

CONCLUSIÓN

En resolución, el tema básico de la jurisdicción de los Tribunales contencioso-administrativos para definir sin límites la responsabilidad patrimonial por hecho de las Leyes no se encuentra en modo alguno justificado si aplicamos criterios interpretativos normales y serenos. Es, sin embargo, a nuestro juicio, un argumento más, y especialmente consistente, para condenar la autoatribución de jurisdicción que están haciendo de esta materia los jueces contencioso-administrativos en nuestro Derecho.

CAPÍTULO IV

**LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO
DE LOS CIUDADANOS: EXPROPIACIÓN FORZOSA Y
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL
LEGISLADOR EN EL DERECHO COMPARADO**

SUMARIO: I. *La garantía constitucional del patrimonio privado de los ciudadanos.*—II. *La diferencia constitucional explícita entre delimitación de la propiedad según su función social y expropiación. El ámbito lícito de determinación del Legislador.*—III. *El problema en la jurisprudencia constitucional norteamericana; la distinción básica entre taking y regulation.*—IV. *En el Derecho Constitucional alemán.*—V. *El Derecho Constitucional italiano.*—VI. *El caso de Francia. Duguit. Responsabilidad patrimonial du fait des Lois y su verdadero alcance. La adopción por el Conseil Constitutionnel de la distinción entre regulación y expropiación.*—1. *La doctrina de Duguit.*—2. *El arrêt La Fleurette de 14 de enero de 1938.*—3. *La jurisprudencia ulterior.*—4. *La adopción expresa del criterio taking-regulation por el Conseil Constitutionnel.*

I

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO PRIVADO
DE LOS CIUDADANOS

No hay que hacer un gran esfuerzo (y nos ahorramos, por otra parte, el sí que formidable esfuerzo de pretender ver en el art. 9.3 de la Constitución cuando «garantiza... la responsa-

bilidad de los poderes públicos» una consagración general y abstracta de la responsabilidad patrimonial del Legislador, que podrían actuar directamente los Tribunales ordinarios, como es un hecho que lo están haciendo ya)¹ para ver de inmediato que, en efecto, nuestra Constitución contiene una explícita garantía de la propiedad y de los derechos patrimoniales de los ciudadanos frente a todos los poderes públicos y, por tanto, frente al Legislador, la garantía formulada sin el menor equívoco en su art. 33. Dice este precepto:

«1. Se reconoce a derecho de 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».

Un principio análogo se encuentra en las Declaraciones internacionales de derechos fundamentales que ha incorporado el art. 10.2 de la Constitución como criterios interpretativos de los derechos fundamentales proclamados por ésta en su Título I, donde se encuentra el art. 33. En concreto, esos Convenios internacionales son inequívocos en la protección de la propiedad y los derechos patrimoniales de los ciudadanos frente al Estado. Así:

– Declaración Universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas, 1948, art. 17:

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

¹ Vid. el capítulo II de este libro.

2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad».

– Protocolo Adicional 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1954², art. 1:

«Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del Derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas».

Hay que decir, además, que la jurisprudencia constitucional ha extendido de manera explícita la garantía del art. 33 a todos los derechos patrimoniales, aceptando la cobertura general que resulta del art. 1 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 1954, cuya amplitud conviene retener:

«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 fueren las personas o Entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio».

El párrafo 2º del artículo excluye las llamadas ventas forzosas «reguladas por la Legislación especial sobre abasteci-

² La ratificación por España de ese Protocolo no se hizo hasta el Instrumento de 2 de noviembre de 1990 (BOE de 12 de enero de 1991) y sólo para las expropiaciones posteriores a la fecha de la ratificación. Esta particularidad tuvo por objeto excluir la posible aplicación de este precepto al asunto «Rumasa», bien conocido.

mientos, comercio exterior o divisas», que son siempre medidas generales (hoy ya en desuso en España), afectantes a todo un sector productivo o económico que es objeto de una intervención económica sistemática, y no «privaciones singulares» y más o menos ocasionales a una persona o, incluso, grupo de personas.

Aun intenta perfilar más la amplitud de ese concepto legal de expropiación el art. 1º del Reglamento de la Ley (Decreto de 26 de abril de 1957), al precisar:

«1. Toda intervención administrativa que implique privación singular de propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos a que se refiere el art. 1º de la Ley, es una expropiación forzosa a todos los efectos legales, y específicamente a los de exigencia de habilitación legal, de sometimiento a procedimiento formal y de garantía jurisdiccional frente a la misma.

2. La enumeración de los supuestos de privación singular de la propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos tiene carácter enunciativo y no excluye la posibilidad de otros distintos, a los fines de la calificación del párrafo anterior».

La amplitud del concepto legal de expropiación forzosa en nuestro Derecho es, pues, notable. La alusión a «intereses legítimos» ha permitido a la jurisprudencia incluir como expropiaciones, y por tanto indemnizables, la privación de simples situaciones de precario (así Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril y 22 de julio de 1997), de «actividades meramente toleradas por no contar con las autorizaciones o licencias exigibles» (Sentencias de 2 de julio de 1979, 4 de marzo de 1995 y 12 de diciembre de 1997), «cambio de estrategia» a que se verá forzada la industria que se traslada (Sentencia de 13 de noviembre de 1995), pérdida de publicidad determinada por el traslado del local (Sentencia de 9 de marzo de 1991), incremento de ruidos (Sentencia de 7 de febrero de

1997), etc., aunque lo normal sea que tales intereses pasen a ser una partida más a incluir en la indemnización.

Aunque la ratificación por España del Protocolo Adicional 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos es muy posterior a la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, no es ocioso notar que esa expansión tan extensa del concepto de expropiación forzosa (no frecuente en otros sistemas, concretados a la protección de la «propiedad» como derecho real específico) encuentra también hoy una cobertura explícita en el concepto utilizado, como vimos, por el citado Protocolo 1, «derecho al respeto de sus bienes»³, teniendo en cuenta el valor interpretativo que este Protocolo tiene para determinar el alcance del art. 33 de la Constitución, según su art. 10.2, como vimos. Bajo ese concepto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado indemnizables no sólo la propiedad, sino también inequívocos derechos de crédito o personales, como el subsidio de paro, anulación de certificados de urbanismo sobre cuya fe se había hecho una construcción, etc.⁴

Pero importa más notar que ese concepto legal tan amplio de la expropiación ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional como contenido de la garantía constitucional contenida en el art. 33 de la Constitución. Así, la Sentencia Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, dijo:

«Es claro que la garantía expropiatoria del art. 33.3 de la Constitución alcanza tanto a las medidas ablatorias⁵ del dere-

³ Por «bienes» el Diccionario de la Real Academia Española, 22ª ed., 2001, da este concepto: «Patrimonio, hacienda, caudal», y en plural, específicamente, «patrimonio».

⁴ Sentencias *Gaygusuz*, de 1996, *Pine Valley Developments*, de 1991, etc. Más adelante nos referiremos más despacio a la Sentencia *Sporrong y Löhrrot*, de 1982, cuya doctrina se ha invocado, con notoria inadecuación, como apoyo para justificar la responsabilidad del Estado Legislador.

⁵ El uso jurídico del término «ablación» (que utiliza también, por cierto, la *Corte Costituzionale* italiana en esta materia) aparece ya recogido

cho de propiedad privada en sentido estricto como a la privación de "bienes y derechos" individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial... Este Tribunal se ha referido ya en más de una ocasión (*Sentencias 108/1986, de 29 de julio, 37/1987, de 26 de marzo y 37/1987, de 11 de junio*, entre otras) al concepto de expropiación forzosa que se halla implícito en el art. 33.3 de la Constitución, declarando en substancia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social».

Así, pues, la cláusula general y tan extensa del art. 1º de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 ha quedado, propiamente, constitucionalizada.

II

LA DIFERENCIA CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA ENTRE DELIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD SEGÚN SU FUNCIÓN SOCIAL Y EXPROPIACIÓN. EL ÁMBITO LÍCITO DE DETERMINACIÓN DEL LEGISLADOR

Si tal es la extensión de la garantía que la Constitución otorga a los derechos e intereses patrimoniales en nuestro sistema, la conclusión podría ser que la misma resulta oponible,

en la 22 edición del *Diccionario de la Real Academia Española*, Madrid, 2001, como «sacrificio o menoscabo de un derecho». *Ablatio* en latín es cortar o quitar y en tal sentido es utilizado comúnmente en cirugía. En la magna *Enciclopedia del Diritto*, tomo I, 1958, se alude ya al término como procedente de la jerga de las Administraciones militares para indicar requisas, adquisiciones coactivas o prestaciones personales coactivas y se indica que en la doctrina, donde subsisten aún «dudas sobre los límites y caracteres de esta categoría, que algunos rechazan simplemente», se prefiere hablar de «procedimientos ablatorios», incluyendo los tributos. Creo que fue M. S. GIANNINI quien le da un carácter dogmático en Italia. Cfr. su obra *Diritto Amministrativo*, I, Milano, 1970, págs. 515 y ss. Seguido en España por la doctrina (p. ej., E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 9ª ed., Madrid, 2004, págs. 120 y ss.).

como un límite infranqueable, en cuanto constitucional, al Legislador mismo. La conclusión resulta exacta en abstracto, pero de ella no puede derivarse, como se ha pretendido por alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶, que el Legislador resulte limitado por un respeto obligado y absoluto a los «intereses patrimoniales legítimos» a que alude el art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa, pasando por encima de la explícita y nada equívoca reserva que el propio texto constitucional formula en su art. 33.2, y que corrobora el art. 1 del Protocolo Adicional I al Convenio Europeo de Derechos Humanos, reservas precisamente dirigidas a formular un ámbito lícito del ejercicio del poder legislativo capaz de afectar a tales intereses patrimoniales sin incurrir por ello en una verdadera expropiación.

Esas reservas son las siguientes, recordémoslas:

– Art. 33.2 de la Constitución:

«La función social de estos derechos [a la propiedad privada y a la herencia] delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes».

– Protocolo Adicional I al Convenio Europeo, párrafo 2º:

«Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las

⁶ La Sentencia del TS de 5 de marzo de 1993, sobre indemnización a empresas pesqueras como consecuencia de la incorporación de España a las Comunidades Europeas (Ley Orgánica 10/1985), dice en su FJ 3: «deviene procedente la indemnización cuestionada; habida cuenta, en primer lugar, de la existencia de derechos o al menos intereses legítimos cuyo sacrificio particular se impuso». Igualmente, sobre un caso idéntico, la Sentencia de 27 de junio de 1994, dijo que «dicha responsabilidad no puede negarse cuando la Ley tiene un contenido expropiatorio de derechos o intereses patrimoniales legítimos, como ocurre en el presente supuesto». Estos conceptos se repiten en la Sentencia de 16 de septiembre de 1997. En la materia de alteración del régimen jurídico de los funcionarios, algunas Sentencias de Audiencias Territoriales adujeron el mismo argumento para declarar indemnizable la reducción de la edad de jubilación, especialmente la Sala de Valencia (referencias en R. GALÁN VIOQUE, *La responsabilidad del Estado*

Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general...».

La Constitución, pues, expresamente separa de la expropiación forzosa en sentido estricto lo que llama «delimitación del contenido» de los derechos patrimoniales, que corresponde hacer a «las Leyes» para concretar su «función social» (y de acuerdo, también, con su art. 128, que afirma con énfasis que «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titular, está subordinada al interés general»). El texto del art. 1 del Protocolo 1 es quizá más inequívoco al ir precedida de la locución adversativa «sin perjuicio».

De estas normas básicas resulta, pues, inequívoco que una cosa es «expropiación» de un derecho patrimonial, no permitida a ningún poder constituido si no es indemnizada, y otra muy distinta es la «delimitación» (o la «reglamentación del uso») de tales derechos, según su «función social», siempre restrictiva para el propietario, «delimitación» con ese efecto que pueden hacerla precisamente las «Leyes», sin que deban hacerlo al precio de una indemnización correlativa de los, al menos, «intereses legítimos» que con esas Leyes se verán *siempre* necesariamente afectados algunos, al menos, de los destinatarios de dichas Leyes en que operen una alteración normativa.

Esta conclusión, que parece difícilmente discutible desde la perspectiva del simple análisis textual, resulta abrumadoramente confirmada con el análisis de la experiencia común de aquellos países que tienen un sistema de justicia constitucional capaz de imponer al Legislador los límites formulados por las super normas constitucionales. Resulta realmente sorprenden-

Legislador. Barcelona, 2001, págs. 465 y ss.), que utilizan igualmente el argumento de la lesión de, al menos, intereses legítimos.

dente que no se haya traído a colación esa experiencia (que veremos que es común en todos los países con jurisdicción constitucional) en el debate sobre tan importante tema, comenzando, como es natural, por nuestra propia y reiterada justicia constitucional, que veremos que es completamente inequívoca.

Hay que decir, además, que otra cosa hubiese resultado sorprendente y, además, sumamente grave para la posición constitucional del Legislador. Si se pretendiese imponer a éste el límite de que no pueda afectar, en términos absolutos, a la situación económica de los ciudadanos que son los destinatarios de sus decisiones (los «intereses patrimoniales legítimos» a que alude el art. 1º de la Ley de Expropiación, según vimos), se estaría consagrando *un sistema en el que resultaría, simplemente, imposible legislar*. La Legislación quedaría limitada al plano puramente interno del aparato público, porque el principio de la incolumidad plena y absoluta de las situaciones patrimoniales de los ciudadanos impediría en términos puede decirse que absolutos, proscibiría de hecho, cualquier cambio normativo, por mínimo que fuese, destinado a regular las relaciones sociales (y aun a las relaciones de los ciudadanos con la Administración con relevancia económica directa o indirecta, como es el caso, bien real entre nosotros, como nos consta, del *status* legal de los funcionarios en nuestra reciente experiencia jurisprudencial)⁷. Con ese aparentemente simple

⁷ Cfr. los datos que ofrezco en el capítulo I de este libro. Hay que decir que incluso ha llegado a pedirse indemnización por una empresa bien conocida en el mercado de bebidas «Pedro Domecq, S.A.» por varias Leyes que, al aumentar la carga fiscal, se les reprochaba una disminución de las ventas: Sentencia de 11 de octubre de 1991; la empresa reclamaba una indemnización de 4.372.613.000 ptas.; la Sentencia fue obviamente desestimatoria. Pero hay que decir que hay dos Sentencias del Tribunal Supremo, que confirmaron las del Tribunal Superior de Canarias, que estimaron la pretensión indemnizatoria contra el Legislador autonómico canario (Ley de 28 de julio de 1986) que había elevado el impuesto autonómico sobre carbu-

cambio técnico se habría transformado, en su totalidad, el sistema político entero sobre el que están instalados todos los Estados occidentales desde los orígenes mismos del constitucionalismo, una vez superado el sistema del Antiguo Régimen de petrificación del orden social, que estaba basado precisamente en la patrimonialización absoluta de las situaciones jurídicas adquiridas⁸. Sencillamente dicho: ese efecto parece una consecuencia excesiva como resultado de una simple doctrina jurídica, la cual, además, creemos que es gravemente errónea en términos elementales de interpretación de la Constitución, que, por de pronto, tendrá que reconocerse, al menos, que no ha pretendido jamás cosa tan trascendental y tan grave.

III

EL PROBLEMA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANA: LA DISTINCIÓN BÁSICA ENTRE *TAKING* Y *REGULATION*

La distinción entre «regulación» de los derechos y su «expropiación» aparece tempranamente en la primera de las juris-

rantes, por entender que tal elevación «debió establecer medidas correctoras transitorias que garantizaran la equidad tributaria», criterio sorprendente para una decisión judicial. ¡Si se adoptase el argumento de medir el contenido expropiatorio de una Ley por el módulo del art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa todas las Leyes fiscales serían expropiatorias!

⁸ Vid. sobre ello, con fuentes que caracterizan ese sistema histórico, lo que indico en el capítulo I de este libro. §V. El concepto de «petrificación» del Derecho en el supuesto de una responsabilidad generalizada por razón de los perjuicios económicos derivados de las Leyes lo han utilizado tanto el Tribunal Constitucional (Sentencia 27/1981) como el Tribunal Supremo (Sentencia de 30 de noviembre de 1992). Más expresivas son las rotundas palabras de JÉZE: «Políticamente es absurdo, quimérico y criminal querer encerrar a las generaciones sucesivas en las instituciones políticas, administrativas, sociales, etc., que quizás estén en contradicción absoluta con el ideal del momento, la moral a la moda, los ideales de justicia, las necesidades políticas, económicas, etc.; es forzar a una generación a la revolución y a la violencia» (*Du retrait des actes juridiques*, «Revue de Droit Public», págs. 225 y ss., en especial pág. 229).

dicciones constitucionales de la historia, la norteamericana, lo que tiene especial interés subrayarlo, dada la sensibilidad bien marcada de la sociedad de ese país por el papel relevante y prioritario, y tendencialmente absoluto, del derecho de propiedad.

La Enmienda V de la Constitución americana fue aprobada entre las diez que contienen lo que su autor principal, James MADISON, llamó *the great rights of mankind*, los grandes derechos de la condición de hombre o humanidad, aprobados en 1791 en el primero de los Congresos formados bajo la Constitución federal de 1787⁹. La enmienda contiene, en realidad, varios derechos fundamentales, que comienzan con la expresión «*No person shall be held*» seguida de varios derechos relativos a los procesos (entre los cuales el capital de no declarar contra sí mismo en las causas penales), el básico *due process* en las causas en que se pueda privar al ciudadano de la vida, la libertad y la propiedad —la cláusula *due process* se encuentra más desarrollada en la Enmienda XIV— y, en último lugar, con el que ahora nos interesa, que enuncia así:

«*nor shall private property be taken for public use without just compensation*»,

esto es: ni se le tomará la propiedad privada para una utilidad pública sin una compensación justa.

Por cierto que en Estados Unidos se habla de la expropiación como un derivado del viejo principio feudal, tomado, obviamente, del Derecho inglés, del *Eminent Domain* que el señor tendría sobre todas las propiedades de su reino, en tanto que quien figura como propietario sólo tendrían un *temporary*

⁹ B. SCHWARTZ, *The great rights of mankind. History of the American Bill of Rights*, New York, 1977, en especial págs. 160 y ss. L. W. LEVY, *Origins of the Bill of Rights*, London-New York, 1999, págs. 180 y ss.

feudal grant de su *Lord*; el durmiente «dominio eminente» del señor se reactualizaría en caso de expropiación, lo que supone «recuperar» la posesión (*resume possession* o *resumption theory*), conceptos arcaicos con los que se sigue operando para justificar la existencia del poder de expropiar propio del soberano que la Enmienda V limita y condiciona en su ejercicio¹⁰.

Pues bien, aunque, como se habrá notado, no se encuentra en la formulación del derecho fundamental que hace la Enmienda V ninguna reserva en favor de los posibles efectos limitadores de la propiedad de una Ley reguladora, como es el caso del art. 33, apartado 2, de nuestra propia Constitución, la práctica jurisprudencial americana descubrió enseguida por sí sola que era necesario distinguir entre el *taking* propiamente dicho o expropiación y la *regulation* de la que pudiese resultar alguna reducción de utilidad al propietario de cualquier bien, regulación que es legítima sin necesidad de ir acompañada de indemnización alguna, distinción esencial y que, por cierto, no fue descubierta en Europa, por la inexistencia de una jurisdicción que controlase la constitucionalidad de las Leyes, hasta bien entrado el siglo XX, casi un siglo después.

En el siglo XIX, en efecto, aparece ya el tema directamente planteado: Sentencias *Pompelly v. Green Bay Company* de 1871, *Mugler* de 1887, etc. La doctrina constitucional concluyó de perfilarse en *Miller v. Schoene*, 1905, siendo hoy de aplicación normal. El criterio establecido lo formula así SCHWARTZ: «Aunque “no hay una fórmula para determinar cuando una *regulation* concluye y comienza un *taking*” (expresión tomada de la Sentencia *Jones v. City of Portland*,

¹⁰ Vid., por todos, la gran obra de B. SCHWARTZ, *A Commentary on the Constitution of the United States*, tomo relativo a la *Part. II. The Rights of Property*, New York-London, 1965, págs. 234-5.

1917), puede decirse, como proposición general, que el *eminent domain* toma [*take*] una propiedad y la aplica para un uso que beneficia al público, mientras que el *police power* [fuente normal de la *regulation*] restringe al propietario en el uso o disfrute de su propiedad porque un ejercicio ilimitado de los derechos de propiedad es considerado contrario al interés público, fórmula impuesta en la Corte Suprema desde 1920»¹¹.

Desde esta posición, que es neta (*o taking o regulation*, o al vado o a la puente), se comprende que el Derecho norteamericano desconozca absolutamente la figura de la responsabilidad del Legislador, fuera de los casos en que una Ley sea calificada de expropiatoria, esto es, que contiene un *taking* cuya «justa compensación» pretenda excluir. Fuera de ese supuesto, una Ley constitucional y eficaz no puede calificarse nunca como un *tort*, que es la base del Derecho anglosajón de daños; la virtud soberana de la Ley (dentro de los límites de la Constitución) lo excluye *a radice*. Ninguna Sentencia podrá citarse que defina una tal responsabilidad fuera del ámbito de la Enmienda V.

¹¹ SCHWARTZ, cit., pág. 264. Vid. también S. R. MUNZER, *A theory of Property*, Cambridge-New York, 1990 (que incluye en págs. 448 y ss. un análisis de los distintos *tests* de *taking*). B. A. ACKERMAN, *Private property and the Constitution*, Yale University Press, 1973. R. A. EPSTEIN, *Taking: private property and the power of Eminent Domain*, Harvard University Press, 1985. El número monográfico de «Columbia University Press», 88, sobre *Jurisprudence of taking*, 1988. J. L. SAX, *Taking and Police Power*, en «Yale Law Journal», 74, 1964; y sobre *Taking, private property and public rights*, en la misma revista, 81, 1971. Sobre la eventual introducción de un tercer término, *regulatory takings*, vid. L. H. TRIBE, *American Constitution Law*, 2ª ed., Mineola-New York, 1988, págs. 595 y ss., donde se cita a un autor de Derecho urbanístico que afirma que diferenciar «*regulation* de *taking* ha pasado a ser el más inquietante problema jurisprudencial en el campo del Derecho urbanístico [*Land-use Law*] contemporáneo... un problema que puede ser para los juristas el equivalente de la caza de los *quark* para los físicos». Digamos incidentalmente que, entre nosotros, por cierto, el Derecho urbanístico parece haber acertado a resolver el problema con satisfactoria coherencia y respeto de los principios.

Disponemos, venturosamente, de un juicio cualificado sobre el problema concreto, el que ofrece el gran iuspublicista americano ya citado, Bernard SCHWARTZ, en su libro clásico *French Administrative Law and the Common Law World* de 1954, que es una comparación sistemática entre las soluciones del Derecho Administrativo francés y las que ofrece el sistema de *Common Law*, especialmente en su versión americana, que es la del autor¹². SCHWARTZ aborda expresamente el problema de la responsabilidad patrimonial por hecho de las Leyes con la que se encuentra en el Derecho Administrativo francés, y es categórico:

«¿Cuál hubiese sido la situación en los Estados Unidos en relación con una Ley del Congreso que hubiera hecho lo que contempló el caso *La Fleurette* en Francia? Tal Ley que hubiese prohibido la fabricación de productos que no presentaban peligro para la salud pública o moral y dictada sólo en beneficio de quienes fabrican productos competitivos¹³ podía ser declarada inconstitucional por nuestros Tribunales si no dispone una indemnización por *just compensation* o indemnización expropiatoria».

La inconstitucionalidad por un *taken* sin indemnización es, pues, la única vía que el gran jurista americano contempla en el sistema constitucionalizado de garantía de la propiedad¹⁴.

¹² B. SCHWARTZ, *French Administrative Law and the Common Law World*, New York University Press, 1954, pág. 300.

¹³ Es el supuesto del caso *La Fleurette*, en el que el Consejo de Estado francés declaró por vez primera en 1938 la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la Ley con el contenido que resume el texto transcrito; es la Sentencia emblemática en la materia de la responsabilidad civil del Legislador, que abre una (muy modesta, por otra parte) línea jurisprudencial, en los términos que comprenderemos mejor cuando estudiemos más adelante el caso de Francia.

¹⁴ Aunque inmediatamente agrega: «Puede que los Tribunales americanos hubieran tenido serias dudas [*overhesitants*] en casos de este tipo... Pero los mismos tienen claramente el poder de declarar inválidas Leyes como la del caso *La Fleurette* si se hubieran decidido a ejercerlo».

Y añade, para concluir con su análisis:

«Pero la respuesta del Derecho Americano hubiese sido indudablemente que no. La verdadera noción de la responsabilidad del Estado está, para nosotros, completamente fuera de lugar en este tipo de casos. Dictar una Ley es uno de los principales atributos de la soberanía y declarar al Soberano responsable por su ejercicio hubiera sido decidido con un *non sequitur* rotundo por los Tribunales de *Common Law*. El perjuicio que un ciudadano puede sufrir por la aplicación de una Ley es considerada por nosotros que *forma parte de las cargas sociales de la vida bajo un gobierno*»¹⁵.

Aún hay que notar que en Estados Unidos sigue presente la regla de la inmunidad de responsabilidad patrimonial en vía de principio de los poderes públicos, y aun de sus agentes, salvo consentimiento expreso del propio poder, el cual se entiende prestado en el orden federal por la *Federal Claims Act* de 1946. Pero esta Ley no establece la regla de *absolute liability* de la Administración; la excepción más notable es la de las *discretionary functions*¹⁶, entre los cuales, por cierto, se incluyen los Reglamentos, y ello incluso aunque los Reglamentos sean inválidos¹⁷.

IV

EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMÁN

En Alemania, la jurisprudencia y la doctrina han fijado criterios bastante firmes una vez asentado el sistema de justi-

¹⁵ *Ibidem*, pág. 298. La última frase, que hemos subrayado, procede, según el autor, de una Sentencia de la Corte Suprema de 1938 (el mismo año que *La Fleurette*, por cierto).

¹⁶ B. SCHWARTZ, *Administrative Law*, 3ª ed., Boston, 1991, págs. 608 y ss.

¹⁷ PROSSER and KEETON, *On torts*, 3ª ed., St. Paul, Minn., 1984, pág. 1041.

cia constitucional¹⁸. Conviene comenzar notando que, a diferencia de nuestro art. 33, el art. 14.3 de la *Grundgesetz*, que regula la expropiación, se refiere únicamente a la propiedad. En su apartado 3 precisa que «La expropiación está permitida sólo por razones de interés público. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y la cuantía de la indemnización». Sobre la base de este precepto, se habla de la *Junktin-Klausel*, o cláusula de simultaneidad¹⁹, cláusula que permite operar con cierta seguridad para el enjuiciamiento constitucional de las Leyes materialmente expropiatorias, puesto que si no van acompañadas por la correspondiente cláusula indemnizatoria (directamente o por remisión al sistema expropiatorio general) serán, sin más, inconstitucionales.

Al no cubrir la garantía constitucional nada más que la propiedad, la jurisprudencia civil (que es la competente tanto en materia expropiatoria como en la de responsabilidad de la Administración) ha precisado una figura de ataques (*Eingriffe*) de la Administración a otros derechos distintos del de propiedad que llama «equivalentes a la expropiación» (*Enteignungsgleicher Eingriffe*), que utiliza como criterio ordinario el del «sacrificio especial», siempre referido a otros derechos patrimoniales distintos del de propiedad (daños por obras

¹⁸ Vid. G. KROHN y G. LÖWISCH, *Eigentums garantie, Enteignung, Entschädigung. Handbuch für die Praxis*, 3ª ed., Köln, 1984. F. OSSENBUHL, *Staatshaftungsrecht*, 4ª ed., München, 1991. Así como las colaboraciones de W. LEISNER y PAPIER, sobre *Eigentum y Staatsaftung*, respectivamente en el *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* dirigido por ISENSEE y KIRCHHOF, tomo V, Heidelberg, 1989, págs. 1081 y ss. y 1353 y ss.

¹⁹ En el *Deutsches Rechts-Lexikon*, 2ª ed., München, 1992, tomo II, pág. 596, se interpreta la cláusula *Junktin* en la fórmula de «no cabe expropiación sin simultánea regulación de la indemnización». *Junktieren* es un término alemán que procede directamente del latín jurídico; tiene, pues, el mismo origen etimológico que nuestros «juntar», «ayuntar», «yugo», etc.

públicas, o por ejercicios militares, etc.), que, sin embargo, no se regulan por el régimen ordinario de la responsabilidad de la Administración aunque ésta entre en juego.

La distinción entre expropiación y regulación, especialmente la que intente justificarse como una determinación de la *función social* a que el propio art. 14.1 de la Ley Fundamental sujeta a la propiedad²⁰ resulta, como bien se comprende, esencial para poder poner en marcha la técnica de la *Junktin-Klausel* y formular el juicio de constitucionalidad de la Ley que pretenda hacer pasar como una regulación no indemnizable lo que en realidad oculta una verdadera expropiación. El criterio esencial de la expropiación se sitúa en la noción de *Eingriff*, ataque o despojo contra la propiedad, contra su núcleo esencial, con multitud de matices y doctrinas que no interesa demasiado seguir ahora²¹.

Es ahora muy importante notar que el especial régimen de responsabilidad aplicado por la jurisprudencia a los ataques administrativos equivalentes a la expropiación, aunque regidos por los cánones materiales de la expropiación, no es nunca aplicado a los daños producidos por las Leyes. En el Derecho alemán, fuera del ámbito estricto de la *Junktin-Klausel*, que determinará la anulación por el Tribunal Constitucional de una Ley materialmente expropiatoria que pretenda ex-

²⁰ *Abgrenzung der entschädigungs pflichtigen Enteignung gem. Art. 14.III GG gegenüber der entschädigungslosen Eigentumsbindung gem. Art. 14.I.2 GG* (la distinción entre la expropiación que según el art. 14.III de la Ley Fundamental implica un deber de indemnizar y la vinculación de la propiedad no indemnizable según el art. 14.I.2 de la misma Ley Fundamental), son los términos de H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9ª ed., München, 1994, pág. 629.

²¹ Sigue valiendo sustancialmente la exposición que hice en mi viejo libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., págs. 64 y ss. Vid. MAURER, cit., págs. 629 y ss., en especial págs. 634 y ss. para los criterios que utiliza el Tribunal Federal Constitucional.

cluir la indemnización correlativa, ningún Tribunal ordinario (civil o contencioso-administrativo) puede declarar la responsabilidad patrimonial por daños eventualmente producidos por las Leyes, invóquese el principio que se quiera. Esta doctrina, que veremos que se extiende incluso al supuesto específico de perjuicios producidos por Leyes declaradas inconstitucionales, salvo en el supuesto específico del proceso ordinario en cuyo seno se hubiera suscitado la «cuestión de inconstitucionalidad», se explica por una falta de jurisdicción del juez sobre el legislador (argumento que es también aplicable a nuestro sistema, como hemos visto en el capítulo III de este libro) y también porque los Tribunales entienden que cualquier decisión sobre las finanzas públicas corresponde a la potestad presupuestaria de las Cámaras, inmune al juez ordinario, de modo que una eventual indemnización impuesta al legislador debe reservarse al legislador mismo²².

La firmeza del criterio de la jurisprudencia alemana de negar cualquier relación entre la Ley y la responsabilidad por daños se ha hecho especialmente visible cuando el Derecho Comunitario, como veremos detenidamente más adelante²³, ha venido a imponer responsabilidades patrimoniales a los Estados por Leyes que infringen normas que en el Derecho Comunitario están concebidas como garantizadoras de derechos patrimoniales individuales²⁴. Hasta 1996 no se planteó

²² H. J. PAPIER, op. cit., págs. 1380 y ss., especialmente pág. 1382. Aunque críticos con esta posición de la jurisprudencia (que entienden que debe rectificarse en caso de leyes singulares), vid. también OSSENBUHL, op. cit., pág. 194 (y también en su colaboración a la obra colectiva dirigida por J. BARNÉS, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Madrid, 1995, pág. 953). R. FETZER, *Die Haftung des Staats für legislatives Unrecht*, Berlín, 1994, pág. 119.

²³ Vid. también lo que se expone en el capítulo I de este libro, § IV.

²⁴ Esta delimitación del supuesto, que se conoce como *Schutznormtheorie*, a su vez precedente del Derecho común alemán de daños, teoría

la cuestión respecto de Leyes procedentes del Estado alemán. Han sido las Sentencias del Tribunal de Justicia *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, de 5 de marzo de 1996, y *Dillenkofer*, de 8 de octubre del mismo año²⁵. Como expondremos más adelante, el Tribunal de Justicia en estos procesos de responsabilidad patrimonial de los Estados formula la posibilidad de la existencia de tal responsabilidad, pero remite su estimación final al juez nacional, que es a quien corresponderá apreciar si ha existido en la conducta del Estado una «falta suficientemente caracterizada» o grave que condiciona la aplicación final de la responsabilidad. Pues bien, así como en el caso de los autos acumulados *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, la justicia inglesa en el segundo de los autos hizo sin grandes vacilaciones la estimación de que el Reino Unido había incurrido en tal tipo de falta cualificada con su Ley *Merchant Shipping Act* de 1988, declarando en consecuencia la responsabilidad civil del Gobierno inglés (por cierto: en favor de los pescadores españoles que habían sido expulsados de los caladeros ingleses en virtud de tal Ley)²⁶, la justicia alemana ha negado rotundamente la existencia de

adoptada por la jurisprudencia comunitaria, es esencial, aunque no siempre la resalten los autores. Cfr. sobre el Derecho alemán, G. KROHN y G. LÖWISCH, *Eigentums garantie*, cit., págs. 45 y ss. Sobre la relevancia del principio en el Derecho Comunitario (a partir de la Sentencia HNL de 5 de julio de 1977, E. GRABITZ, *Liability for Legislative Acts*, en la obra colectiva dirigida por SCHERMES, HENKEL y MEAD, *Non contractual liability of the European Communities*, Dordrecht-Boston-London, 1988, en especial págs. 6-7).

²⁵ Cfr. sobre estos casos, R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Madrid, 1997, págs. 27 y ss. y 65 y ss. E. GUICHOT, *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Valencia, 2001, págs. 481 y ss. y 486 y ss.

²⁶ Vid mi trabajo, *Le dénouement de l'affaire Factortame. La responsabilité civile du Royaume Uni*, en *Mélanges en hommage Michel Waëlbroeck*, tomo 1, Bruxelles, 1999, pág. 355 y ss. (y una versión previa en RAP, 145, 1988).

tal falta cualificada y ha excluido toda indemnización a la sociedad francesa demandante a quien por la Ley alemana de definición del método bávaro del siglo XVI como único válido para elaborar bebidas que mereciesen el nombre de cerveza o *Bier* excluyó durante años de la entrada en su mercado de la cerveza fabricada por dicha empresa recurrente²⁷.

V

EL DERECHO CONSTITUCIONAL ITALIANO

Existiendo un sistema de justicia constitucional desde su Constitución de 1947 (que entró en vigor en 1948), la solución a la pregunta de una responsabilidad patrimonial del Legislador es la misma que la de los sistemas hasta ahora estudiados: esa responsabilidad patrimonial sólo puede entrar en juego cuando una Ley es anulada por el Tribunal Constitucional por no haber respetado la garantía constitucional del patrimonio privado.

En el caso italiano hay, además, una razón técnica específica, que es el tenor literal del precepto básico por el que

²⁷ Vid. las referencias a la Sentencia *Brasserie du Pêcheur/ Factor-tame III*, y el contraste entre el modo como aplicó la justicia inglesa la responsabilidad del legislador hacia los pescadores españoles y la justicia alemana, que la negó a los importadores de cerveza, cuando ambos casos constituyen el objeto común de la misma citada Sentencia comunitaria, en mi trabajo, cit. en la nota anterior, pág. 385 y ss., en particular la nota 23 en pág. 386 (nota que falta precisamente en la versión de RAP, 145, 1988). El epígrafe de esta parte del trabajo señala: «*Renvoi à une décision postérieure pour la fixation du montant de l'indemnisation. Analyse finale de l'arrêt anglais: sa clarté et sa détermination. Le contraste avec l'arrêt allemand (Bundesgerichtshof de 24 octobre 1996) dans l'affaire Brasserie du Pêcheur*». La Sentencia alemana está publicada donde la citada nota precisa. La Sentencia de la Cámara de los Lores (R.v. *Secretary of State for Transport ex p. Factor-tame Ltd.*) es de 1999 3 WLR 1062 (HL). Sobre ella, vid. últimamente H. W. R. WADE y C. F. FOSTER, *Administrative Law*, 8ª ed., Oxford, 2000, págs. 205, 762 y ss. y 770.

se rigen todas y cualquiera de las formas de responsabilidad patrimonial extracontractual, el art. 2043 de su *Codice civile*, cuyo texto dice:

«Risarcimento per fatto illecito»

(Resarcimiento por acto ilícito)

«Cualquier hecho doloso o culposo que ocasione a otros un *daño injusto*, obliga a quien lo ha cometido el hecho a resarcir el daño»²⁸.

Destacamos la expresión *danno ingiusto*, que hace inviable *a limine* su reproche a una Ley válida²⁹. Sólo si la Ley fuese inválida por infracción de normas constitucionales el daño que causase sería propiamente ilícito y, por ende, resarcible³⁰.

Ello nos remite al art. 42 de la Constitución, que garantiza la propiedad y establece los límites de esta garantía en los siguientes términos:

«La propiedad es pública y privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a los Entes públicos y a los particulares.

²⁸ Sobre la directa aplicación del art. 2043 del Código Civil a la responsabilidad de la Administración, cfr. Luisa TORCHIA, capítulo *La responsabilità, en el Trattato di Diritto Amministrativo* dirigido por S. CASSESE, tomo II, Milano, 2000, págs. 1457 y ss.

²⁹ G. DUNI, *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, 1968, pág. 390: «Cuando falta una Constitución rígida, el acto legislativo legalmente emitido constituye siempre una "causa de justificación" [del posible perjuicio que cause su aplicación] idónea para excluir la ilicitud [de dicho perjuicio]».

³⁰ Así DUNI; el texto transcrito en la nota anterior continúa así: «Pero en ordenamientos como el nuestro, llamados justamente de "Constitución rígida", la causa de justificación puede estar viciada por contraste con la norma constitucional y ser por consiguiente inidónea para justificar el daño, que debe, por consiguiente, ser considerado ilícito». Concreto estas referencias expresas de DUNI porque R. GALÁN VIOQUE cita a menudo la obra de este autor como supuesto apoyo a su tesis de la responsabilidad patrimonial general por Leyes válidas.

La propiedad privada está reconocida y garantizada por la Ley, que determina los modos de adquirirla, de goce y los límites con el fin de asegurar la función social y de hacerla accesible a todos.

La propiedad privada puede ser, en los casos previstos por la Ley, y salvo una indemnización, expropiada por motivos de interés general.

La Ley establece las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado sobre la herencia».

(El art. 43 se refiere al campo de aplicación de la expropiación).

Como resulta del texto del art. 42, uno de los más debatidos por la Asamblea Constituyente, el mismo tiene un marcado tinte socialista³¹. Pero, no obstante, erige una garantía del derecho de propiedad a través de la cláusula de expropiación forzosa, si bien salva con énfasis el poder del Legislador en definir sus «límites con el fin de asegurar su función social», como se habrá notado. Se ha afirmado que ello supone un «reenvío al Legislador ordinario del encargo de transformar el régimen de la propiedad»³², lo cual quiere decir que la

³¹ C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977, pág. 73, llega a decir que «no deberíamos recurrir a una revisión del art. 42 para introducir el socialismo». Vid. un elenco de opiniones en la colaboración de Stefano RODOTÀ al magno *Comentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, volumen sobre *Rapporti economici, Arts. 41-44*, Bologna-Roma, 1982, págs. 69 y ss. Puede verse en el *Comentario* de RODOTÀ la historia del precepto en la Asamblea Constituyente (págs. 76-87) y sus avatares aplicativos.

³² RODOTÀ, cit., págs. 87 y ss. Cita (pág. 91) una frase de CALAMANDREI que dice que «para compensar a las fuerzas de la izquierda por una revolución frustrada [*mancata*], las fuerzas de la derecha no se opusieron a acoger en la Constitución una revolución prometida [*promessa*]»; y añade RODOTÀ: «Probablemente, al menos en el sentido de no excluir para el futuro la posibilidad de mutaciones más radicales de aquellas que, en el momento, parecían posibles o realizables». Y más adelante (pág. 104): «El carácter propio de este artículo termina así con la afirmación de ser no tanto el punto de llegada de un compromiso como, más bien, el espejo de las muchas ambigüedades de aquella situación política, respecto a las cuales la única verda-

garantía constitucional no cubre en su plenitud la integridad objetiva de un derecho de propiedad considerado como derecho absoluto y consistente por sí mismo. RODOTÀ ha podido decir por ello, quizás con exceso, que «la elección del reenvío al Legislador futuro ayuda a comprender el anclaje de la garantía de la propiedad en la Ley, y en ésta solamente».

Se plantea entonces cuál puede ser el criterio con el que el Tribunal Constitucional puede controlar la corrección de una Ley que regule o interfiera la propiedad. RODOTÀ es categórico: no le corresponde determinar a dicho Tribunal la apreciación de la utilidad social [que el párrafo segundo del precepto constitucional remite a las Leyes para determinar «los límites -de la propiedad- con el fin de asegurar la función social»], que es una apreciación que «permanece en la competencia exclusiva del Legislador, debiendo (el Tribunal Constitucional) limitarse a controlar si tal apreciación se ha cumplido, en un cuadro legislativo tendente a realizar cabalmente una finalidad de orden social»³³.

Esa especie de «desconstitucionalización» material del contenido de la propiedad podría entenderse que vendría a

dera mediación o compromiso posible parecía la de una formulación del artículo que no le diera rigidez de tal forma que no hiciera de él un obstáculo a los todavía inciertos desarrollos del futuro».

³³ RODOTÀ, pág. 107, cita, en ese sentido, la Sentencia constitucional 14/1964, de 7 de marzo. Para poder hablar de ilegitimidad constitucional de una Ley de «*funzionalizzazione*» de la propiedad privada (se trataba de una nacionalización), la Corte Constitucional dijo que sería preciso «que el órgano legislativo no hubiese cumplido una apreciación de tales fines (de utilidad general) y de los medios para llegar a la misma, o que esa apreciación hubiese estado inficionada de criterios ilógicos, arbitrarios o contradictorios, o bien que la apreciación misma se manifestase en evidente contradicción con los presupuestos de hecho. Sería también vicio de inconstitucionalidad si se acreditase que la Ley hubiese puesto en aplicación medios absolutamente inidóneos o que contradigan el fin que intenta conseguirse, o bien si resultase que los órganos legislativos se han servido de la Ley para realizar una finalidad diversa de la de la utilidad general que la

abrir el camino a la posible apreciación de Leyes dañosas, susceptibles de justificar una condena indemnizatoria ordinaria.

Pero esta visión resulta excesivamente inclinada a una posición socialista casi incondicionada. Si atendemos a la jurisprudencia constitucional, como resulta obligado, encontramos prácticamente las mismas soluciones que en los demás países con jurisdicción constitucional. Es cierto que «la previsión constitucional de la función social de la propiedad singulariza un principio de alcance general, que lejos de estar legitimado en relación a algunos supuestos de hecho previstos por vía excepcional, permita por sí el sistema entero... Principio que en concreto determina que puedan comprimirse facultades inherentes al derecho de entidad variable, sin que exista una predeterminación absoluta del contenido de disfrute del bien»; pero ello no obsta, naturalmente, a que «deba reconocerse un "contenido mínimo", consistente en el interés del particular en extraer del bien del que es propietario utilidad superior a las desventajas. Dentro de los límites así individualizados, la función social representa un elemento constitutivo de la misma noción de propiedad»³⁴. Ese «contenido mínimo» garantizado es lo que nuestra propia jurisprudencia ha identificado, como veremos, en «el contenido esencial» del derecho de propiedad, aludido en el art. 53.1 de nuestra Constitución como un límite infranqueable por el Legislador al regular los derechos fundamentales. La *Corte Costituzionale* italiana así lo ha precisado, en declaraciones como la siguiente:

norma constitucional considera». Se deja, pues, en cuanto al fondo, una gran latitud al Legislador.

³⁴ María Rosario SAN GIORGIO, *Proprietà e funzione sociale*, en el volumen *Proprietà e Costituzione. I principi giurisprudenziali*, Milano, 2002, trabajo de F. CINTIOLI y la autora citada, pág. 5.

«La norma dicha [el art. 42, segundo párrafo] no ha transformado, como se ha sostenido por una parte de la doctrina, la propiedad en una función pública... La Constitución ha claramente continuado en considerar la propiedad privada como un derecho subjetivo, pero ha confiado al Legislador ordinario la misión de introducir, como consecuencia de las oportunas valoraciones y del necesario balance de intereses, aquellos límites que aseguran en ella la función social.

Indudablemente, dicha función con el solemne reconocimiento que ha tenido en la Carta fundamental, no puede ser considerada, como en el pasado, una mera síntesis de los límites ya existentes en el ordenamiento positivo en base a disposiciones singulares; representa, más bien, la orientación general que deberá inspirar la futura legislación» (Sentencia n° 252/1983)³⁵.

En concreto, la *Corte Costituzionale* ha estimado perfectamente constitucionales la Legislación que impone restricciones a la propiedad de los inmuebles arrendados para fines comerciales o artesanales (Sentencia n° 1115/1971)³⁶, o la que bloqueó las rentas arrendaticias de inmuebles (Sentencia n° 3/1976)³⁷, o la que impuso prórrogas obligatorias de los plazos pactados (Sentencia n° 32/1980)³⁸, o la que tasó las rentas («*equo canone*») (Sentencia n° 58/1980)³⁹. Igualmente en lo que se refiere a los arrendamientos rústicos (Sentencias n° 155/1972 y n° 301/1983), a la distancia legal preceptiva entre construcciones (Sentencia n° 120/1996)⁴⁰, a las limitaciones

³⁵ M^a ROSARIO SAN GIORGIO, cit., pág. 6.

³⁶ *Ibidem*, pág. 8: La Constitución «reconoce y garantiza la propiedad, pero reserva a la Ley determinar los modos de adquisición, el goce y los límites con el fin de asegurar la función social y de hacerla accesible a todos».

³⁷ *Ibidem*, pág. 8.

³⁸ *Ibidem*, págs. 8-9.

³⁹ *Ibidem*, pág. 9; hay varias Sentencias constitucionales más sobre el tema de la Legislación arrendaticia: págs. 11-12 de la misma obra.

⁴⁰ *Ibidem*, págs. 19 y ss.

por razones urbanísticas o paisajísticas (Sentencias n^{os} 97/1982 y 9 y 122 de 1983, entre otras)⁴¹, etc. Sin embargo, ha estimado inconstitucional la limitación de la «servidumbre de paso coactivo» para los mutilados o inválidos prevista en el art. 1052 del Código Civil, que una Legislación especial había reducido, invocando las necesidades de protección a dichos discapacitados y de acuerdo con «el principio personalista» que inspira toda la Constitución, que impone aquí esfuerzos de socialización de los mismos (Sentencia n^o 167/1999)⁴².

En general, y aparte el criterio singular referido en la última Sentencia citada, el criterio que suele seguir la *Corte Costituzionale* es una doctrina que tiene en cuenta factores distintos:

— por una parte, aunque no haya transmisión coactiva de propiedad, se considera expropiación y no limitación el acto que «aun no disponiendo una traslación total o parcial de los derechos, imponga limitaciones tales que vacíe de contenido el derecho de propiedad sobre el goce del bien, tan profundamente que lo hace inutilizable en relación al destino inherente a la naturaleza del bien» (Sentencia n^o 6/1966)⁴³;

— criterio por el que ha considerado expropiatoria la determinación de inedificabilidad absoluta, y sin plazo de duración, por los planes de urbanismo (Sentencia n^o 55/1968)⁴⁴;

— pero es bastante usual que la *Corte* distinga, en términos que recuerda la vieja *Einzelakt theorie* de la doctrina alemana de la época de Weimar⁴⁵, las regulaciones que se refieren al régimen de pertenencia de enteras categorías de bienes de los sacrificios singulares⁴⁶. Quizá merezca destacarse que en Ita-

⁴¹ *Ibidem*, págs. 22 y ss.

⁴² *Ibidem*, págs. 31 y ss.

⁴³ *Ibidem* (aunque en otro capítulo), págs. 40-1.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 41.

⁴⁵ Una referencia en mi viejo libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 1956, reimpresión de 1984, págs. 68 y ss.

⁴⁶ Amplias referencias en *ibidem*, págs. 41 y ss.

lia, contra lo que veremos que ha ocurrido con nuestra jurisprudencia constitucional, se ha declarado no expropiatoria la virtual demanialización general de las aguas privadas. Sentencia n^o 419/1996⁴⁷.

VI

EL CASO DE FRANCIA. DUGUIT. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL *DU FAIT DES LOIS* Y SU VERDADERO ALCANCE. LA ADOPCIÓN POR EL *CONSEIL CONSTITUTIONNEL* DE LA DISTINCIÓN ENTRE REGULACIÓN Y EXPROPIACIÓN

El caso francés es especialmente relevante, porque, por una parte, es en su doctrina, y concretamente en la obra de uno de sus juristas más relevantes, León Duguit, donde se formula por vez primera una verdadera teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador; y, por otra parte, su jurisprudencia contencioso-administrativa es también la primera que ha acogido alguna (veremos que muy pocas y escasamente relevantes) sentencia condenatoria al pago de indemnizaciones por ese motivo.

Pero ocurre una circunstancia que importa destacar: esa doctrina y esa jurisprudencia se han producido en una situa-

⁴⁷ *Ibidem*, págs. 58 y ss. Se dice, en concreto de la Ley de 5 de enero de 1994 que «la "publicità delle acque" tiene relación con el régimen de uso de un bien que se ha hecho limitado, de modo que la declaración de publicidad del agua, entendido como recurso susceptible de uso previsto o consentido, se basa sobre un interés general considerado en línea de principio existente en relación con la limitación de las disponibilidades y con la exigencia prioritaria de uso del agua»... «Sobre un plano más general, debe ser confirmado el principio de que el art. 42 de la Constitución no impone indemnizar cuando la Ley en vía general regula derechos dominicales en relación a determinados fines para asegurar la función social con referencia a enteras categorías de bienes (v. por todas la Sentencia n^o 328/1990), ni cuando sea regulada la situación que los bienes mismos tengan respecto a los intereses de la Administración pública, siempre que la Ley tenga por destinatarios a la generalidad de los sujetos» (Sentencia 245/1976). Veremos que nuestra jurisprudencia constitucional utiliza el criterio del «contenido esencial» del derecho de propiedad. lo

ción de inexistencia de justicia constitucional. Como es sabido, sólo la Constitución gaullista de 1958 admitió un control de constitucionalidad, limitado al momento de la promulgación de la Ley, pero no actuable en el de su aplicación mediante la técnica prejudicial de la «cuestión» planteada al órgano de justicia constitucional por los jueces que tuviesen que aplicar la Ley en un proceso ordinario.

Conviene, por ello, presentar las soluciones del Derecho francés siguiendo esa evolución del sistema.

1.— La doctrina de DUGUIT.

La personalidad científica de DUGUIT es compleja. Formula, a la vez, una teoría política del Estado y una teoría jurídica. Su magno *Traité de Droit Constitutionnel*⁴⁸ es la expresión más acabada de su doctrina.

En esa obra se encuentra una teorización sumamente extensa de los fundamentos de una responsabilidad patrimonial del Legislador⁴⁹. No pienso que tenga ahora interés reproducirla en todos sus planteamientos, tan amplios.

DUGUIT comienza observando que la concepción rousseauiana de la Ley como soberana excluía que ésta pudiese ser nunca causa de una responsabilidad, pero uno de los dogmas duguitianos es la afirmación de que la soberanía es irreal e inexistente (su lugar central en el Derecho Público habría sido sustituido por el de servicio público: es una de sus tesis centrales), lo que hace que el Estado deba responder en cuanto «es asegurador respecto de los administrados de todo riesgo que resulte de su actividad general... incluso del riesgo resul-

que le permitió calificar de expropiatorias —a mi juicio, con mayor acierto— las demanializaciones de las costas y de las aguas continentales.

⁴⁸ Manejo la 3ª ed., 5 tomos, París, 1927 y ss.

⁴⁹ Tomo III, 1930, págs. 459 y ss., 551 y ss., 669 y ss.

tante de la aplicación de una Ley». Y ello aunque la Ley sea conforme a lo que él llama el «Derecho superior», que no es para él la Constitución, por cierto, sino una serie de principios sociales de que el Estado se haría valedor y que surge de «la masa de las conciencias individuales».

Sobre esa base abiertamente sociológica, DUGUIT formula unos principios que, en general, resonarán a lo largo de todo el siglo veinte: perjuicio especial grave, aseguramiento del riesgo social, socialización de los riesgos, igualdad ante las cargas públicas, solidaridad nacional.

Pero podría interpretarse perfectamente que DUGUIT estaba pretendiendo determinar esa conciencia social de la que, a su juicio, proceden las reglas de Derecho y el hábito de obedecerlas y cumplirlas.

Desde ahora podemos afirmar que el pronóstico duguitiano de una generalización de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador no se cumplió en Estado alguno. Ni siquiera en Francia esos alegatos proféticos llegaron a cumplirse. La conciencia creciente, en efecto, de una solidaridad nacional no cuajó en esa insólita extensión de la técnica de la institución resarcitoria, sino en instituciones que parecen mucho más adecuadas y eficaces, como el perfeccionamiento del sistema tributario, la seguridad social, la política social de protección y de tutela de clases y sujetos desfavorecidos.

Ni siquiera en Francia, como vamos a ver, la doctrina, tan ambiciosa, de DUGUIT fue recibida cuando, finalmente, se produjeron las primeras Sentencias del Consejo de Estado que parecieron abrir paso a una responsabilidad patrimonial del Legislador⁵⁰.

⁵⁰ Contra la opinión de algunos, como GALÁN VIOQUE, *La responsabilidad*, cit., págs. 88 y ss., que presenta el *arrêt La Fleurette*, del que inmediatamente hablamos, como una materialización del influjo de DUGUIT.

Pero conviene no extraer la conclusión apresurada de que DUGUIT haya sido un simple utopista ingenuo, que –como suele ocurrir a menudo con los profetas sociales– no haya acertado en sus ensoñaciones sobre el futuro. Deben retenerse, al menos, dos observaciones significativas. La primera es que se trata de un autor que está operando con un sistema sin control de constitucionalidad de las Leyes, que ha sido toda la tradición francesa desde la Revolución de 1789 y que no conoció, con toda probabilidad, la elegante solución del problema de las Leyes expropiatorias materiales en un sistema con control de constitucionalidad que proclama con carácter supralegal una garantía de la propiedad; él avizora certeramente la existencia de un problema y se esfuerza por resolverlo, pero lo hace con armas recortadas e inapropiadas. La segunda observación es más relevante y confirma que en modo alguno DUGUIT pretendió congelar la legislación existente gravando con indemnizaciones que ningún Estado podría soportar toda alteración legal que venga a ocasionar perjuicios económicos, incluso graves, a la amplia masa de los ciudadanos, pues justamente de él procede la brillante y sumamente eficaz doctrina para resolver el problema de los supuestos derechos afectados por el cambio normativo, la doctrina de las clases de situaciones jurídicas, que veremos que sigue siendo perfectamente operativa y con la cual justamente nuestro Tribunal Constitucional, como sabemos⁵¹, y el Tribunal Supremo, han resuelto con toda corrección los más graves problemas de sustitución global de regímenes jurídicos. DUGUIT avizora el problema de la responsabilidad patrimonial por hecho de las Leyes, certeramente, aunque no acierte con la

⁵¹ Vid. ahora mi trabajo *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, en *Libro Homenaje al Prof. Sebastián Martín-Retortillo*, que es el Capítulo I de este libro.

solución correcta, pero advierte por de pronto con toda lucidez que no se trata, en modo alguno, de coartar al Legislador sus facultades esenciales de adaptación constante de las Leyes a las cambiantes situaciones sociales, que es la primera de sus responsabilidades políticas en un sistema democrático.

2.– *El arrêt La Fleurette de 14 de enero de 1938.*

Decisión mitificada⁵² como iniciadora de una supuesta nueva era en la materia, conviene detenerse en todas las circunstancias del caso.

La industria lechera, fuerza de presión política considerable, junto a los ganaderos, había logrado que en un momento de crisis de su negocio se dictase una Ley en 1934 que prohibió la fabricación y el comercio de todos los productos destinados al mismo uso que la crema láctea que se fabricasen con materia distinta de la leche. La única empresa afectada por ese enunciado convencionalmente abstracto resultó ser la «*Société des produits laitiers La Fleurette*», que fabricaba un producto, al que llamaba «*gradine*», compuesto de leche, aceite de cacahuets y yema de huevo. La Sociedad quedó privada, en consecuencia, de toda su actividad y presentó una acción de responsabilidad. El Comisario del Gobierno propuso, en sus conclusiones, desestimarla. El Consejo de Estado, sin embargo, otorgó la indemnización.

Su razonamiento es muy simple: que el producto «*gradine*» no era perjudicial para la salud; que «nada, ni en el texto mismo de la Ley o en sus trabajos preparatorios, ni en el conjunto de las circunstancias del caso, permite pensar que el Legislador ha pretendido hacer soportar al interesado una

⁵² Puede verse su texto –sumamente breve– en la obra de LONG, WELBRAIBANT, DEVOLVÉ y GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14^e ed., París, 2003, págs. 325 y ss.

carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, creada en interés general, debe ser soportada por la colectividad». Esa es toda la justificación, literalmente.

Es verdad que hay una alusión, un tanto imprecisas, por lo demás, a que la carga individual, tan grave en el caso, debía soportarla normalmente la colectividad. Pero debe notarse que, por una parte, aunque formulada en términos abstractos, se trataba de una genuina Ley «de caso único», afectante a un solo sujeto; que no había términos legales posibles para calificar a la Ley de expropiatoria por su infracción de la garantía constitucional a la propiedad⁵³; que se indagan los «trabajos preparatorios» y de aprobación parlamentaria de la Ley y todas las circunstancias para concluir que el Legislador no había pretendido excluir la indemnización, la cual, por tanto, podía considerarse como implícita⁵⁴.

Todas esas cautelas se mantendrán en la jurisprudencia sucesiva sobre la materia, para cuya relación, por lo demás, sobran dedos en una mano.

3.— *La jurisprudencia ulterior.*

El carácter rigurosamente excepcional de la puerta abierta por el Consejo de Estado se confirma si examinamos la jurisprudencia posterior.

⁵³ La Constitución de la III República carecía de tabla de derechos fundamentales, pero, en cierto modo, esa tabla seguía siendo la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo art. 17 era la primera consagración de la garantía expropiatoria. Luego aludiremos al precepto, que en todo caso carecía entonces de fuerza normativa formal. Resultaba claro, utilizando aun los conceptos de la jurisprudencia americana, que era un *taking* inequívoco, no acompañado (aunque no la excluyese expresamente) de la correspondiente indemnización.

⁵⁴ Es la interpretación que se ha impuesto de la Sentencia *La Fleurette* y de las pocas que han seguido después su criterio. Vid. las referencias que hago en el *Prólogo* mismo de este libro, que doy aquí por reproducidas.

Por una parte, subrayando la excepcionalidad rigurosa de la solución, la jurisprudencia posterior subrayó que —en la expresión de sus autorizados expositores— «*toda Ley que interviene en interés general y preeminente contiene implícitamente la exclusión de toda indemnización*»⁵⁵, supuesto en el cual el propio *arrêt La Fleurette* excluye expresamente que el juez contencioso-administrativo pueda acordarla, si se recuerda. También exponen los mismos autores que «la eventualidad de una reparación *se excluye igualmente cuando la Ley ha sido adoptada en vista de un interés económico general y social de orden general*», citando numerosa jurisprudencia en este sentido⁵⁶. Estas reservas al «interés general», al «interés económico general», al «interés social» que formula el Consejo de Estado para negar rotundamente la pertinencia de la indemnización cuando una Ley se presenta al servicio de dichos intereses, es el equivalente casi exacto de la distinción entre expropiación y regulación conforme a la función social de la propiedad, que hemos visto que es común en los sistemas con control formal de constitucionalidad de las Leyes para separar el supuesto de aquel otro en que juega la garantía expropiatoria plenamente. Veremos, por cierto, que el *Conseil Constitutionnel* francés aplica precisamente este criterio de forma explícita.

Por lo demás, el perjuicio que puede pretender indemnización ha de ser no sólo «especial», en un sentido casi matemático (una o pocas víctimas), lo que excluye los supuestos de una generalidad del campo de aplicación, que es lo normal en las Leyes abstractas, generales y con un círculo de destinata-

⁵⁵ *Les grands arrêts*, cit., pág. 328.

⁵⁶ *Les grands arrêts*, pág. 329.

rios indeterminado y masivo, como suele ocurrir con las Leyes ordinarias⁵⁷, sino, además, «anormalmente grave»⁵⁸.

Se explica así que *sólo en tres casos más* desde 1938 hasta hoy el *Conseil d'État* haya repetido la solución *La Fleurette*, lo que explica la frase de Chapus: «La responsabilidad por hecho de las Leyes y convenios internacionales es un producto de lujo. No se le sirve todos los días»⁵⁹.

Esos tres casos, tomando la exposición de la última monografía que conozco sobre el tema, la de F. SENKOVIC⁶⁰, son los siguientes:

– *Caucheteux et Desmond*, de 21 de enero de 1944: perjuicio sufrido por una empresa especializada en la producción de glucosa para la producción de cerveza por razón de una Ley que limitó el porcentaje de otros productos distintos de la malta de cebada (supuesto análogo a *La Fleurette*, como se ve).

– *Bovero*, de 25 de febrero de 1963: derecho de un propietario a ser indemnizado al no haber podido recuperar sus locales por virtud de una norma de valor legislativo que prohibió el desahucio de las familias de los militares situados en Argelia.

– *Compagnie d'aménagement et de promotion immobilière (CAPRI)*, de 18 de diciembre de 1981: titular de una licencia

⁵⁷ Los conceptos aludidos, con sus referencias jurisprudenciales, en *Les grands arrêts*, pág. 330.

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 331.

⁵⁹ R. CHAPUS, *Droit Administratif général*, I, 5ª ed., París, 1990, pág. 932.

⁶⁰ F. SENKOVIC, *L'Évolution de la responsabilité de l'État Législateur sous l'influence du Droit Communautaire*, Bruxelles, 2000, págs. 196 y ss. Posterior es la monografía de BROYELLE, citada en el Prólogo de este libro, si se recuerda, que concuerda en este punto con SENKOVIC.

de construcción cuyos efectos fueron interrumpidos por la aparición en las obras de ruinas de interés arqueológico.

El balance, como se comprende, resulta más bien pírrico, teniendo en cuenta el volumen y la importancia de la Legislación que el Estado francés ha dictado desde 1938 a la actualidad, las revoluciones o cambios radicales de políticas que en esos años, tan revueltos, han tenido lugar, de modo que parece justo que haya podido hablarse de «una pseudo responsabilidad del Estado Legislador»⁶¹.

Las aproximaciones, un tanto iluminadas, de DUGUIT no son, al final, identificables en modo alguno en ese magro resultado, como se comprende.

4.– *La adopción expresa del criterio taking-regulation por el Conseil Constitutionnel.*

Más interés que el intento de «sacar punta» a esa modestísima y bien circunscrita experiencia jurisprudencial, tiene la observación –que no he visto, por cierto, que recoja ninguna de las exposiciones del tema tópico de la responsabilidad patrimonial *du fait des Lois*– de que en Francia misma el *Conseil Constitutionnel*, en su función de control preventivo de la constitucionalidad de las Leyes, ha llegado por su cuenta (como, por lo demás, todas las justicias nacionales, según hemos visto, sin que resulte visible la influencia de unas sobre otras, lo que viene a revelar que se trata de una solución impuesta por «la naturaleza de las cosas»⁶² a la misma solución inaugurada por la Corte Suprema americana, la distinción

⁶¹ MORANGE, en 1992, cit. por SENKOVIC, pág. 196. «Triste balance», reconoce esta última autora, y aún GALÁN VIOQUE.

⁶² En concreto, por la naturaleza y esencia misma del poder legislativo democrático, que no admite –puede afirmarse en términos categóricos– ninguna otra solución, que pondría necesariamente en cuestión su posición central en el sistema político y social.

entre *taking y regulation*, entre expropiación y regulación según el interés general, esta última perfectamente válida sin que vaya acompañada de indemnización alguna, aunque pueda implicar —e implique normalmente, como veremos cuando examinemos la jurisprudencia de nuestro propio Tribunal Constitucional— algún menoscabo o restricción patrimonial relevante para los destinatarios de las Leyes o para alguno de ellos, afectando, por tanto, inexcusablemente, a sus «intereses patrimoniales legítimos».

Esta posición es extraordinariamente más importante, por la significación y la trascendencia de las Leyes a las que se ha aplicado, que la modestísima resultante de la jurisprudencia *La Fleurette*, referente, como hemos visto, en supuestos sumamente restringidos y excepcionales, en los cuales, además, podía inferirse una voluntad implícita del propio legislador.

La base de esa toma de posición del Consejo Constitucional está en el art. 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclama la garantía del derecho de propiedad y la garantía correlativa de la expropiación forzosa⁶³. La consideración de la Declaración de 1789 como una garantía constitucional operativa la dedujo el *Conseil Constitutionnel* de su mención expresa por el Preámbulo de la Constitución, y como tal es aplicada para controlar la constitucionalidad de las Leyes a partir de su básica Decisión de 27 de diciembre de 1973.

⁶³ Este es el texto del art. 17: «Siendo la propiedad un derecho sagrado e inviolable, nadie puede ser privado de ella si no es cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige de forma evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización». Es la primera inclusión en la historia entre las garantías de derechos fundamentales de la garantía expropiatoria. Recordemos que la Enmienda V de la Constitución americana es de 1791.

Sobre esa base, ha declarado contrarias a la Constitución Leyes que, implicando una expropiación material, pretendían eludir la indemnización correspondiente o hacerlo por valor inferior al real o «*juste indemnité*». Pero, a la vez, ha excluido también resueltamente la calificación como expropiatorias de Leyes que regulaban derechos de una manera más restrictiva o limitativa que las anteriores, de modo que resultaban perjuicios perfectamente evaluables para sus titulares.

Podemos esquematizar su jurisprudencia en los siguientes términos:

1º Que el campo de aplicación del derecho de propiedad protegido no se limita al que recae sobre bienes inmuebles: también a bienes muebles, como acciones de una sociedad (lo que sujetó al fundamental art. 17 de la Declaración de derechos a todas las operaciones de nacionalización de empresas, algunas tan importantes y extensas como las acometidas en 1981, en el primer período presidencial de Mitterrand en el que se emprendió resueltamente realizar el «Programa común» socializador de los Partidos socialista y comunista, criterio rectificado poco más de un año después), marcas de fábrica, de comercio o de servicio⁶⁴.

2º Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que aunque de la redacción del art. 17 de la Declaración parece deducirse una concepción individualista y absoluta del derecho de pro-

⁶⁴ Toda la información, que resumo, sobre la aplicación del art. 17 de la Declaración de Derechos de 1789 por el *Conseil Constitutionnel* la extraigo del excelente *Code Constitutionnel, commenté et annoté* por M. DE VILLIERS y Th. S. RENOUX, edición de 1994, París, Litec, 1994, págs. 111 y ss. y su 2ª edición de 2001. También L. FAVOREU, *Nationalisations et Constitution*, París, 1982. M. FROMONT, *Le droit de propriété et la Constitution en Allemagne et en France*, en el vol. I de la obra *L'interventionnisme économique de la puissance publique. Etudes en l'honneur du Doyen G. Péquignot*, Montpellier, 1984, págs. 277 y ss.

propiedad, el Consejo Constitucional, después de destacar la evolución del fin y de las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad, ha indicado que éste «ha sufrido una evolución caracterizada a la vez por una notable extensión de su campo de aplicación a dominios individuales nuevos y *por las limitaciones exigidas por el interés general*» (Decisión 132 de 1981); de modo que «es en función de esa evolución como debe entenderse la reafirmación por el preámbulo de la Constitución de 1958 del valor constitucional del derecho de propiedad» (Decisión de 25 de julio de 1989)⁶⁵.

3º El carácter fundamental del derecho de propiedad no excluye, pues, que pueda ser objeto de limitaciones o *atteintes*. Hay que hacer una distinción fundamental entre «*atteintes*» que impliquen «desposesión», «privación» o «desnaturalización» de dicho derecho, de aquellas otras que no llegan a ese extremo, de modo que sólo las primeras están condicionadas para su validez al régimen de la expropiación indemnizada. Esta idea esencial la expresan plásticamente FAVOREU y L. PHILIP: el derecho de propiedad es un derecho «alcachofa»: el Legislador puede arrancarle hojas, y ello no implicará un deber de indemnizar, pero no puede destruir su «corazón» sin sufrir una censura del juez constitucional, es decir, «suprimir el fundamento mismo del derecho»⁶⁶.

En concreto, el *Conseil Constitutionnel* ha estimado que no constituyen «desposesión» del derecho de propiedad en el sentido del art. 17 de la Declaración:

⁶⁵ *Code Constitutionnel*, 1ª ed., cit., pág. 111; 2ª ed., pág. 145.

⁶⁶ *Code Constitutionnel*, 1ª ed., pág. 113; 2ª ed., pág. 147. Más precisamente, me permito entender, nuestro Tribunal Constitucional habla de que las Leyes reguladoras no han de destruir su «contenido esencial», de acuerdo con el límite que al Legislador impone el art. 53.1 de la Constitución en relación con los derechos fundamentales. Vid. más adelante la exposición del Derecho español.

– sujeciones inherentes al control fiscal que producen el efecto de privar temporalmente al propietario del uso de un bien (Decisión 81-133);

– someter a autorización ciertas infraestructuras e instalaciones de comunicación audiovisual (Decisión 81-141);

– restricciones al derecho de voto de los accionistas de sociedades comerciales, pues el art. 17 «no implica en absoluto que las Leyes no puedan restringir el ejercicio del derecho de propiedad sin una indemnización correlativa» (Decisión 83-162);

– no son tampoco expropiaciones las regulaciones que fijan reglas aplicables en caso de explotación de fincas por su propietario que contradicen las disposiciones sobre control de las estructuras agrarias, regulaciones que preveían que si un propietario no ha regularizado su situación al término de un año después de haber sido intimado para hacerlo el Tribunal paritario específico pueda autorizar que la explotación sea llevada por cualquier persona interesada (Decisión 84-172);

– tampoco es expropiación la prohibición por una Ley de que las empresas periodísticas puedan realizar operaciones financieras con el fin de preservar el pluralismo de la prensa (Decisión 84-181);

– ni la competencia que se otorga a la Administración de establecer zonas protegidas y someter a autorización previa, que puede ser negada eventualmente, las operaciones de división de propiedades inmuebles (Decisión 85-189);

– tampoco puede considerarse una medida expropiatoria el derecho reconocido a la entidad pública de Radiodifusión de situar ciertas instalaciones en la parte superior de edificios, pues es una «molestia soportable» que no implica «privación

de propiedad», por no privar a éste de su contenido, siendo una simple «servidumbre de interés público»;

– ni la prohibición de publicidad del tabaco, que aunque «sin duda es susceptible de afectar en su ejercicio al derecho de propiedad de una marca de tabaco, encuentra su fundamento en el principio constitucional de protección de la salud» (Decisión 90-283);

– tampoco infringe el art. 17 de la Declaración una homologación de tarifas de los hospitales privados con fin lucrativo (Decisión 90-287);

– ni el poder conferido al Ministro de Economía de controlar la adquisición de acciones de sociedades privatizadas (Decisión 89-254).

Pero, en cambio,

– una operación de nacionalización implica una privación del derecho de propiedad sometida al art. 17 de la Declaración (Decisiones 81-132, 83-167);

– supuesto en el cual la indemnización debe ser integral (Decisiones 81-132, 81-139);

– principios que se aplican también a las privatizaciones (Decisión 86-207).

Etc., etc.⁶⁷.

Se notará que esta jurisprudencia es mucho más jugosa y sustancial que las casi pintorescas, y en todo caso rigurosamente excepcionales, Sentencias que declaran indemnizables (ya nos consta con cuántas condiciones y reticencias) los da-

ños producidos por una Ley. Hay aquí un análisis mucho más profundo y serio del problema. Ya sabemos, sin embargo, que el control del *Conseil Constitutionnel* es únicamente previo a la promulgación de las Leyes y en el caso de existencia de un recurso (fuera del supuesto de las Leyes Orgánicas y de los Reglamentos de las Asambleas parlamentarias, en que actúan de oficio) de los Presidentes de la República, de la Asamblea Nacional o del Senado, del Primer Ministro o de sesenta senadores o diputados: art. 61 de la Constitución. No puede ejercer ningún control por reenvío prejudicial de los jueces (cuestión de inconstitucionalidad), como es común en los demás sistemas europeos de control de constitucionalidad. Es en este último espacio, donde el control por la Constitución no es posible, donde únicamente puede llegar a jugar algún papel la técnica, tan limitada y circunscrita, por lo demás, de la indebidamente enfatizada responsabilidad patrimonial por hecho de las Leyes.

⁶⁷ Todos los ejemplos citados se toman del *Code Constitutionnel* citado, 1ª ed., págs. 111 y ss.; 2ª ed., págs. 145 y ss. He hecho una corta selección, que podría fácilmente multiplicarse. Remito a la obra indicada.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Abogado de Derecho Administrativo

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN EL DERECHO ESPAÑOL

Este importante libro del Profesor García de Enterría nos plantea un problema capital planteado por una jurisprudencia, ya sea de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que está reconociendo una notable liberalidad la posibilidad de obtener indemnizaciones por perjuicios que para los particulares pueden derivarse de la aplicación de ciertas leyes, tanto del Estado como autonómicas. Aparte de esta supuesta tendencia del Derecho comparado, se planteó primero como título que justificaba esos cambios, en armonía con el principio de la protección de la confianza legítima, tanto cuya generalización podría llevar nada menos que a la «acción» del ordenamiento jurídico. Se invocó también la «acción» explícita que hace el art. 9.3 de la Constitución del «principio de responsabilidad de los poderes públicos». Se ha intentado demostrar un supuesto de supremacía de las leyes declaradas inconstitucionales capaz de romper la fuerza de cosa juzgada de las sentencias firmes que aplicaron dichas leyes y de enervar cualquier efecto de prescripción de las situaciones surgidas en la aplicación de las leyes. En fin, todo ello supondría reclamar como una consecuencia de los jueces y Tribunales contencioso-administrativos decidir si una Ley tiene o no contenido expropiatorio.

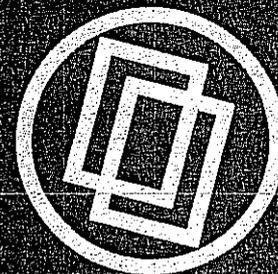
Después de depurar de esos supuestos títulos, muchas veces discutidos, permite al autor fijar con notable seguridad cuestiones fundamentales del Derecho Público actual, como, por ejemplo, la aplicación del principio de responsabilidad de los poderes públicos constitutivo del mismo régimen democrático, sin que implique o implique alguna una responsabilidad patrimonial; la inexistencia de acción en los Tribunales contencioso-administrativos para impugnar sentencias de condena contra el Legislador; el deslinde de la jurisdicción contencioso-administrativa y la propia del Tribunal Constitucional, tanto respecto de la calificación de una Ley como respecto de la declaración de una Ley como inconstitucional.

El autor clarifica, pues, cuestiones fundamentales del actual Derecho Administrativo, con una notable brillantez.

En esta vez, la obra no duda en entrar en problemas bastante más complejos, de los que puede ser un ejemplo (sólo por sí mismo) la resuelta reconsideración de la expropiación legislativa de aguas y zona marítimo-terrestre llevada a término por la Ley de 1988, reinterpretando la Sentencia Constitucional 149/1991. Todo aquí, justamente, una posibilidad indemnizatoria no tenida en cuenta hasta ahora.

monografías

monografías



LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO
LEGISLADOR EN EL DERECHO ESPAÑOL

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN EL DERECHO ESPAÑOL

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

EDUARDO
GARCÍA DE ENTERRÍA

THOMSON
CIVITAS

C.M.: B0002266

ISBN: 84-470-2366-4



9 788447 023660



THOMSON
CIVITAS