con sus conciudadanos. La búsqueda del equilibrio de intereses entre ambos extremos, el ser social y el ser individual, la expone De Castro de manera magistral al explicar su concepción acerca de la distinción entre el Derecho Público y el Privado, como consecuencia de la pendulación de la norma entre los que D. Federico llamaba «principio de personalidad» y «principio de comunidad». La responsabilidad del Estado legislador se explica así, en su origen, como una necesidad que yo creo que en el fondo es más individual que social, porque si bien se busca restañar lesiones de contenido netamente patrimonial como consecuencia de la actividad legislativa del Estado, que a menudo afectan a cuerpos sociales (los cuerpos intermedios) no puede olvidarse que estos están frecuentemente influidos por poderosos grupos de presión que a su vez influyen de modo notorio en las decisiones del propio Estado.

En 1961, con ocasión del prematuro fallecimiento en desgraciado accidente de su discípulo Manuel Ballbé i Pruñés, escribía D. José M^a. Pi i Suñer con referencia a la aportación técnica de aquel a importantísimos proyectos de ley

donde es fácil descubrir su impronta. Se refería en particular a la contribución de Ballbé a la Ley del Suelo, a los Reglamentos de Bienes y Servicios de las Corporaciones Locales, a la Ley de Procedimiento Administrativo y a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con su luminosa Exposición de Motivos debida a la pluma del que fuera catedrático de nuestra Universidad. Observaba Pi i Suñer que Ballbé, de formación romanista, parecía más un civilista que un cultivador del Derecho Público, debido a la flexibilidad de sus planteamientos, cualidad que habría transmitido a aquellas nuevas y excelentes leyes, dotándolas de una flexibilidad que jamás habrían soñado los ponentes de la vieja ley de 1888 ni de cuantos proyectos de ley sucedieron a aquella. Pues bien, yo creo que Maurandi va a ser, también por razón de su formación jurídica básica, una pieza importante en la nueva etapa, en realidad un considerable reto, que se abre para la Sala 3ª del Tribunal Supremo con el nuevo régimen de la casación administrativa. Acaso tanto él como sus compañeros y, naturalmente, el nuevo Presidente de la Sala, se encuentren en una encrucijada histórica desde el punto de vista procesal que, a buen seguro, sabrán resolver con prudencia y flexibilidad.

A modo de conclusión: con enorme complacencia hemos recibido hoy en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia no ya a un gran especialista en las más importantes disciplinas del Derecho Público, sino a alguien que es mucho más. Sin duda, un jurisconsulto muy completo que hace axiomática la definición de Ulpiano: *Divinorum atque humanorum rerum notitiae, iusti atque iniusti scientia*.

HE DICHO.

PUBLICACIONES DEL EXCMO. SR. D. NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN

a) Artículos y capítulos de libros:

- «¿ES POSIBLE ACORDAR LA SUSPENSION CAUTELAR DE LICENCIAS URBANÍSTICAS CON POSTERIORIDAD AL PRIMER ACTO DE APROBACIÓN INICIAL DEL PLANEAMIENTO?»

(Ponencia publicada en el tomo de Cuadernos de Derecho judicial sobre «Urbanismo II»)

- «LAS PERSONIFICACIONES INSTRUMENTALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL. LOS LLAMADOS ENTES INSTRUMENTALES: CONCEPTO, CLASES, RÉGIMEN JURÍDICO Y RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ »

(Trabajo monográfico de 100 pgs, publicado en 1994 en el tomo XXXII de Cuadernos de Derecho judicial sobre «Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo»).

- «INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN LAS MATERIAS DE CONSUMO Y SALUD»

(Trabajo monográfico publicado en 1997 en el tomo XI de Cuadernos de Derecho judicial sobre «Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo»).

- «JURISDICCIÓN, COMPETENCIA Y ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL»

(Es un libro de varios autores publicado en 1996 por la editorial "EDERSA" y en el que ha realizado la parte dedicada a la jurisdicción contencioso-administrativa, con una extensión de alrededor de 300 páginas).

▪«LOS LÍMITES COMPETENCIALES EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS JURISDICCIONES SOCIAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LOS PRONUNCIAMIENTOS EN MATERIA SOCIAL DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TSJ DE MURCIA»

(Trabajo incluido en un libro publicado como consecuencia del Curso «La doctrina social del TSJ de Murcia», celebrado en Murcia a finales de 1991 y organizado conjuntamente por los Colegios de Abogados y Graduados Sociales y por la Asociación de Derecho del Trabajo de la Comunidad Autónoma de Murcia).

▪«MECANISMOS DE CONTRAPODER» (el Consejo General del Poder Judicial y las Autonomías), artículo publicado el día 8 de enero de 1991 en el diario «El País».

▪«EL LABERINTO JUDICIAL», artículo publicado el día 1 de agosto de 1997 en el diario «El País».

▪«LA CONCURRENCIA DE JURISDICCIONES EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS»

(Trabajo monográfico publicado en 1999 en el tomo II de Cuadernos de Derecho judicial sobre «Valoración Judicial de daños y perjuicios»).

▪«LA IMPUGNACIÓN DE LAS AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO. PROBLEMAS DE ENJUICIAMIENTO: LA EXPERIENCIA DEL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO»

(Trabajo monográfico publicado en 1999 en el tomo de Cuadernos de Derecho judicial sobre «Competencias del orden social tras la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa»).

▪“LAS PERSONIFICACIONES JURÍDICAS DEL SECTOR PÚBLICO ESPAÑOL. TIPOLOGÍA Y RÉGIMEN DE PERSONAL”.

En obra colectiva publicada por el Ministerio de Justicia.

▪“UNA VISIÓN PANORÁMICA DE LOS LÍMITES ENTRE LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO” (publicado en el núm. 33 de los Manuales de Formación Continuada del CGPJ).

▪“EL ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA ENJUICIAR ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL.” (también publicado en el núm. 33 de los Manuales de Formación Continuada del CGPJ).

▪“UNA APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR LAS ACTUACIONES URBANÍSTICAS.”

Publicado en la obra colectiva coordinada por Juan Antonio Moreno Martínez *“La responsabilidad civil y su problemática actual”*, Editorial DYKINSON, 2007.

▪La parte correspondiente al recurso de casación para la unificación de doctrina, al recurso de casación en interés de la Ley y al recurso de revisión en la obra colectiva “LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DIEZ AÑOS DESPUÉS”. Editorial Jurídica SEPIN SL 2010.

▪“COMENTARIOS A LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL” (realizó los comentarios referidos a los artículos 2, 3, 69 a 73, 148 a 152, , 287, 288 y 303), editada en por Lex Nova-Thomson Reuters. Hay tres ediciones realizadas en noviembre de 2011, diciembre de 2011 y en diciembre de 2012, y está en preparación una cuarta.

▪ Director, conjuntamente con el Catedrático de Derecho Administrativo D. Miguel Sánchez Morón, de la obra “COMENTARIOS A LA LEY 30/1992”, editada en mayo de 2013 por Lex Nova-Thomson Reuters. En ella intervienen un total de 40 personas (siendo la mitad Magistrados del Tribunal Supremo y la otra mitad Catedráticos de Derecho Administrativo o de Derecho Constitucional, Letrados del Consejo de Estado y Abogados del Estado).

▪ “EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA”, en la revista “Jueces para la Democracia, Información y Debate”, en los números 79 y 80 (marzo y julio de 2014)

▪ *PROPIEDAD PRIVADA Y DOMINIO PÚBLICO EN LA RIBERA DEL MAR. La evolución normativa hasta la Ley de Costas de 1988 y su incidencia en la jurisprudencia del TC y del TS*. Monografía inédita, pendiente de publicación.

* Además de los anteriores, las siguientes ponencias en el seno del asociacionismo judicial.

▪ Sobre Política Judicial, publicada en el nº 0 de la Revista «Jueces para la Democracia. Información y Debate».

▪ Sobre el problema de las personificaciones públicas instrumentales, defendida y expuesta en el Congreso de Zaragoza de la asociación Jueces para la Democracia).

▪ La titulada "La ineficacia del funcionamiento de la Justicia: un grave incumplimiento constitucional y un incomprensible olvido del asociacionismo judicial (presentada en el Congreso de Cantabria de la asociación Jueces para la Democracia).

b) Participación en Cursos como profesor, conferenciante o ponente:

- Seminario sobre el Estatuto de los Trabajadores en la Escuela de Práctica Laboral del Colegio de Graduados Sociales de Barcelona (mayo y junio de 1983).
- Colaboración en la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Barcelona, impartiendo la materia «*Procesos Jurisdiccionales de Seguridad Social*» (año 1986).
- II Curso de Urbanismo de la Región de Murcia, organizado por la Consejería de la Administración Pública e Interior en junio de 1991. Pronunció una conferencia sobre: «*Las ordenes de ejecución. El deber urbanístico de conservación. La declaración de ruina*».
- Curso de Especialización sobre «La Doctrina Social del TSJ de Murcia», organizado en noviembre de 1991 conjuntamente por la Asociación de Derecho del Trabajo de la C.A. de Murcia y los Colegios de Abogados y Procuradores. Impartió la materia «*Cuestiones Contencioso-Laborales*».
- Curso de Especialización sobre «Normas y Criterios jurisprudenciales recientes en materia social», organizado en marzo de 1993 conjuntamente por la Asociación de Derecho del Trabajo de la C.A. de Murcia y los Colegios de Abogados y Procuradores.
- Ha sido profesor en los cursos de formación de funcionarios que anualmente organiza el Instituto de Administración Pública en Murcia (en ellos ha dado cada año dos conferencias sobre “Organización Administrativa y Procedimiento” desde 1989 hasta 1995).

▪ Ponente en el Curso de Formación del CGPJ sobre «Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo».

Realizó una exposición sobre: *«Las personificaciones instrumentales en el Derecho administrativo español. Los llamados entes instrumentales: concepto, clases, régimen jurídico y relación con la Administración matriz»*.

▪ Ponente en el Curso de Formación del CGPJ sobre «Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo». La intervención versó sobre *«infracciones administrativas en las materias de consumo y salud»*.

▪ Director Coordinador y Ponente, dentro del Plan de Formación Territorial del CGPJ, del curso "Responsabilidad del Estado y Jurisdicción", exponiendo una ponencia sobre la concurrencia de jurisdicciones en los procesos de responsabilidad de las Administraciones Públicas, cuyo texto escrito se entregó previamente a los asistentes (un trabajo de 30 páginas).

▪ Profesor de dos Cursos organizados por la Diputación Provincial de Alicante, sobre «Entidades Locales y Administración de Justicia», impartiendo el tema referido al *«El proceso administrativo ordinario: Iniciación y desarrollo»*, y acompañando para su entrega a los participantes el texto escrito de esa intervención (un trabajo de 26 páginas).

▪ Ponente en el curso "La ley de Costas" organizado en Agosto de 1996 por la Universidad de Murcia y el Ayuntamiento de Torrevieja, pronunciando una conferencia bajo el título *"La propiedad privada y el demanio marítimo terrestre en la Jurisprudencia del TC y del TS"*.

▪ Ponente en las II Jornadas "LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LOS ARQUITECTOS", organizadas por el Colegio Oficial de Arquitectos de Murcia (noviembre de 1996), disertando sobre la *materia "La responsabilidad administrativa de los Arquitectos. En especial la responsabilidad por infracciones urbanísticas"*.

▪ Ponente en el «II SEMINARIO SOBRE ASPECTOS JURÍDICOS DE LA GESTIÓN UNIVERSITARIA», celebrado en Murcia en Diciembre de 1996, y exponiendo la siguiente Ponencia “*La Polémica actual sobre el control judicial del poder público: actos políticos y discrecionalidad administrativa*” (su texto escrito, 23 páginas, se entregó a los participantes).

▪ Ponente en un curso sobre responsabilidad civil organizado por la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Murcia (abril de 1997), impartiendo la materia «Los Conflictos de Jurisdicción por la responsabilidad de las Administraciones Públicas».

▪ Ponente en un Seminario sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa realizado en Murcia y organizado por el CGPJ.

Mi exposición tuvo este título: “*El vacío legal existente en materia urbanística tras la sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de marzo*”.

▪ Ponente en el MASTER DE URBANISMO, organizado en 1998 por la Escuela de Negocios de la Región de Murcia-Fundación Universidad Empresa.

Realizó una exposición sobre *Estatuto de la propiedad del suelo. Derechos y Deberes*.

▪ Ponente en un seminario sobre suspensión de actos administrativos organizado por el CGPJ.

▪ Ponente en el curso sobre valoración judicial de daños y perjuicios organizado por el CGPJ en 1999.

▪ Ponente en el curso sobre «Competencias del orden social tras la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa») organizado por el CGPJ en 1999.

Expuso la Ponencia: “*La impugnación de las autorizaciones administrativas en los expedientes de Regulación de Empleo. Problemas de enjuiciamiento: la experiencia del orden contencioso-administrativo*”.

▪ Participación en las Jornadas “ASPECTES MULTICISCIPLINARS DEL DRET DEL TURISME”, organizadas por la Agencia Valenciana del Turismo en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial. Realizó una exposición sobre “*Los litigios sobre los enclaves privados en la ribera del mar.*”

▪ Ponente en el Curso “Los conflictos entre las distintas jurisdicciones. Propuestas de solución (8/02/2001 al 2/03/2001)”, organizado por el CGPJ.

▪ Ponente en la JORNADAS SOBRE LA LEY 1/2001, DEL SUELO, DE LA REGIÓN DE MURCIA, organizadas en octubre de 2001 por la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia. Pronunció una conferencia sobre “*Supuestos indemnizatorios en materia urbanística*”

▪ Ponente en las XXIV JORNADAS de ESTUDIO DE LA ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO que, bajo el título “EL ÁMBITO PRIVADO DEL SECTOR PÚBLICO”, se celebraron en el Ministerio de Justicia en diciembre de 2002.

Expuso la Ponencia “*Las Personificaciones Jurídicas del Sector Público Español. Tipología y Régimen de Personal.*”

▪ Ponente en un curso organizado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Expuso la ponencia: “*La invalidez de los contratos de las Administraciones Públicas*”.

▪ Conferencia sobre: *El ámbito de aplicación de la responsabilidad patrimonial. El elemento subjetivo.*, dentro del Ciclo de conferencias sobre “La responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas” organizadas en mayo de 2003 por el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia y la Agrupación de Jóvenes Abogados de Murcia.

- Ponente en la JORNADA SOBRE ACOSO MORAL EN EL TRABAJO, organizada por Editorial Bomarzo con la colaboración del CGPJ. Expuso la Ponencia: *“El mobbing en las Administraciones Públicas: su tutela jurídica.”*
- Coordinador y ponente relator en el Seminario “DERECHO PENAL-ADMINISTRATIVO. LÍMITES, DIFERENCIAS Y TENDENCIAS LEGISLATIVAS. Organizado por el CGPJ en febrero de 2004.
- Ponente en el seminario sobre “PROTECCIÓN JURISDICCIONAL FRENTE AL RUIDO” celebrado en abril de 2004 por el CGPJ. Realizó una exposición referida a la regulación sustantiva sobre el ruido, las técnicas de intervención administrativa en esta materia y la regulación procedimental de esta intervención.
- Ponente en el Curso “INCIDENCIA DE LA LOPJ EN EL ESTATUTO DEL JUEZ. POTESTAD SANCIONADORA DEL CGPJ E INDEPENDENCIA JUDICIAL. ESPECIALIZACIÓN DE LOS ORDENES JURISDICCIONALES, organizado por el CGPJ en septiembre de 2005. Ponencia *“Los ilícitos disciplinarios judiciales”*.
- Director del Curso sobre “MATERIAS OBJETO DE CONOCIMIENTO POR EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO” organizado por el CGPJ en 2005. Desarrollo de dos ponencias: *“Una visión panorámica de los límites entre los ordenes jurisdiccionales y contencioso-administrativo”*; y *“El orden jurisdiccional competente para enjuiciar actos de la Administración laboral.”*
- Ponente en las II JORNADAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO organizadas por la Junta de Extremadura en Plasencia en 2005. Desarrolló el tema: *“El control jurisdiccional de los actos de las Administraciones Públicas en materia social.”*

▪ Conferencia en la Universidad de Alicante-Fundación General en 2005 con este título: *“Participación de la mujer en la fiesta. Una visión desde el Derecho.”* Desarrollada dentro del Curso “FIESTAS Y MUJERES. PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL”, organizado por el Seminario Universitario sobre Derechos de las Mujeres (Área de Derecho constitucional).

▪ Ponente en las II JORNADES SOBRE QUESTIONS ACTUALS DE LA GESTIÓN ECONÓMICA DE LES ADMINISTRACIONS PUBLIQUES DE LES ILLES BALEARS, organizadas por el *Govern de les Illes Balears* en septiembre de 2005.

Disertó sobre *Las personificaciones instrumentales en el derecho administrativo español*.

▪ Ponente en las XXII Jornadas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, celebradas en las Palmas de Gran Canaria en noviembre de 2005.

Realizó una exposición sobre el *“El difícil deslinde entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa. Últimas reformas y análisis crítico”*.

▪ Ponente en las II JORNADAS NACIONALES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL organizadas en el Curso-2005/ 2006 por la Universidad de Alicante.

Expuso la ponencia: *“Una aproximación al estudio de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en la actuación urbanística.”*

Participó, dentro de esas mismas jornadas, en una mesa redonda sobre “Conflictos de Jurisdicciones, junto al catedrático don Fernando Pantaleón Prieto y el Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo don Juan Antonio Xiol Ríos.

▪ Ponente en el VII CONGRESO NACIONAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL-Responsabilidad Civil y Jurisprudencia., organizado por la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Gijón en junio de 2006. Pronunció una conferencia sobre la *Responsabilidad patrimonial en la Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo*.

- Ponente en un curso de formación sobre “DELITOS ECONÓMICOS Y SOCIETARIOS” organizado por la Fiscalía General del Estado y celebrado en octubre de 2006 en el Centro de Estudios. Del Ministerio de Justicia. Expuso la Ponencia: *“Los aspectos administrativos del delito fiscal”*.
- Ponente en el “Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la jurisdicción social, organizado por el CGPJ y celebrado en Murcia en 2007.
- Ponente en el Curso “Jurisprudencia Contencioso-Administrativa: Análisis Crítico”, organizado por el CGPJ en 2008. Desarrolló la ponencia: *“Jurisprudencia Contencioso-administrativa sobre libertad sindical, huelga y negociación colectiva en las Administraciones Públicas”*.
- Ponente en el Curso Principales Novedades de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, organizado por el CGPJ en 2008. Desarrolló la ponencia: *“Acceso y pérdida de la condición de funcionario y su proyección en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*.
- Seminario de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo sobre «JUSTICIA Y MEDIOS AUDIOVISUALES» (Santander, septiembre de 2007). Desarrolló la ponencia: “El Pluralismo informativo y los medios audiovisuales” (junto al catedrático y magistrado del Tribunal Supremo Pablo Lucas Murillo de la Cueva).
- Seminario de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo sobre la SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (Santander, septiembre de 2008). Desarrolló la ponencia: “Una visión elemental sobre los aspectos jurídicos de la sociedad de la Información”.

- X Curso de Régimen Jurídico de Universidades, organizado por la Universidad Internacional de Andalucía en colaboración con la Asociación para el Estudio del Derecho Universitario.

Expuso el 24 de abril de 2009 la ponencia “Últimas tendencias jurisprudenciales del control de la discrecionalidad en el acceso al empleo público”.

- Ponente en el Seminario sobre Libertad Religiosa organizado por la Fundación Euroárabe y el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Granada, celebrado en noviembre de 2011.

En él participaron 2 Magistrados del Tribunal Supremo y 5 Magistrados del Tribunal europeo de los Derechos Humanos, así como varios Catedráticos de Derecho Constitucional.

c) Asistencia a Cursos o Seminarios sobre temas jurídicos:

- Tres cursos sobre Derecho Comunitario organizados por el CGPJ, la *Generalitat* de Catalunya y el Patronato Pro-Europa (1983, 1985 y 1987).

- Seminario de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo sobre «Derechos Fundamentales y Derecho de amparo» (Santander, septiembre de 1990).

- «Jornadas sobre cuestiones actuales de Enjuiciamiento laboral» (organizadas en octubre de 1983 por el CGPJ y el Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social).

- ENCUENTRO DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LA UNIÓN EUROPEA CON MAGISTRADOS DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, celebrado en la sede del Tribunal Supremo de Madrid el 22 de septiembre de 2011.

- Asistencia a las reuniones del Consejo de Administración y de la Asamblea de la “RESAU DES PRESIDENTS DEL COUR SUPRÊMES JUDICIAIRES” celebradas en HELSINKI los días 5 y 6 de septiembre de 2013. Actuó como miembro de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de España en representación del Presidente.
- JORNADAS CON EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, organizadas por el Tribunal Supremo de España y celebradas en la sede de este último, en Madrid, el 24 de octubre de 2014.
- FORO DE MAGISTRADOS ORGANIZADO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, celebrado en la sede de este último, en Luxemburgo, durante los días 17 y 18 de noviembre de 2014.
- Primera Jornada-Seminario “TRIBUNAL CONSTITUCIONAL-TRIBUNAL SUPREMO”, organizadas por el Tribunal Constitucional en su sede en 2014.

