

del Legislador estatal) que se produce por infracción del Derecho Comunitario, o por otros instrumentos normativos de Derecho Internacional; ni tampoco la mucho más circunscrita de la posible incidencia respecto de relaciones singulares bilaterales, cuyo ejemplo más obvio es, en el ámbito de la contratación pública, la alteración del régimen prestacional establecida por una norma jurídica producida por una de las partes, naturalmente la *potentior persona*.

III

Dedico esta obra, ya tan avanzada en mi carrera, a mis ya numerosos nietos, con especial significación a los tres últimos de la serie, a quienes no había dedicado hasta el momento trabajo alguno (Amparo, Carlos y Daniel), así como, de manera especial, a dos de ellos que han emprendido ya briosamente la carrera de Derecho (Patrick y Andrea), que todo permite esperar que será muy brillante.

Madrid, Abril de 2005

CAPÍTULO I

EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA COMO SUPUESTO TÍTULO JUSTIFICATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR

SUMARIO: I. *Planteamiento: La invocación del principio de protección de la confianza por la jurisprudencia y la doctrina como justificación de la responsabilidad por hecho de las Leyes.*—II. *Sólo si el principio de protección de la confianza tuviese rango constitucional podría invocarse su infracción como causa de responsabilidad del Legislador. Seguridad jurídica y protección de la confianza.*—A) *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es favorable a esa extensión del principio.*—B) *El problema en el Derecho alemán: ni un solo caso de responsabilidad patrimonial del Legislador.*—III. *El problema en general. La necesaria libertad del Legislador democrático para acomodar el Derecho a las circunstancias cambiantes, Maurer. La inadmisibilidad de una «petrificación del Derecho».*—IV. *El caso del derecho comunitario. La aplicación del art. 288 CE por el Tribunal de Justicia. La distinción entre actos normativos y no normativos. El criterio de la inmunidad de las «opciones de política económica» a partir de la Sentencia Bayerische HNL, de 1978. Las «obligaciones de comportamiento de los agentes económicos». Conclusión general. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia no determina en absoluto una generalización de la responsabilidad del Legislador.*—V. *La idea de que la situación jurídica existente condiciona la competencia del legislador es la característica del orden jurídico arcaico. El principio alte, gute Recht y el postulado de su per-*

manencia; legis innovatio como restauración del viejo y buen Derecho. La idea en la España medieval, en Quevedo, en la Novísima. El caso inglés: el Parlamento, como juez defensor del old, good Law, hasta 1831. La caracterización de O. Mayer del Derecho Público premoderno como wohlerworbenen Rechte Staat. La irrupción de las dos Revoluciones democráticas, francesa y americana, y la liberación de un poder legislativo soberano y creador. El Proyecto girondino de 1793. Jefferson: el Derecho pertenece a cada generación viviente.—VI. El autor más relevante en la postulación de una responsabilidad general del Legislador, Duguit, fue el formulador de la teoría de las situaciones jurídicas generales y objetivas que excluye cualquier «derecho adquirido» a impedir los cambios normativos. La doctrina y su papel central en el Derecho Público francés. La recepción de esta tesis en la jurisprudencia constitucional y ordinaria española.—A) Jurisprudencia constitucional.—B) Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Nieto y los derechos adquiridos de los funcionarios y el correcto encaje por esta jurisprudencia de las reformas legislativas del funcionariado a partir de 1984. «¿Anti-La Fleurette española?». El reconocimiento expreso de los devastadores efectos económicos de la declaración de responsabilidad del legislador por esas reformas. Saludables efectos de la doctrina duguitiana.

I

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha comenzado últimamente a declarar con cierta normalidad una responsabilidad patrimonial como consecuencia de Leyes formales, ha creído encontrar en el principio de protección de la confianza legítima (que la jurisprudencia comenzó acogiendo por influjo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) un fundamento explícito para justificar dicha extensión de la responsabilidad¹. También el sector de la doctrina que

¹ Así, Sentencias de 5 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994 y 16 de diciembre de 1997, las tres sobre perjuicios causados a empresas pesqueras nada menos que por el Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, adhesión autorizada por la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto. En otras Sentencias (por ejemplo, la de 30 de junio de 2001, que cita una jurisprudencia más extensa) se cita como especialmente relevante, entre otros criterios, el principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares y el de seguridad jurídica, añadiendo: «Estos conceptos... están estrechamente relacionados con el principio de confianza legítima».

celebra y alienta esa jurisprudencia ha puesto en primer término dicho principio, que, como es sabido, el propio Legislador terminó proclamando al reformar la Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común en 1999²; según esa doctrina, el principio habría venido a respaldar definitivamente la responsabilidad patrimonial del Legislador³.

tima, enunciado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», formulándose seguidamente una exposición de esta jurisprudencia comunitaria de la que pretende inferirse ese principio, exposición que no juzgamos acertada, como luego veremos. Se dice que esa jurisprudencia «obliga a responder en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias de las circunstancias económicas habituales y estables generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento)», aunque precise luego que el principio «no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente... ni les reconoce un derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja». También se invoca el mismo principio en alguna de las Sentencias que están declarando responsabilidades patrimoniales como consecuencia de Leyes declaradas inconstitucionales, por ejemplo, la de 15 de julio de 2000: «El ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los órganos públicos se ajusta a la Constitución y a las Leyes». En otra serie de Sentencias que con ocasión de la reforma funcional de 1984 (reducción de la edad de jubilación de funcionarios y jueces, agravación del régimen de incompatibilidades, etc.), que aunque no entraron en el fondo por obligar a repetir la reclamación administrativa ante el Consejo de Ministros anunciaron ya un criterio favorable a la declaración de responsabilidad patrimonial (criterio que luego el Pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo rechazó), de modo que quedaron en simples *obiter dicta*, sin valor jurisprudencial propiamente dicho, el principio de protección de la confianza fue también ampliamente invocado: Sentencias de 15 de julio de 1987, 25 de septiembre de 1987, 29 de septiembre de 1987 y 12 de febrero de 1988. La Sentencia del Pleno de la Sala que, al volver el asunto al Tribunal Supremo, rechazó toda responsabilidad patrimonial por esos cambios legislativos fue la de 30 de noviembre de 1992, cuya doctrina se mantuvo incambiada en todos los casos en que se planteó la misma cuestión de la reforma funcional.

² En la nueva redacción dada por la Ley 4/1999, de 15 de enero, al art. 3 de dicha Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones y de Procedimiento Administrativo Común de 1992, artículo cuyo apartado 2 dice ahora: «Igualmente [las Administraciones Públicas] deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima».

³ Así, R. GALÁN VIOQUE, *La responsabilidad del Estado Legislador*, Barcelona, 2001, pág. 537 («el principio de seguridad jurídica en su tránsito al de confianza legítima se ha convertido en un parámetro decisivo para

No parece necesario hacer en este momento una exposición detenida del principio de protección de la confianza legítima. Bástenos ahora decir que es un principio procedente del Derecho alemán, en cuya jurisprudencia ordinaria y constitucional se formó, y de donde pasó a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aunque con nuevas matizaciones, y de aquí, con una notable precocidad, además de con una resolución sorprendente, a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que inmediatamente pasó a aplicarlo a la justificación de la responsabilidad patrimonial del Legislador.

II

Lo primero que debe de analizarse en nuestro Derecho es si dicho principio de protección de la confianza legítima tiene efectivo rango constitucional, pues si no lo tuviera no podría reprocharse al Legislador, como se comprende, que lo ignore o lo infrinja, erigiéndose en título de una inconstitucionalidad y, correlativamente, de una eventual pretensión indemnizatoria. No cabe, en efecto, una responsabilidad patrimonial del Estado sin que la actividad que se reproche a éste pueda tildarse de antijurídica (lo que, por lo demás, dispone expresamente a propósito de la eventual responsabilidad «por la aplicación de actos legislativos» el poco feliz art. 139.3 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, cuando dice que ha de tratarse de una lesión que los particulares «no tengan el deber jurídico de soportar», concepto que

determinar la antijuridicidad de los daños imputables a las Leyes»); M^a C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, Barcelona, 1999, págs. 109 y ss.: la ilicitud del daño puede afirmarse «cuando suponga una ruptura del principio de confianza legítima en la estabilidad del ordenamiento jurídico». Igualmente otros autores, en general citados en los anteriores.

sólo puede explicarse en términos de antijuridicidad del acto legislativo)⁴.

No ignoramos que en el Derecho alemán, origen inmediato de la institución de la protección de la confianza, de donde pasó al Derecho Comunitario, el principio tiene, en efecto, rango constitucional, derivado del principio de seguridad jurídica⁵. Pero el ámbito específico del principio en su alcance constitucional opera en Alemania, y no sin una calificada y fuerte oposición, por cierto, como podremos ver, exclusivamente respecto del tema de los límites de la retroactividad normativa, que en la Constitución española tiene una mención especial, aparte del de seguridad jurídica, en el art. 9.3.

Ateniéndonos a nuestro ordenamiento constitucional, aunque se ha sostenido que en el principio de protección de la confianza debe verse una matización o concreción del principio de seguridad jurídica, en efecto proclamado específicamente por el art. 9.3 de la Constitución, resulta difícil pretender establecer una correlación absoluta entre ambos principios. La seguridad jurídica es un postulado con una muy amplia proyección, entre la cual puede entenderse sin dificultad que pueda incardinarse el principio de protección de la confianza⁶, pero en modo alguno cabría admitir que esa de-

⁴ Cfr. ahora mi Prólogo a la reciente obra de O. MIR, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, 2001, pág. 21.

⁵ Cfr. J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, 2001, págs. 183 y ss. El principio integra la concepción misma del Estado de Derecho que proclaman los arts. 20.3 y 28 de la *Grundgesetz*: E. BENDA, *El Estado social de Derecho*, en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL y HEIDE, *Manual de Derecho constitucional*, traducción y edición de A. LÓPEZ PINA, Madrid, 1996, págs. 487 y ss., en particular a partir de pág. 493.

⁶ Así, GARCÍA LUENGO, *El principio*, cit., pág. 189 y ss.; F. A. CASTILLO BLANCO, *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1998, págs. 97 y ss.

ducción invista necesariamente de rango constitucional a este último principio en la totalidad de sus aplicaciones. Por ejemplo: todos –absolutamente todos– los plazos de recurso o de prescripción o caducidad o de ejercicio de derechos se articulan, sin lugar a dudas, sobre el principio de seguridad jurídica, pero carecería de sentido pretender que cualquier debate sobre la pertinencia, y no digamos sobre la aplicación, e incluso sobre la crítica, de cualquiera de esos plazos llegase a suscitar un problema constitucional, capaz de justificar o un recurso de inconstitucionalidad por los entes u órganos legitimados para interponerlo, o bien el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por cualquier órgano judicial ordinario. El principio de seguridad jurídica informa, en realidad, la totalidad del ordenamiento jurídico, del que es uno de sus constitutivos elementos esenciales, pero ello no impone que haya que prestar a esa totalidad rango constitucional (¿frente a qué otra parte del ordenamiento, entonces?). Es exactamente igual que el principio de «justicia», enunciado por el art. 1º de la Constitución no ya sólo como constitucional, sino, más aún, como «valor superior del ordenamiento», lo que nadie ha entendido que lleve a que todas las pretensiones y exigencias de justicia que se dilucidan diariamente en los miles de procesos que se sustancian a lo largo de todo el territorio alcancen por ello rango constitucional.

Se trata de principios que, en efecto, informan la totalidad del ordenamiento, pero que sólo alcanzan verdadero rango constitucional o supralegal, capaz de imponerse a la superioridad de las Leyes y de quebrantar o adicionar su contenido (pues conectar a una Ley la necesidad de una indemnización como consecuencia de su aplicación innova sustancialmente, como es obvio, el contenido de la misma), en casos verdadera-

mente extremos y singulares. ¿Es el principio de protección de la confianza uno de esos casos excepcionales, de modo que su desconocimiento pueda acarrear una responsabilidad patrimonial por la actividad del Legislador? Ésta es la cuestión y no otra.

Si consultamos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya copiosa tras veintitrés años de funcionamiento, comprobaremos que ni una sola vez se ha proclamado el principio de protección de la confianza como un principio capaz de imponerse a una Ley formal para determinar su inconstitucionalidad por la ausencia en sus determinaciones de una reparación patrimonial de los perjuicios económicos que por violación de tal principio pudiesen proceder. Si repasamos, sin afán de exhaustividad, la jurisprudencia constitucional producida sobre el principio de seguridad jurídica del art. 9.3, encontramos lo siguiente:

A) Partiendo de la recopilación formada por el Profesor F. RUBIO LLORENTE (Magistrado constitucional en los primeros doce años de funcionamiento del Tribunal Constitucional) sobre la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de «derechos fundamentales y principios constitucionales»⁷, encontramos declaraciones de este tenor:

⁷ F. RUBIO LLORENTE, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina constitucional)*, Barcelona, 1995, págs. 67 y ss. Para la doctrina constitucional posterior a la fecha de este libro, puede consultarse la cuidadosa reseña de M. PULIDO QUECEDO, *La Constitución Española con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Pamplona, 2001, págs. 272 y ss. Véase como muestra la STC 104/2000, que resume toda la doctrina anterior: «La seguridad jurídica, entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991), como la claridad del Legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990)... En suma, sólo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo *produjeran confusión o*

—«La seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad... la seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad» (SSTC 27/1981 y 227/1988).

—«La expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder *en la aplicación* del Derecho» (STC 36/1991).

—«El Legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas... Hay que promover y buscar la certeza del Derecho y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se produzcan perplejidades» (SSTC 46/1990 y 146/1993)⁸.

—«Una legislación confusa, oscura e incompleta dificulta su aplicación y además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos puede terminar por empañar el valor de la justicia» (STC 150/1990).

dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica» (SSTC 150/1990, 142/1993, 212/1996). Esta formulación es especialmente categórica. *Sólo en el caso* que se enuncia con toda precisión puede hablarse de una violación por una norma del principio constitucional de seguridad jurídica. Por ello, justamente, el principio de seguridad está excluido de la protección del recurso de amparo, porque afecta al Derecho objetivo y no a los derechos subjetivos directos (SSTC 28/1994 y 165/1999, con más referencias).

⁸ La primera de las dos Sentencias, la 46/1990, por cierto, es la única que ha declarado la inconstitucionalidad de una Ley, la Ley Canaria de Aguas de 22 de mayo de 1989, por infracción del principio de seguridad jurídica, dada la incertidumbre grave que ocasionó en Canarias en la materia.

En la última cita se encuentra, como se habrá notado, la expresión «la confianza de los ciudadanos» como incluida en la seguridad jurídica, pero relativa a la certeza del Derecho y no a sus propios intereses particulares. Podemos encontrar otras menciones a la confianza en el mismo sentido⁹. Pero, en todo caso, encontramos la afirmación categórica, y esencial para nuestro problema, de que:

«El principio de seguridad jurídica no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas» (STC 227/1988),

afirmación que veremos que se ha repetido más veces y que nos parece decisiva al respecto.

B) En realidad, en el Derecho alemán el principio de protección de la confianza como un verdadero límite a la potestad legislativa juega únicamente —y no sin importantes críticas por el sector doctrinal más autorizado— en el tema específico de la retroactividad o irretroactividad de las Leyes¹⁰, y con importantes restricciones o limitaciones. Ahora bien, en nuestra Constitución el principio de irretroactividad de las normas está expresamente recogido en el art. 9.3, con independencia del de seguridad jurídica, como es sabido. Existe,

⁹ El principio de seguridad jurídica garantiza «la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes» (STC 147/1980); y también: en el principio «está ínsita la confianza del ciudadano en que su caso o su pretensión será resuelta o merecerá la misma respuesta que se dio en casos anteriores o iguales», referido a la motivación de las Sentencias (STC 120/1987).

¹⁰ Cfr. la excelente exposición de J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección de la confianza*, cit., págs. 204 y ss.; H. MAURER, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, en el tomo III del magno *Handbuch des Staats-Rechts*, dirigido por ISENSEE y P. KIRCHOF, 2ª ed., Heidelberg, 1996, págs. 218 y ss. y especialmente, en la reducción del concepto a las retroactividades «impropias», págs. 236 y ss.; para su inaplicación radical a los cambios futuros de la Ley, vid. el texto del propio autor que se cita más adelante.

sin embargo, una cierta doctrina del Tribunal Constitucional que, por una directa influencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, que alguna vez incluso se ha citado como autoridad, ha invocado el principio de protección de la confianza para abordar el problema de los límites permitidos de la retroactividad de las normas. La primera vez que aparece esta doctrina constitucional parece ser el Voto Particular del Magistrado GÓMEZ FERRER en la Sentencia 6/1983¹¹, al que seguirá otro del Magistrado RUBIO LLORENTE en la Sentencia 324/1994¹². Pero, ya colectivamente, como tal Tribunal, este planteamiento se encuentra en las Sentencias 126/1987, 150/1990, 197/1992 y 205/1992, introduciendo el principio de protección de la confianza en el problema de la retroactividad

¹¹ Al discrepar de la absolución de inconstitucionalidad que acordó la mayoría del Tribunal respecto del Real Decreto-ley 11/1979, que había reducido los beneficios fiscales reconocidos a las viviendas de protección oficial del 90% de la contribución urbana al 50% y de los veinte años previstos hasta entonces sólo a tres, dijo, apoyándose en la existencia de cédulas individuales de cada vivienda en las que se declaraban esos beneficios, que la innovación «puede incidir en la confianza de los ciudadanos en el Estado... los ciudadanos han confiado en el Estado y se han sometido voluntariamente a ese régimen, han obtenido, de acuerdo con la legislación aplicable, un título jurídico concreto, que especifica los beneficios tributarios y limita –en la misma medida– el deber tributario durante el plazo de duración del beneficio otorgado». En realidad, lo que se ventilaba era si ese título individual había revestido los beneficios fiscales reconocidos del carácter de derechos adquiridos y firmes definitivamente personalizados y patrimonializados en los beneficiados, o no; esto último significaba que tales beneficios tendrían el carácter de una «situación legal o reglamentaria», lo que no impediría su modificación legal ulterior. En el fondo, pues, sobre esa base teórica, se debatía sobre si la modificación legal tenía o no carácter expropiatorio, algo muy diferente de las aplicaciones ordinarias del principio de protección de la confianza.

¹² «La seguridad jurídica implica también, a mi juicio, la necesidad de que el Estado no pueda abrogar libremente aquellas normas que... están precisamente destinadas a dotar de una mínima garantía a determinados grupos sociales. La seguridad jurídica no exige, ciertamente, la petrificación del ordenamiento, pero sí, creo, el respeto a las garantías enunciadas explícitamente como tales... quebrantados o desconocidos “los compromisos asumidos por el Estado”». De nuevo el planteamiento coincide, a mi juicio, con el expuesto en la nota anterior.

o irretroactividad de las normas¹³. Pero es importante notar que ninguna de ellas, finalmente, objetó a la constitucionalidad de las normas enjuiciadas, de modo que puede afirmarse ahora, con rotundidad, que el Tribunal Constitucional español, aun admitiendo, hipotéticamente, un límite al Legislador por el principio de confianza legítima convencionalmente traído a colación¹⁴, aunque sólo a propósito del tema de la retroactividad de las Leyes, nunca ha anulado una Ley por este motivo. Mucho menos, desde luego, porque, en virtud de ese principio, hubiese estimado violado el art. 33 de la Constitución y declarado, consecuentemente, la responsabilidad patrimonial de dicho Legislador.

En todo caso, conviene retener dos cosas: primero, que en el Derecho alemán el principio de protección de la confianza no ha servido *ni una sola vez, categóricamente*, para declarar indemnizables supuestos perjuicios causados por las Leyes; y segundo, que en el tema de los límites de la retroactividad, también incluida en el art. 9.3 de la Constitución, vamos a aportar ya pronunciamientos explícitos a lo largo de la exposición de esta obra¹⁵, en los que el Tribunal Constitucional admite la validez de la retroactividad legislativa y de las restrictivas de derechos individuales, no obstante el límite explícito del art. 9.3: «fuera de ello [del campo penal y de los derechos

¹³ Las ha estudiado J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección de la confianza*, cit., págs. 91 y ss., a cuyo análisis me remito.

¹⁴ GARCÍA LUENGO, cit., pág. 101, observa que este recurso de nuestro Tribunal Constitucional al principio de protección de la confianza lo ha hecho «siguiendo a su homólogo alemán y de espaldas a las críticas que en el propio país de origen ha motivado una jurisprudencia marcadamente decisionista». Sobre esta crítica («duras críticas doctrinales»), la propia obra, pág. 89. También, págs. 204 y ss.

¹⁵ [En el texto original del artículo que comenzó siendo el presente capítulo se hacía una mención de futuro a la obra de conjunto que es ahora este libro].

fundamentales], *nada impide, constitucionalmente, que el Legislador dote a la Ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno*» (SSTC 27/1981, 42/1986, etc.), no digamos ya sobre las «expectativas» (STC 97/1990), o situaciones legales o reglamentarias, como veremos más adelante que el Tribunal aplicó firmemente en cuanto a la reforma en sentido restrictivo de derechos de la legislación funcionarial (STC 99/1987, etc.).

En resolución, pues, el principio de protección de la confianza ni en el Derecho alemán, donde surge, ni en el Derecho español, tras su explícita recepción, ha determinado nunca en la jurisprudencia constitucional (otra cosa ha ocurrido, como hemos visto, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo) una responsabilidad patrimonial por Leyes formales.

III

¿Pero puede sostenerse seriamente que una eventual violación por el Legislador del principio de confianza legítima haya generado responsabilidad patrimonial en algún Derecho, ya que no en el alemán, como acabamos de ver?

Antes de entrar directamente en la contestación de esa cuestión, nos será útil retener las lúcidas palabras del Profesor Hartmud MAURER¹⁶:

«Las regulaciones por Ley que afectan exclusivamente al nacimiento futuro de situaciones, derechos o relaciones jurídicas no colisionan con el principio de protección de la confianza. *El ciudadano no puede confiar en que las Leyes dadas en un tiempo vayan a permanecer incambiadas. Menos aún puede pretender que el Legislador actúe de una determinada manera... El Legislador tiene que estar abierto hacia el futuro, tiene que tener la posibilidad de reaccionar sobre nue-*

¹⁶ H. MAURER, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, cit., págs. 243-244.

vos desarrollos o evoluciones, admitir nuevos conocimientos e imponer nuevas concepciones políticas, como también corregir en el futuro viejos errores... El ciudadano debe, en un Estado democrático, confiar en que el Legislador parlamentario plasme en sus trabajos lo que le ha sido transmitido por el pueblo en su mandato democrático. Esta confianza es la que corresponde en el ámbito político y se realiza también con medios políticos (elecciones, opinión pública)».

Esta idea es fundamental, y su expresión me parece particularmente feliz, al apoyarse en conceptos políticos infraestructurales inequívocos. Una democracia no podría existir, simplemente, si cualquier cambio en el orden jurídico tuviese que ser indemnizado a los *beati possidentis* instalados en la legislación anterior. Ésa es, más bien, y precisamente, la concepción del Derecho del Antiguo Régimen, más que la de la democracia moderna, la que subyace a la idea de que cualquier cambio legislativo que afecte a la confianza que en el Derecho anterior tuviesen los ciudadanos o grupos de ellos pueda generar en favor de los mismos una pretensión indemnizatoria, lo que conduciría inevitablemente, como han dicho tanto el Tribunal Constitucional¹⁷ como el Tribunal Supremo¹⁸, a una *petrificación o congelación del Derecho*, a su

¹⁷ Sentencia 27/1981, de 20 de julio: «El Ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado: ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento, como instrumento de progreso y de perfeccionamiento. Normalmente lo hace así al establecer relaciones «pro-futuro». Pero difícilmente una norma puede evitar que la regla de futuro incida sobre relaciones jurídicas preexistentes, que constituyen el basamento de las relaciones venideras». Sentencia 106/1986, de 29 de julio, FJ 26: «el principio de irretroactividad no puede presentarse como una *defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico*».

¹⁸ Sentencia de 30 de noviembre de 1992, FJ 6º: «la indemnización solicitada con base en la frustración de meras expectativas... conduciría a una *petrificación legislativa* para evitar las importantes consecuencias económicas que pretendan adaptar la Legislación anterior... a las nuevas circunstancias políticas, económicas y sociales cuando, como ocurre con frecuencia, conllevan una privación de expectativas generadas por las Leyes

inmovilización total o parcial, a su cierre definitivo a los cambios sociales o políticos, que es una de las grandes funciones de un poder legislativo democrático, señor indiscutido de la *legis innovatio*. Por ello ha podido formular CARBONIER un principio esencial del sistema jurídico sobre el que vivimos: «la costumbre conserva, la Legislación innova»¹⁹.

Sobre ello volveremos luego; quede ahora sólo constancia de que ésta es la posición tanto del Tribunal Constitucional Federal alemán como de la totalidad de la doctrina alemana, sin la menor vacilación²⁰.

que se modifican». Este concepto de «petrificación del ordenamiento» es conocido por la doctrina. Por ejemplo, con más referencias alemanas, S. CALMES, *Du principe de la protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et français*, París, 2001, pág. 496, y allí citados. Quizás convenga retener, por su simplicidad, las palabras, ya antiguas, de J. BARTHELEMY en «*Revue de Droit Public*» de 1907 (que cita CALMES en pág. 498): «El progreso se haría imposible si, a cada etapa de su marcha, hubiese que pagar un peaje a los privilegiados que se beneficiaban de la situación anterior».

¹⁹ J. CARBONNIER, *Ensayos sobre las Leyes*, trad. de L. Díez-PICAZO, Madrid, 1998, pág. 184. Habla de cómo, tras la producción intensa de «capitulares» por los carolingios, «el Occidente se hunde poco a poco en el profundo bosque consuetudinario de la Alta Edad Media», y añade: «¿Por qué buscar ejemplos tan lejanos? Hace años John GLISSEN realizó una estadística de las ordenanzas promulgadas por los soberanos de las provincias belgas desde 1507 a 1794. De ella retengo que la media anual, que era de 35 Ordenanzas en el siglo XVIII, saltó a 90 en el período de 1741 a 1790. Henos aquí en la plena luz de las luces». Hoy son ya varios miles cada año. En términos más abstractos, sobre la caracterización del Legislador como quien busca incansablemente *eine bessere Zukunft*, una mejora del futuro, vid. G. HUSSERL, *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt am Main, 1955, págs. 63 y ss.

²⁰ Es por ello inexacta la presentación que hace el libro de R. GALÁN VIOQUE, *La responsabilidad del Estado Legislador*, cit., de la posición del Derecho alemán sobre el tema de la obra, págs. 355 y ss., que habla de una «tímida acogida de la responsabilidad del Estado Legislador por la República Federal de Alemania»; no hay tal timidez, sino una posición negativa neta fuera del supuesto específico de las Leyes de contenido expropiatorio, calificación reservada, por supuesto, al Tribunal Constitucional. Por si hubiese alguna duda al respecto, citaremos en la literatura en español la colaboración de F. OSSENBÜHL, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal Alemana*, en la obra colectiva dirigida por

IV

Pero surge aquí, sin embargo, una objeción de algún peso, el régimen de la responsabilidad patrimonial en el Derecho Comunitario, que vimos que invoca ya alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la Sentencia de 30 de junio de 2001 (citada en nota 1, *supra*).

Aquí, en efecto, pueden invocarse Sentencias (muy pocas, por cierto, y además antiguas, luego rectificadas) en que el Tribunal de Justicia ha invocado la protección de la confianza como fundamento de una declaración de responsabilidad patrimonial de las instituciones comunitarias como consecuencia de innovaciones normativas.

Como es bien sabido, el art. 288 del Tratado CE (texto consolidado; es el antiguo art. 215) establece en su párrafo 2º que:

«En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad 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».

J. BARNÉS, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y comparado*, Madrid, 1995, en cuya pág. 952 dice: «Deberán compensarse aquellos daños causados por actos ilegítimos del Legislador. No obstante, en la práctica, no se ha dado hasta el momento ningún caso». Esa posición negativa, añadimos nosotros, se ha mantenido a ultranza, incluso en el caso de infracción legislativa del Derecho Comunitario y después de que el Tribunal de Justicia hubiese declarado tal infracción y proclamado pertinente en principio dicha responsabilidad, aunque remitiendo a la jurisdicción interna su aplicación última (casos *Brasserie du Pêcheur/Factortame III*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1996, y *Dillenkofer*, de 8 de octubre de 1996); sobre lo cual puede verse P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'État législateur sous l'influence du Droit communautaire*, Bruxelles, 2000, págs. 331 y ss., que concluye: «La responsabilidad del Estado, que corresponde en el Derecho alemán al ámbito del Derecho civil, no conoce responsabilidad del Estado Legislador» (pág. 339).

Esta remisión a los «principios comunes a los Derechos de los Estados miembros» no se ha entendido por el Tribunal de Justicia (competente en la materia, según el art. 235 –antiguo 178– del Tratado) en el sentido del «mínimo común» a todos esos Derechos, lo que hubiese arrojado la consecuencia absurda de tener que aplicar el rasero propio del Derecho nacional menos generoso y más limitativo en la materia, sino como un reconocimiento general del principio de responsabilidad de la Administración, principio cuya modulación y aplicación ha hecho luego por su cuenta el Tribunal de Justicia, poniendo en pie un cuerpo propio de principios.

Lo primero que hay que observar es que en el Derecho Comunitario el Tribunal de Justicia actúa con normalidad con principios generales del Derecho que él mismo formula y cuyo rango pasa a ser equiparable, a efectos del control de la actividad comunitaria y de la de los Estados miembros, a las normas formuladas en los Tratados originarios, que hacen las veces de una Constitución. La observación formulada más arriba a propósito del Derecho español de que los Tribunales ordinarios, incluyendo al Tribunal Supremo, no podrían reprochar al Legislador la posible infracción de principios generales del Derecho que no tuviesen rango constitucional, y que, en el caso de tener este rango, deberían plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sin que ellos mismos pudiesen tratar de obtener de ese reproche consecuencias contra los productos legislativos mismos, bien el de una nulidad, bien el de una responsabilidad patrimonial derivada de la Ley censurada, esta observación no resulta aplicable, por tanto, al Tribunal de Justicia de las Comunidades respecto de las normas comunitarias, porque ese Tribunal es una jurisdicción única y universal, que concentra a la vez la

competencia de un Tribunal ordinario con la de un Tribunal Constitucional.

No obstante esa capital observación, que corresponde a la radical diferencia entre la posición de los Tribunales ordinarios españoles y la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hay que decir que este último sólo ha declarado en contadísimas ocasiones, tan pocas que sobran dedos de una mano para enumerarlas, la responsabilidad patrimonial de las instituciones comunitarias como consecuencia de normas generales comunitarias y, de ellas, muchas menos aún por el motivo de la infracción del principio de protección de la confianza.

Hay que comenzar notando que no ha sido corriente en el Derecho Comunitario (quizás por influjo del Derecho Administrativo francés) la distinción en los «actos» o «decisiones» de sus instituciones a los que se refiere indistintamente el art. 249 del Texto consolidado (antiguo art. 189) entre aquellos que tienen contenido normativo general y los que son simples actos de aplicación aun cuando puedan tener alcance general²¹. Pues bien, si la responsabilidad patrimonial del art. 288

²¹ Hasta tal extremo ha dominado esta corriente que, recientemente, el Abogado General D. RUIZ-JARABO (asunto *Aloys Schröder c. Comisión*, Sentencia de 10 de diciembre de 1998), formado en las técnicas del Derecho Administrativo español, que ve entre Reglamentos y simples actos administrativos una diferencia de sustancia, se ha creído obligado a subrayar esa diferencia (por cierto, con cita del *Curso de Derecho Administrativo* de T. R. FERNÁNDEZ y mío), destacando que el acto normativo es ordinamental, abstracto, permanente en el tiempo, afecta a destinatarios no singularmente determinados, en tanto que los actos administrativos son siempre aplicación de una norma previa, dirigidos a sujetos determinados y cuya aplicación en el tiempo agota su eficacia. Precisamente a efectos de responsabilidad esta distinción es esencial. Cfr. GUICHOT, *La responsabilidad de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Valencia, 2001, págs. 214 y ss., que glosa ampliamente el concepto «ordinamental» de RUIZ-JARABO. Pero aún más: como observó certeramente el Abogado General CAPOTORTI, en sus conclusiones en el caso *Bayerische HNL de 1978*, las normas emanadas del propio Consejo carecen de la «investidura democrática, esa capacidad de

del Tratado por simples actos administrativos de las instituciones es declarada ya muy restrictivamente por el Tribunal de Justicia, hay que decir que cuando se trata de declarar esa responsabilidad por verdaderas normas jurídicas la posición del Tribunal de Justicia es ya absolutamente cerrada, cierre que apenas han podido superar algunos, muy pocos, casos aislados.

El criterio central que maneja el Tribunal de Justicia es el de actos que implican «una opción de política económica», que serían los estrictamente normativos, en los que se da «un amplio margen de discrecionalidad», y que son, justamente, los equiparables a las Leyes en el Derecho interno, esencialmente distintos de los simples actos aplicativos. La Sentencia básica es, sin duda, *Bayerische HNL*, de 25 de mayo de 1978 (C-83 y 94/76, 4, 15 y 40/77)²², que invoca ya la virtual inexistencia de una responsabilidad por actos legislativos en el Derecho interno de los Estados, de modo que no se pongan obstáculos a la «libertad de opción política» del legislador. Pero no se opone únicamente por principio al reconocimiento de una responsabilidad; se exige, por de pronto, no sólo una ilegalidad, que en el caso de las normas tiene que ser una violación de los Tratados (o de los principios generales ínsitos

expresar la soberanía popular que puede justificar la inmunidad del Legislador por relación a las reglas generales de la responsabilidad» (cit. por J. M. FAVRET, *Les influences reciproques du Droit Communautaire et du Droit national de la responsabilité publique extracontractuelle*, París, 2000, págs. 182). La doctrina, en general, ha subrayado que son raros los actos comunitarios puramente normativos, observando que casi siempre llevan ínsitos actos de ejecución (vid. FAVRET, cit., págs. 183 y ss.).

²² Sentencia que «marca un hito jurisprudencial, cuyas repercusiones todavía planean sobre el contenido de la responsabilidad comunitaria» (GUICHOT, pág. 242). El texto de la Sentencia, en su apartado 5, es categórico: «El poder legislativo no puede ser obstaculizado en sus disposiciones por la perspectiva de una acción indemnizatoria cada vez que se encuentra en el caso de adoptar, en consideración al interés general, medidas normativas susceptibles de causar perjuicios a los intereses de los particulares».

en los mismos), sino una «infracción suficientemente caracterizada» o sumamente grave, una ilegalidad «rayana en lo arbitrario», que además produzca un daño anormal y singular²³. Y todavía más —y esto es importante—, que la norma violada estuviese dictada en interés subjetivo del reclamante, según la *Schutznormtheorie* alemana²⁴, lo que rara vez se dará en una verdadera norma general y abstracta. Sentados estos criterios, la jurisprudencia a partir de los años ochenta no reconoce ya ni un solo caso de responsabilidad²⁵. En los noventa, la exigencia de una ilegalidad suficientemente caracterizada se convierte en un «bastión casi inexpugnable»²⁶.

Y así afrontamos el supuesto de si la violación del principio general de protección de la confianza, construido por el propio Tribunal de Justicia sobre la influencia alemana, como bien sabemos, puede o no ser causa de responsabilidad patrimonial en el Derecho Comunitario referido a normas generales verdaderas. El Tribunal de Justicia ha dicho en su Sentencia *Merkur Aussenhandeln GmbH*, de 15 de diciembre de 1977, que ese principio concierne esencialmente al caso en

²³ Referencias jurisprudenciales, en F. FINES, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté Économique Européenne*, París, 1990, págs. 312 y ss. GUICHOT, págs. 240 y ss.; balance, en págs. 252 y ss.; esta jurisprudencia «eleva el listón de la responsabilidad normativa hasta marcas que sólo supuestos absolutamente excepcionales podrían franquear».

²⁴ Paradigmática, la Sentencia *HNL Vermehrungsbetriebe GmbH*, de 5 de julio de 1977, pero luego doctrina constantemente repetida. Vid. E. GRABITZ, *Liability for Legislative Acts*, en la obra colectiva dirigida por SHERMES, HENKEL y MEAD, *Non contractual liability of the European Communities*, Dordrecht-Boston-London, 1988, en especial págs. 6-7. Para la teoría general en Derecho alemán, que se plasma en el art. 839 del BGB, vid. G. KROHN y G. LÖWISCH, *Eigentumsgarantie. Enteignung. Entschädigung, Handbuch für die Praxis*, 3ª ed., Köln, 1984, págs. 45 y ss.

²⁵ GUICHOT, págs. 252 y ss.

²⁶ GUICHOT, págs. 267 y ss. Enumera en págs. 278 y ss. las Sentencias en que se ha estimado responsabilidad, que son concretamente cuatro, más alguna otra referente a los casos de *quellmaehl* y al *gritz* de maíz. De ellas no todas se refieren a verdaderas normas.

que el operador económico hubiese obtenido la fijación previa de la suma que haya de pagar o recibir en el momento de una operación determinada²⁷. Pero aún el Tribunal ha sostenido también que un interés público perentorio puede legítimamente pasar por encima de tal principio²⁸. El Tribunal de Justicia invoca constantemente «las obligaciones de comportamiento que pesan sobre los agentes económicos». Así, «la naturaleza previsible de los riesgos que comportaban las condiciones del mercado excluye que la pérdida de competitividad que [la empresa] ha sufrido pueda ser reparada» (Sentencia *Biovilac*, de 6 de diciembre de 1984). O, en la Sentencia *Union Malt*, de 26 de febrero de 1978:

«Estas circunstancias tenían que haber hecho conscientes a los demandantes que, vistas las condiciones del mercado de malta, la Comisión fuese conducida a hacer uso de la posibilidad de reducir los plazos de estancia bajo control aduanero en vista de restablecer un equilibrio».

La idea, repetida muchas veces, es que la prudencia de un comerciante razonable ha de comprender las necesidades necesariamente evolutivas de la política económica, cuya libertad debe ser incoercible por reglas abstractas.

En resolución: son mínimos, y todos antiguos, los casos en que el Tribunal de Justicia ha reconocido una responsabilidad

²⁷ FINES, pág. 335.

²⁸ FINES, pág. 335. En el libro de S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance legitime en Droits allemand, communautaire et français*, París, 2001, págs. 24 y ss., se indica que en una Sentencia (anterior a la posición sustancialmente negativa adoptada a partir de 1979), el Tribunal de Justicia declaró la responsabilidad comunitaria en virtud del principio de protección de la confianza (por cierto, contra el criterio del Abogado General TRABUCCHI): Sentencia *C.N.T.A.*, de 14 de mayo de 1975, sobre modificación de montantes compensatorios por norma de la Comisión (no del Consejo, por lo que puede considerarse como norma secundaria de ejecución reglamentaria y no propiamente legal o primaria). En todo caso, en el mismo supuesto, por Sentencia *Helmut Stimming K.G.*, de 27 de abril de 1978

patrimonial de las instituciones por actos de inequívoca naturaleza normativa que supusiesen una teórica infracción del principio de protección de la confianza. La obra de F. GUICHOT, tan circunstanciada y analítica, justamente deja de serlo al tratar de este supuesto específico, que resume en dos páginas y en base a referencias bibliográficas²⁹. Al final, hace suya en términos generales la conclusión de R. GARCÍA MACHO en un artículo publicado en REDA³⁰, que dice, exactamente: «La actitud restrictiva del Tribunal frente a la confianza legítima proviene del carácter perturbador que este principio tiene frente a los objetivos de los poderes públicos, e incluso puede cuestionar otros principios generales, especialmente el principio de legalidad. Por ello, solamente se considera infringida la confianza legítima cuando la normativa formada es legal, pero hasta tal punto desestabilizadora que rompe los límites razonables en las relaciones entre la Administración y los administrados». En realidad, esta conclusión general es ya más favorable de lo que resulta del propio trabajo de GARCÍA MACHO, quizás referida a toda la larga evolución jurisprudencial

(CALMES, págs. 24 y ss.), se denegó la responsabilidad expresamente, alterándose, pues, la jurisprudencia anterior.

²⁹ GUICHOT conoce perfectamente la tendencia negativa del Tribunal de Justicia en esta materia, como recoge en su colaboración al libro colectivo ya citado dirigido por J. BARNÉS, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía expropiatoria en el Derecho europeo y comparado*, págs. 895 y ss., con el título *La responsabilidad extracontractual en la Comunidad Europea*, donde llega a decir, pág. 916: «Permítasenos decir, con cierto desenfado, que la jurisprudencia de Luxemburgo parecía así hacer suya la frase de Rousseau: "... por consiguiente el poder soberano no tiene ninguna necesidad de garantía con respecto a los súbditos, puesto que es imposible que el cuerpo entero pueda perjudicar a todos sus miembros y ahora veremos cómo no puede perjudicar a ninguno en particular. El soberano, sólo por serlo, es siempre lo que debe ser", aunque observa una interpretación más benévola en "la más reciente jurisprudencia"», siempre sin distinguir entre actos normativos, donde no se da tal tendencia, y actos individuales.

³⁰ R. GARCÍA MACHO, *Contenido y límites del principio de confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Derecho comunitario*, REDA, 56, 1987, págs. 571 y ss.

del tema, pero la verdadera conclusión de este autor me parece ser la siguiente: «A partir de entonces (Sentencia *Lührs*, de 1 de febrero de 1978), la violación de este principio [de protección de la confianza] no es apenas aceptada por el Tribunal de Justicia, por lo que pierde una cierta capacidad garantizadora»³¹. Referido al fundamento de la responsabilidad por genuinos actos normativos superiores, es nuestra propia conclusión, eliminando el relativizador «apenas».

Nos parece más explícita y clara la exposición de una investigadora reciente, S. CALMES³², que, aunque algo extensa, parece oportuno transcribir para excluir cualquier sospecha de voluntarismo propio: «El cuidado constante del Tribunal de Justicia de adaptar su jurisdicción a los objetivos fundamentales de la construcción comunitaria se traduce en materia de respeto de la confianza legítima en la primacía reconocida por los jueces a las “exigencias económicas” —o al estatuto de la función pública, por ejemplo— sobre la protección de los individuos: para esto los jueces deben evitar un escollo al que habría conducido una aplicación demasiado extensa de este principio, el de una protección demasiado amplia de la confianza de los justiciables en la estabilidad de una reglamentación en vigor que les permitiese sustraerse a los áleas del mercado, paralizando bien a menudo la acción administrativa comunitaria. Tal aplicación del principio sería, en efecto, contraria al objetivo del buen funcionamiento del Mercado común, que orienta en su conjunto la jurisprudencia del Tribunal y que reposa a la vez sobre el respeto del libre juego de las

³¹ R. GARCÍA MACHO, pág. 567.

³² CALMES, *Du principe de protection de la confiance*, cit., págs. 434-435. Parte del texto transcrito incluye un párrafo de la tesis de Burdeos de E. TRAPN, *Le principe de la confiance legítima en contentieux communautaire*, 1992. Un resumen de la jurisprudencia que justifica las afirmaciones del texto, en la larga nota 124, págs. 433-5.

fuerzas del mercado, característico del funcionamiento normal de una economía de mercado, y sobre el reconocimiento de un poder de apreciación a las instituciones comunitarias, necesario a su intervencionismo económico, que es el que únicamente puede permitir una defensa eficaz del interés general comunitario... *Esta primacía de las exigencias económicas sobre los intereses de la confianza constituye un imperativo de política legislativa que el Tribunal de Justicia debe respetar.* El Legislador comunitario tiene, ciertamente, el deber de obrar cuidadosamente, facilitando las transacciones, pero *debe también responder a las evoluciones frecuentes de la vida económica, en el interés de la mayoría. Hay aquí una exigencia esencial a todo intervencionismo económico...* Esta prevalencia dada a los imperativos económicos *se traduce en rechazar admitir la violación del principio de protección de la confianza legítima en la hipótesis en que los actos impugnados fuesen previsibles por un operador prudente y avisado, pero también en la hipótesis de que los imperativos económicos prohíban “por naturaleza” toda protección, especialmente cuando el ámbito de que se trate sea económico... Se trata, sobre todo, de no paralizar la acción de las autoridades comunitarias cuando intervienen sobre el mercado... Es un principio de “moralidad jurídica”*», concluye.

En definitiva, contra lo que parece creer nuestro Tribunal Supremo y los autores que le respaldan y le animan, el principio de protección de la confianza no es hoy fundamento en el Derecho Comunitario para una responsabilidad patrimonial por genuinos actos legislativos; otra cosa, como sabemos, llevaría a una «petrificación» insoportable de tales actos legislativos y al fracaso inevitable de toda la política comunitaria, que trata justamente de promover el libre mercado, no de

impedirlo, dando una injustificada prima a los singulares beneficiarios de la normativa existente en un momento dado.

Nada, pues, justifica, contra lo que se ha pretendido entre nosotros³³, la idea de que el Derecho Comunitario esté determinando que todos los Derechos nacionales tengan que admitir la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por razón de la violación del principio de protección de la confianza. Ningún país, fuera del nuestro, ha llegado en absoluto a tan extremada conclusión.

V

La idea de que la protección de los derechos o intereses que los particulares tengan en el mantenimiento de la situación jurídica existente debe prevalecer sobre cualquier intento de innovar ésta, o en otro caso merecer una indemnización, es, justamente, como ya notamos más atrás, una nota característica del orden jurídico antiguo o premoderno, nota que la nueva configuración del Legislador que salió de las revoluciones democráticas arrumbó definitivamente.

En efecto, el antiguo Derecho, el más arcaico, se basaba en la idea esencial del *alte, gute Recht*, (en inglés *good, old Law*), el viejo y buen Derecho, que proscribía como el primer atentado a la comunidad alterar las viejas costumbres, en el que el pueblo había encontrado el secreto de su identidad, y que se concebían por ello como un fruto o de una revelación divina o como la iluminación de un padre o de un héroe histó-

³³ Son citables en este sentido las obras citadas de GUICHOT, que ya eleva la tesis a su propio título, y GALÁN VIOQUE, explícitas ambas, y últimamente J. David JANER TORRENS, *La influencia del Derecho Comunitario en la creación de un ius commune de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales*, en «Revista de Derecho Comunitario Europeo», 11, abril 2002, págs. 177 y ss.

ricos que habían fundado y establecido para siempre la estructura y el orden de su funcionamiento privilegiado, en medio de un caos o de un entorno de *inimicus* existenciales. Fritz KERN³⁴ ha explicado luminosamente esta concepción, que hoy puede sorprendernos. En la Edad Media el primer y fundamental carácter del Derecho era el de ser viejo, el de estar arraigado en las antiguas costumbres. La costumbre, en la que se había condensado la experiencia de los padres y de las generaciones pasadas, era por ello la fuente primaria del Derecho. El príncipe podía emitir rescriptos o privilegios singulares, pero no alterar el *ordo comunitatis* establecido por las generaciones y los padres históricos. Por eso, no el príncipe sino «Dios es el origen de todo Derecho»³⁵ y Dios se expresa en la costumbre sempiterna, que acaso él mismo reveló en los mismos orígenes de la comunidad. Por ello, contra lo que hoy se nos aparece como un rasgo elemental del Derecho, que el Derecho nuevo deroga al anterior, en la Edad Media regía el principio justamente contrario, que *altes Recht bricht jüngeres Recht*, que el Derecho viejo rompe o invalida el Derecho nuevo³⁶. La renovación del Derecho consistía precisamente en restaurar el viejo Derecho impurificado por «malos usos», el «viejo y buen Derecho»³⁷.

Lo arraigado de esta arcaica concepción del Derecho le permitió mantenerse hasta el momento mismo de la introducción de las nuevas concepciones políticas directamente vinculada a la democracia, en Inglaterra hasta el siglo XVIII, que es cuando se instaura el principio de la *parliamentary supre-*

³⁴ F. KERN, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, Basel, s.d., en Bruno Schwabe & Co. Verlag. La obra original del primero de los trabajos, *Recht*, que es el que nos interesa, procede de 1914, Leipzig.

³⁵ KERN, pág. 13.

³⁶ KERN, pág. 30.

³⁷ KERN, pág. 38.

*macy*³⁸; en Europa continental hasta la configuración nueva del Derecho ligada a la Revolución Francesa y a la recepción de sus principios por todos los Estados europeos en el siglo XIX, que consagra el «Estado Legislativo»³⁹.

Puede traerse a colación en España (aparte de las constantes peticiones en los pliegos de las Cortes medievales para que se restableciesen los derechos antiguos, supuestamente ignorados o pervertidos por los funcionarios regios), dada su significación general y su formidable belleza expresiva, la justamente famosa *Epístola censoria* de QUEVEDO, dirigida al Conde Duque de Olivares, según la tradición⁴⁰, que comienza: «No he de callar, por más que con el dedo,/ ya tocando la boca, ya la frente,/ silencio avises o amenazas miedo». En esta Epístola se contrasta sistemáticamente la virtud antigua con el presente amargo:

«Yace aquella virtud desaliñada,
que fue, si menos rica, más temida,
en vanidad y en ocio sepultada.
Y aquella libertad esclarecida,
que donde supo hallar honrada muerte
nunca quiso tener más larga vida».

Va describiendo las virtudes que adornaban aquel antiguo y recio orden («aquella pura/República de grandes hombres»)

³⁸ GOUGH, a cuyo gran libro *Fundamental Law in English Constitutional History*, 1955, nos referimos luego, prolonga la permanencia del anterior sistema hasta 1832, en que el *Reform Bill* configuró definitivamente el moderno órgano legislativo, cuya función, como veremos, es, justamente, innovar el Derecho, no conservarlo.

³⁹ En la lúcida caracterización de Carl SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, 1932, recogido en su obra recopilativa *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahre 1924-1954. Materiale zu einer Verfassungslehre*, Berlín, 1958, págs. 263 y ss. «Lo que en los Estados del continente europeo desde el siglo XIX se entendía como “Estado de Derecho” era, en realidad, sólo un “Estado Legislación”».

⁴⁰ Cito por el texto de F. DE QUEVEDO, *Obra poética*, ed. de J. M. BLECUA, tomo I, Madrid, 1969, págs. 294 y ss.

y termina intimando al ministro a que restablezca el antiguo orden:

«Mandadlo así: que aseguraros puedo
que *habéis de restaurar más que Pelayo*,
pues valdrá por ejércitos el miedo,
y os verá el cielo administrar su rayo»,

verso final. Esa «restauración» es, justamente, la del viejo y buen Derecho.

Pero al margen de esta versión literaria, y bien hermosa, nuestro antiguo Derecho, presente todavía en la Novísima Recopilación (1804), contiene formulaciones específicas sobre la invalidez de los rescriptos regios contra *ius* (o «cartas desaforadas»), Leyes 2 a 12 del Título IV del Libro III de dicha Recopilación. Ley 2ª: «No valgan ni se cumplan las Reales cartas dadas contra Derecho, Ley o fuero usado».

El caso inglés es aún más perfilado. MCILWAIN, en su clásico e importante libro *The High Court of Parliament*, 1910⁴¹, ya destacó que el Parlamento inglés desde sus orígenes mantenía el *common Law* como *fundamental Law*, inmodificable; los *statutes* parlamentarios eran depuraciones y aclaraciones de ese depósito sagrado, no, como ocurre hoy, modificaciones del mismo, y así siguió siendo hasta la primera mitad del siglo XVII. Tenía, por ello, el Parlamento una función más judicial que legislativa. En su espléndido libro *Fundamental Law in English Constitutional History*⁴², J. W. GOUGH ha observado que en realidad esa idea de considerar al *common Law* como intangible se mantiene hasta el *Reform Bill* de 1831, que es cuando el Parlamento comienza a legislar con resolución y a plantearse como su función propia, precisamente, alterar de

⁴¹ Yale, 1910, pág. 131.

⁴² J. W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, 1955, págs. 31-32.

forma directa y resuelta el Derecho tradicional, que, no obstante, sigue siendo «común». De ahí la doctrina del famoso *Dr. Bonham case*, de COKE, del siglo XVII, que tanto influyó en el constitucionalismo americano, sobre el control por el *common Law* de los actos del Parlamento⁴³, que está en el origen del control de constitucionalidad de las Leyes. Esta vieja concepción, que entraría en conflicto con la aparición de la *parliamentary sovereignty* en el siglo XVIII, se mantiene aún en el imaginario colectivo de los ingleses, tanto que en su himno nacional uno de sus párrafos pide a la Reina que «*defends our Laws*», lo que, evidentemente, dice GOUGH, no se refiere a las copiosas recopilaciones legislativas (*statute books*, el equivalente de nuestro «Aranzadi») en vigor, constantemente renovadas, sino a ese núcleo esencial del viejo y buen Derecho (*permanent vested rights*)⁴⁴, que sigue entendiéndose que sería el secreto profundo de la libertad del pueblo inglés y de su éxito histórico.

Más aún. En la clásica exposición histórica del Derecho Administrativo que hizo OTTO MAYER⁴⁵, en el primer estadio, el que llama de «los derechos de superioridad del Príncipe o regalías», las prerrogativas de éste «encuentran un límite en

⁴³ Cfr. una revisión reciente de esta influencia en el Apéndice «Dr. Bonham case» del libro de R. BERGER, *Congress v. The Supreme Court*, Harvard, 1969, págs. 649 y ss., y allí referencias.

⁴⁴ J. W. GOUGH, pág. 50; o en palabras de un jurista del siglo XVIII, ELIOT, *the ancient and fundamental Law of this Kingdom* (pág. 51). La expresión explícita *the good, old Law* se usó hasta el siglo XVI (pág. 68).

⁴⁵ Cito por la edición francesa de 1903 que hizo el mismo autor, *Le Droit Administratif allemand*, tomo I, París, 1903, págs. 24 y ss. La exposición se mantiene virtualmente incambiada en las ulteriores ediciones alemanas, la última de 1923. Manejo la 2ª, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2ª ed., I, München und Leipzig, 1914, págs. 31 y ss. Puede verse ahora en castellano sobre este autor la refrescante semblanza que de él hace F. SOSA WAGNER, en su reciente libro *Maestros alemanes del Derecho Público*, Madrid, 2002, págs. 204 y ss.; en especial, sobre esta obra, págs. 220 y ss.

los derechos individuales de los súbditos... derechos a los que se llaman *derechos adquiridos* [*wohlerworbenen Rechte*], *jura quaesita*... *El jus quasitum* es el derecho fundado sobre un título especial... una barrera verdadera que se oponía al poder público, fuese cual fuese la forma en que éste pudiera aparecer, *legislación, justicia o administración*. Ese título que origina el derecho adquirido podía tener el mismo origen que la regalía, esto es, un «título especial» (concesión imperial o regia, convención, prescripción), y obtienen la protección de los tribunales imperiales⁴⁶. De ahí la normalidad con que esos derechos se convierten en hereditarios y la fortaleza y rigidez inmovibles de los estamentos que los poseen.

Todo esto cambia de forma radical cuando advienen las dos grandes Revoluciones modernas, con su gran aportación, la democracia, edificada precisamente sobre la asignación al pueblo, a través de las Cámaras Legislativas, del poder legislativo. Este poder es ya, resueltamente, un poder de innovación del Derecho existente, sin que frente a esta potestad soberana pueda ser opuesto ningún derecho subjetivo de nadie a permanecer en las regulaciones que son definitivamente derogadas y sustituidas. Este poder es, pues, absoluto, la expresión por excelencia de la soberanía del pueblo. Recordemos

⁴⁶ O. MAYER, págs. 33-34. El autor cita a los autores del antiguo Derecho: FÜTTER, MOSER, STRUBEN, etc., con explícitas declaraciones. Como ejemplo de que el sistema era el vigente en España, puede citarse el caso del CONDE DUQUE DE OLIVARES, que no podía revocar los nombramientos de todos los funcionarios (abusivamente) nombrados por su predecesor el DUQUE DE LERMA en los Consejos y órganos centrales, porque se trataba, nos dice el espléndido libro de J. H. ELIOT (*El Conde-Duque de Olivares. El político en una época de decadencia*, ed. esp., Barcelona, 1990, pág. 150) de «un sistema administrativo en el que no se podía privar a nadie del cargo que ostentaba sin abrirle previamente un proceso judicial». Puede sorprendernos hoy, pero así era el «Estado de los derechos adquiridos», como hemos visto que recogían aún Leyes incluidas en la Novísima Recopilación.

que la Revolución Francesa comenzó en el orden jurídico; tras la autoproclamación de la representación del Tercer estado como Asamblea Nacional titular del poder constituyente, incondicionado por ninguna Ley o título anterior⁴⁷, con la famosa abolición de todos los privilegios, y especialmente los hereditarios, en la desde entonces mítica fecha de la noche de 4 de agosto de 1789⁴⁸.

Por ello, el «Proyecto [girondino] de Declaración de derechos naturales, civiles y políticos de los hombres», de 1793, art. 33, especificaba: «Una generación no tiene el derecho de sujetar a sus Leyes a las generaciones futuras y toda herencia en las funciones es absurda y tiránica».

De la Revolución americana podríamos citar infinidad de declaraciones, de actos y de leyes, pero me parece que puede ser más expresivo recordar los famosos párrafos de un escrito de uno de los más relevantes «padres fundadores» o *Framers*, redactor él mismo de la Declaración de Independencia y, desde 1801, Presidente de la Unión durante dos períodos, hombre capital en la configuración jurídica del sistema, Tho-

⁴⁷ Permítaseme citar mi propio resumen en el libro *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, 2ª ed., Madrid, 2001, págs. 102-103. «Todo el ideario político de la Revolución está contenido, como el árbol frondoso en la semilla, en el fundacional texto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En su art. 3 se ha inscrito la idea esencial del nuevo orden político: «El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ninguna corporación o estamento, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella». Partiendo de que todos los hombres «nacen y permanecen libres e iguales» (art. 1 de la Declaración), sólo de ellos mismos puede surgir un poder que les afecte. Sólo la comunidad puede disponer sobre sí misma. Es el principio básico sobre el poder que la Revolución aporta... Es el soporte de la rebelión del tercer estado, de su autodenominación como Asamblea Nacional y Asamblea Constituyente, de la proclamación de sus grandes decisiones constituyentes».

⁴⁸ Vid. las referencias en mi libro citado *La lengua de los derechos*, pág. 20.

mas Jefferson⁴⁹. Escribió éste en una de sus justamente famosas cartas:

«¿Puede una generación vincular a otra, a todas las demás, en sucesión perpetua? Yo pienso que no. El creador ha hecho la tierra para los vivos, no para los muertos. Los derechos y los poderes sólo pueden pertenecer a las personas, no a las cosas, no a la mera materia, no dotada de voluntad. Los muertos no son ni siquiera cosas. Las partículas de materia que compusieron sus cuerpos forman parte ahora de los cuerpos de otros animales, vegetales o minerales, en cientos de formas. ¿A qué, entonces, están unidos los derechos y poderes que ellos tuvieron mientras poseyeron forma de hombres? Una generación puede vincularse ella misma mientras su mayor parte continúa viva; cuando ha desaparecido, otra mayoría ha ocupado en su lugar todos los derechos y deberes que sus predecesores habían poseído una vez y pueden cambiar sus Leyes e instituciones para que les sirvan a ellos. Nada, pues,

⁴⁹ Vid., por todos, sobre este capital protagonista, con más referencias, B. SCHWARTZ, *Main currents in American Legal Thought*, Carolina Academia Press, Durham, 1993, págs. 53 y ss. Se me permitirá citar una preciosa anécdota de John F. KENNEDY. Éste reunió a cenar una noche en la Casa Blanca a todos los americanos vivos que habían sido laureados con el Premio Nobel y, al hacer el brindis final del acto, dijo: «Pienso que ésta es la más extraordinaria colección de talento, de conocimiento humano que ha estado reunido junto en la Casa Blanca, con la posible excepción de cuando Thomas Jefferson cenaba solo» (solo, porque si le acompañaba alguien la media de talento, inevitablemente, descendía). A JEFFERSON (cuyos faros jurídicos eran COKE y BLACKSTONE) quizás se deba, en particular, el mantenimiento de los Estados Unidos en el *common Law*, lo que no es precisamente poca cosa (SCHWARTZ, págs. 55 y ss.). TOCQUEVILLE le llamó (cit. por SCHWARTZ, pág. 57) «el más grande demócrata que la democracia de América ha producido nunca». Fue, por cierto, el redactor personal nada menos que de la esencial «Declaración de Independencia» de 1776 (vid. el clásico libro de Carl BECKER, *The Declaration of Independence*, ed. de New York, 1960, págs. 116 y ss. y 136 y ss.) y el redactor también de la mayoría de los 126 famosos *draft bills* de Virginia, que fueron un modelo general del nuevo Derecho, especialmente en cuanto a la nueva consideración del derecho de propiedad privada, liberándola de los elementos feudales que subsistían (y aún se mantienen parcialmente) en el Derecho inglés, una de las bases del capitalismo americano, y con la abolición de los mayorazgos (SCHWARTZ, págs. 65 y 58 y ss., respectivamente).

es inalterable, *salvo los derechos inherentes e inalienables del hombre*»⁵⁰.

Con su naturalismo un tanto ingenuo, JEFFERSON proclama aquí vigorosamente que la tierra pertenece a cada generación viviente, lo que jurídicamente significa que el Legislador democrático que va representando sucesivamente a cada generación en ejercicio no está en modo alguno vinculado por las Leyes dictadas por otras generaciones, o aun por la misma Cámara, supuesto que ésta, como vimos que resaltaba certeramente MAURER, es la única intérprete capaz de expresar jurídicamente las necesidades o políticas nuevas, las aspiraciones cambiantes del pueblo, que sólo así, con esa libertad plena, puede navegar en la historia.

La democracia, que es la que ha creado enteramente el concepto mismo de Legislación sobre el que hoy vivimos⁵¹, no tolera la invocación de ninguna confianza, o comodidad, o interés de nadie en mantener la situación existente y que pueda justificar la imposibilidad de que el Legislador pueda cambiar la Ley a su arbitrio. De esta omnipotencia salva JEFFERSON, como se habrá notado, los derechos fundamentales del hombre, único espacio (además de los particularismos de cada Constitución) irreductible al mismo. «La libre configuración»⁵², como facultad necesaria del Legislador, resulta insos-

⁵⁰ *Letter to Major John Cartwright*, de 1824. La traduzco del libro *The Life and Selected Writings of Thomas JEFFERSON*, ed. por A. KOCH y W. PEDEN, New York, 1972. pág. 714. Quizás resuenen aquí conceptos del Proyecto de Declaración de derechos girondino, que JEFFERSON pudo conocer como Embajador que fue en París de los EE.UU. durante el período revolucionario.

⁵¹ Cfr. mi ya citado libro *La lengua de los derechos*, pág. 122, nota, que puntualiza la completa novedad de los términos «legislación», «legislar» en las lenguas modernas (francés, inglés, alemán, español), términos que no irrumpen en éstas hasta finales del siglo XVIII o principios del XIX.

⁵² Sobre este concepto, vid. el *Curso de Derecho Administrativo* de T. R. FERNÁNDEZ y yo mismo, vol. I, 12ª ed., 2004, pág. 125. El concepto

layable y echa por tierra definitivamente cualquier intento de condicionarla invocando la confianza que cualquiera pudiera haber puesto en una estabilidad normativa cualquiera o gravando su ejercicio con cargas indemnizatorias en favor de quienes invoquen un perjuicio derivado del cambio normativo. Es una regla esencial del sistema.

El Tribunal Constitucional ha sido en alguna ocasión categórico a este respecto, como en su Sentencia 108/1986, de 29 de julio, cuando dice:

«La teoría (calificada de “huidiza”) de los derechos adquiridos no está acogida deliberadamente en la Constitución (STC 27/1981, de 20 de julio)... que justifica el respeto que merece el campo de acción del Legislador y las posibilidades de reforma del ordenamiento jurídico propios de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 de la Constitución), que hace que aun en la hipótesis de existencia de derechos subjetivos (y con más razón, sin duda, tratándose de expectativas) no podría invocarse el principio de seguridad jurídica para hacerlos valer frente al Legislador ante este Tribunal».

Difícilmente, como se ve, se puede ser tan claro. Hemos de hacer la reserva de los derechos patrimoniales garantizados expresamente (cuando no se trata de meras «delimitaciones de su contenido de acuerdo con las Leyes», salvadas como legítimas por el art. 33.2 de la Constitución) por el art. 33.3 de esta última.

Por ello, se entiende perfectamente la categórica afirmación de J. GARCÍA LUENGO, en la más autorizada exposición del principio de protección de la confianza legítima con que cuenta nuestra bibliografía⁵³: «Creemos que la alegación del

procede del Derecho Constitucional alemán (*Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers*) y lo reitera constantemente nuestro Tribunal Constitucional.

⁵³ J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección de la confianza*, cit., pág. 79.

principio en este contexto [de la responsabilidad del Estado Legislador] no tiene sentido».

VI

Hemos acudido al reto específico que la invocación del principio de protección de la confianza legítima nos ofrecía como supuesto fundamento de una responsabilidad patrimonial del Estado Legislador y creemos que hemos podido demostrar lo insostenible de esa tesis, que, no obstante, utilizan con sorprendente resolución el Tribunal Supremo y la doctrina que le respalda y le alienta a ulteriores desarrollos aún más extensos.

Pero lo que quizás sea digno de notar todavía es que el autor más caracterizado entre quienes a principios del siglo XX postularon la normalidad de una responsabilidad patrimonial por hecho de las Leyes, en la que veía una de las líneas de progreso del Derecho, León DUGUIT, como vimos más atrás, es también quien formuló más lúcidamente la doctrina sobre la inexistencia de derechos oponibles de ningún tipo a la potestad libre del legislador para cambiar a su arbitrio las regulaciones existentes. Aludo a su famosa y lúcida conceptualización de la doctrina de las «situaciones jurídicas», doctrina que, formulada en su *Traité de Droit Constitutionnel*⁵⁴, pasó a ser considerada en adelante en el Derecho Público francés como la esencia misma de la «técnica jurídica»⁵⁵. La base de

⁵⁴ Cito por la 3ª ed., tomo II, París, 1928, en particular págs. 238 y ss. Vid. también en el tomo I, 1926, págs. 307 y ss.; y en el tomo V, págs. 308 y ss.

⁵⁵ Bajo ese epígrafe («*La technique juridique du Droit Administratif*», que procede directamente de G. JÈZE, como veremos) todavía el Profesor André de LAUBADÈRE expuso, en todas las ediciones que publicó en vida de su excelente *Traité de Droit Administratif*, esa construcción conceptual de las situaciones jurídicas, que conecta directamente a DUGUIT y a su escuela,

esta construcción está en la distinción entre situaciones jurídicas subjetivas o individuales y situaciones jurídicas objetivas, generales o impersonales. Las primeras son situaciones especiales, individuales y temporales, y su contenido y extensión están determinados por un acto singular distinto de la Ley, aunque de conformidad con ésta. Estas situaciones no pueden ser afectadas por una Ley nueva; cuando el título especial las creó eran conformes a la Ley, y la Ley ulterior no puede privarlas de la validez que de la anterior han derivado; sólo una Ley con retroactividad máxima, que DUGUIT considera contraria al «Derecho superior», podría hacerlo, pero la validez de esta Ley sería cuestionable. Ejemplo entre todos: un contrato válidamente celebrado. En cambio, las situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas, que son las creadas por Leyes o Reglamentos igualmente generales, impersonales y objetivos, no tienen ninguna posibilidad de perseverar ante el cambio de la Ley o Reglamento que las ha creado y que pueden, con la misma potestad, sustituir las por una nueva situación general y objetiva, frente a la cual ninguno de los incluidos en la situación legal o reglamentaria anterior tiene absolutamente ningún derecho. Son situaciones legales o reglamentarias, definitorias de *status* legales a los que están acogidos un número indeterminado de sujetos, eventualmente todos (por ejemplo, el *status* de la nacionalidad). Son, pues, el resultado de la aplicación misma de la Ley o del Reglamento que las ha definido. Lo característico es, por tanto, que si la Ley o el Reglamento que han creado esa

en la cual él se movía. Son los «conceptos de base» del Derecho Administrativo, dice. Vid. el tomo I de su *Traité de Droit Administratif*, ed. de J. C. VENEZIA y Y. GAUDEMET, 9ª ed., París, 1984, págs. 15 y ss., en particular págs. 16 y ss. Por cierto que a partir de la edición, la 16ª, de 2001, ya bajo la responsabilidad exclusiva de Y. GAUDEMET, esa exposición inicial ha desaparecido (incluso en el índice de materias).

«situación objetiva» cambian, las situaciones anteriores dejan en el mismo momento de existir y los sujetos afectados pasarán a tener los derechos que resulten de la nueva Ley, exclusivamente, sin que puedan oponerse a esa sustitución. «La situación legal creada directamente por la Ley puede ser siempre modificada por una Ley nueva. Y esto no implica ningún efecto retroactivo»⁵⁶. Toda regla de Derecho afectará a sujetos, pero esta afección —dice DUGUIT—⁵⁷ «no constituye un carácter propio del sujeto, una modalidad de su voluntad. Pueden variar en número y en extensión, a pesar de lo cual la condición del sujeto no cambia, incluso ni es siquiera modificada. Su situación continúa la que era, la de un individuo perteneciente a un grupo social, sometido a la norma jurídica de ese grupo. La norma evoluciona, pero el individuo miembro del grupo permanece siempre en la misma situación; sigue siendo un ser social sometido a la Ley del grupo de que forma parte. Esto es lo que yo he querido expresar en mis obras precedentes al decir que él está, a este respecto, en una situación puramente objetiva».

Estos conceptos, más precisados y desarrollados por JÈZE, BONNARD, y toda la Escuela de Burdeos, pasaron a ser «la

⁵⁶ L. DUGUIT, *Traité*, II, pág. 240. Analiza distintos supuestos en que esa regla se aplicaría: Leyes sobre estado y capacidad de las personas, sobre nacionalidad, sobre el estatuto de familia, quiebra y ejecución judicial, régimen de la propiedad y los derechos reales, situación y competencia de los funcionarios, competencia de los Tribunales, procedimiento y medios de prueba, recursos, impuestos, Leyes penales, etc.

⁵⁷ DUGUIT, *Traité*, I, págs. 215 y ss. En los términos de LAUBADÈRE (9ª ed., cit., de su *Traité*, pág. 17), el interés de la distinción entre situaciones legales e individuales «es capital, pues a cada uno de los dos tipos de situaciones se aplica un régimen jurídico propio... *El principal interés de la distinción concierne a la posibilidad de modificaciones aportadas por vía general a las situaciones jurídicas una vez que éstas han sido adquiridas por titulares determinados... Las modificaciones producidas en las Leyes y Reglamentos [que crean esas situaciones] se aplican de plano a los titulares ya investidos de las mismas...* Por el contrario, las situaciones individuales y subjetivas no son tocadas por modificación de las Leyes y de los Regla-

clave de bóveda de la sistematización de los actos jurídicos y de su régimen»⁵⁸, pasan a dominar el Derecho público francés hasta muy recientemente. Su *punctum saliens*, como se habrá notado, se sitúa en el fenómeno de la mutabilidad y de la intangibilidad, respectivamente, de dichas situaciones. Lo que ahora nos interesa es que la mutabilidad es la esencia de las situaciones legales y objetivas. DUGUIT lo explicaba diciendo que la Ley o el Reglamento que las crean no es más que la consagración oficial de diversos imperativos sociales, que a su vez proceden del principio primero de la «solidaridad» social. Esta solidaridad es esencialmente variable, cambiante y evolutiva, lo que justifica la mutabilidad de las reglas de Derecho⁵⁹. JÈZE lo expresaba de manera especialmente pertinente para nuestra cuestión:

«Políticamente es absurdo, quimérico y criminal querer encerrar 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»⁶⁰.

Sin perjuicio de que la doctrina haya merecido ciertas críticas⁶¹, es lo cierto que la misma ha prestado notables servicios para dilucidar el problema de la posibilidad y de los efectos de los cambios normativos. Es así un hecho que la

mentos, porque su contenido no ha sido determinado por ellos. Son, se dice a veces, intangibles».

⁵⁸ Vid. una última exposición crítica en C. YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en Droit Administratif français*, París, 1997, págs. 284 y ss., de quien procede la frase entrecomillada en el texto.

⁵⁹ DUGUIT, *Traité*, I, pág. 336.

⁶⁰ G. JÈZE, *Du retrait des actes juridiques*, «Revue de Droit Public», 1913, pág. 225, en especial pág. 229.

⁶¹ Vid. YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis*, págs. 288 y ss., con más referencias.

explicación de los efectos de la mutación de las situaciones generales y objetivas, legales y reglamentarias, sigue acudiendo, aun despojándola de algunos de sus convencionales elementos, a la explicación duguitiana.

Así, con alguna base en la doctrina propia⁶², tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo la adoptaron para negar cualquier derecho a permanecer en el régimen modificado al cambiarse en sentido restrictivo o reductor el estatuto legal de funcionarios y jueces, fuese cual fuese la «confianza» que los interesados pudiesen haber depositado en su permanencia. Recordamos estos pronunciamientos.

A) *Tribunal Constitucional.*

– *Sentencia 108/1986, de 29 de julio.* El Tribunal Constitucional se enfrenta con la reducción de la edad de jubilación de jueces y magistrados por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Dice: «El que el Estatuto de los jueces esté fijado por una Ley significa que la Ley define los elementos que la componen y que puede modificarlos, dentro, naturalmente, de la Constitución... Sólo son expropiables, y por tanto indemnizables, la privación de bienes o derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aún no garantizados como

⁶² Como simple ejemplo, el *Curso de Derecho Administrativo I*, 12ª ed., 2004, de Tomás R. FERNÁNDEZ y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, pág. 93: «El tema de la posible eficacia de los derechos adquiridos como posible obstáculo a un cambio de regulación, ha solido abordarse en Derecho Administrativo desde una famosa categorización de situaciones jurídicas que formuló a principios de siglo DUGUIT. Existen, por una parte, ciertas situaciones que serían objetivas, legales o reglamentarias, porque son generales y configuran *status* jurídicos de todas las personas a las que se refieren en cuanto que tienen su origen directo en la ley o norma que las creó y no en acto o resolución alguna... Nacidas directamente de la Ley, tales situaciones... habrían de seguir en todo momento las vicisitudes de la propia ley que les dio vida, cuya ulterior modificación, sustitución o abrogación por otra ley posterior no podría considerarse por ello atentatoria contra los derechos en su día reconocidos a sus titulares por la norma primitiva».

derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones de 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, 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».

– *Sentencia 99/1987, de 11 de junio.* Se enfrenta con la reducción de la edad de jubilación de los funcionarios civiles de 70 a 65 años por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. «El funcionario que ingresa en 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... Se ostenta el derecho a la jubilación y al disfrute de las situaciones legalmente reconocidas, pero no el derecho sino la expectativa frente al Legislador a que la edad de jubilación o el catálogo de las situaciones continúen inmodificadas por el Legislador, de modo que permanecieran tal y como él las encontró al tiempo de su ingreso».

– *Sentencia 70/1988, de 19 de abril.* La misma doctrina a propósito de la misma reducción de la edad de jubilación forzosa a los profesores de EGB (Real Decreto-Ley 17/1982, de 24 de septiembre).

— *Sentencia 65/1990, de 5 de abril. Ídem* a propósito de la agravación del régimen de incompatibilidades de los funcionarios por la Ley de Presupuestos para 1984.

B) *Sentencias del Tribunal Supremo.*

Aquí podrían citarse infinidad de Sentencias, especialmente conocidas en materia de los famosos «derechos adquiridos» de los funcionarios, en nombre de los cuales éstos han solido recurrir con normalidad las modificaciones hechas en su perjuicio (primero sólo las reglamentarias, dada la inexistencia de un control de constitucionalidad de las Leyes; tras la Constitución de 1978, también las modificaciones legislativas, como hemos podido comprobar ya con la anterior reseña de Sentencias del Tribunal Constitucional).

Pues bien, el Tribunal Supremo ha mantenido siempre, con clara determinación, que no existían tales derechos adquiridos, de modo que llegasen a impedir la modificación *in pejus* para sus destinatarios del régimen jurídico funcional existente en un momento dado.

Esta cuestión ha sido estudiada, clásicamente, por un justamente famoso estudio de Alejandro NIETO en «Revista de Administración Pública», núm. 39, de 1964, recientemente incluido por el autor en su recopilación *Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración*, 2001, acometida con motivo de su jubilación universitaria⁶³.

⁶³ A. NIETO, *Los derechos adquiridos de los funcionarios*, RAP, núm. 39, 1964. La citada recopilación, editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, incluye este trabajo en sus págs. 482 y ss. En la nota previa de la inclusión en este libro de su trabajo, cuarenta años después de su publicación, NIETO se sorprende de que a su trabajo no hayan seguido otros más actuales y los reclama para que «ese viejo artículo de 1962 pueda, al fin, ser jubilado después de tantos años de servicio». Pero el que ese trabajo no haya sido actualizado es, justamente, porque resolvió definitivamente la cuestión y apenas queda nada nuevo que añadir, sino una larga cita de Sentencias posteriores que siguen la línea que este clásico

En este trabajo se resume la jurisprudencia producida desde 1900 y su sentido uniforme es que los funcionarios no pueden pretender la estabilidad permanente y definitiva de la regulación funcional en un momento dado⁶⁴. Unas veces bajo el imperio de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1894, en el carácter puramente discrecional de esa reforma normativa, cuando frente a la discrecionalidad no se admitía la protección de derechos; otras en la idea de que la norma sólo garantiza los derechos surgidos durante su vigencia pero no su permanencia indefinida; otras, en fin, en la doctrina duguitiana de las situaciones jurídicas objetivas legales y reglamentarias, que se importa a España a través de la traducción de la obra de JÈZE que hizo el Profesor GARCÍA OVIEDO y que éste mantendrá luego en su manual⁶⁵.

No tendría demasiado interés que adujésemos ahora toda la jurisprudencia ulterior a la exposición de NIETO en 1962. Baste decir que, sin una sola excepción, se reitera la misma doctrina. Nos interesa ahora solamente exponer la posición del Tribunal Supremo ante las reformas del régimen funcional que se plasman sobre todo por vía legislativa a partir de la Ley 30/1984, reformas ante las que conocemos ya las

estudio marcó. Más que jubilarle, como dice su autor, lo que se puede precisar es, simplemente, ponerle al día. Debo aclarar que no es ésa mi intención aquí.

⁶⁴ Págs. 498 y ss. del libro de NIETO citado *Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración*.

⁶⁵ NIETO, *Estudios*, págs. 494-495; se transcribe allí la opinión de GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ-USEROS, *Derecho Administrativo*, 8ª ed., tomo II, 1962, pág. 190. La traducción española de GARCÍA OVIEDO es: G. JÈZE, *Los principios generales del Derecho Administrativo*, Madrid, 1928, con Prólogo del traductor; la distinción (bajo el mismo epígrafe de «Técnica jurídica», que comprende el Libro Primero de la obra) entre situaciones generales e impersonales y las individuales y subjetivas, en págs. 37 y ss., sobre las tesis de DUGUIT, que perfila. En la edición argentina de su obra, ya completa, en 6 volúmenes, con otro traductor y sobre otra edición posterior del original francés, Buenos Aires, 1948, vid. tomo I, págs. 13 y ss.

reacciones explícitas del Tribunal Constitucional, expuestas en el anterior apartado.

– La primera *Sentencia del Tribunal Supremo* en esa materia es la de *30 de noviembre de 1992*⁶⁶. Es la primera en que el Tribunal Supremo se enfrenta con las restricciones a los derechos anteriores de los funcionarios que operó la Ley 30/1984, en concreto en este caso con la supresión del llamado «turno de consorte» para los traslados en el Cuerpo de Profesores de Enseñanza General Básica, que había operado el Real Decreto de 14 de junio de 1989, pero al amparo de una habilitación contenida en la Ley 30/1984, Disposición Adicional 15. El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la inexistencia de «derechos adquiridos» en su FJ 4º, en estos términos:

«Es doctrina jurisprudencial de esta Sala, reflejada entre otras en Sentencias de 8 de mayo de 1981 y 29 de noviembre de 1986, la de que los funcionarios públicos sujetos a un *status* legal y reglamentario sometido al poder innovatorio de la Administración, no pueden esgrimir con éxito más que los derechos que por consolidación hayan alcanzado la cualidad de adquiridos, que la propia doctrina jurisprudencial ha limitado a los de orden económico o al contenido de la función a realizar, pero no cabe alegar expectativas que entran de lleno en la *potestas variandi* de la Administración. Pretender que las meras o simples expectativas son susceptibles de protección jurídica frente a la norma posterior que modifica el régimen establecido en la anterior es desconocer la virtualidad y eficacia de las normas, como correctivas de situaciones innovativas de las relaciones jurídicas que han de ser condicionadas por las situaciones sociales cambiantes».

Como se ve, el Tribunal Supremo conoce perfectamente la doctrina que expone.

⁶⁶ Aranzadi, 9393. Ponente, R. TRILLO.

Niega seguidamente la existencia de una expropiación de derechos, por no existir violación del art. 33 de la Constitución (FJ 6º):

«En relación con la acusada vulneración del art. 33 de la Constitución..., repetimos una vez más para rechazar esta presunta vulneración que el RD 895/1989 [impugnado] no priva de derechos y sí tan sólo elimina la expectativa a participar en la adjudicación de plazas por el «turno de consortes», por lo que siendo, según doctrina de esta Sala, sólo expropiables la privación de bienes y derechos e incluso de intereses legítimos, pero en ningún caso las expectativas y sólo indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no los hipotéticos y eventuales, mal puede sostenerse que el precitado RD infrinja dicho precepto de la Constitución».

La doctrina es, pues, firme y es importante notar que la Sentencia viene a admitir que sólo por la vía de la violación del art. 33 de la Constitución (que, en todo caso, en el supuesto de una Ley sólo hubiese motivado el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, porque el Tribunal Supremo no podría declarar por sí solo tal infracción) es como puede llegarse a declarar una responsabilidad del Legislador.

– Otra segunda *Sentencia* de la misma fecha, de *30 de noviembre de 1992*⁶⁷, es sumamente importante: fue dictada por el Pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo para fijar un criterio, que luego se aplicó uniformemente en otra serie de Sentencias ulteriores, sobre las reclamaciones de indemnización que miles de funcionarios formalizaron al ser jubilados como consecuencia de la reducción de la edad de jubilación de 70 a 65 años que operó la Ley 30/1984, de 2 de agosto. El retraso temporal de la decisión judicial se debió a que

⁶⁷ Aranzadi, 8769. Ponente, C. GONZÁLEZ MALLO.

inicialmente el Tribunal Supremo no entró en el fondo de las reclamaciones, para remitirlas, previa una nulidad de actuaciones, a una reclamación previa ante el Consejo de Ministros, tras cuya decisión desestimatoria se formalizaron los nuevos recursos contencioso-administrativos cuya decisión marcó esta Sentencia del Pleno.

La Sentencia me parece excelentemente motivada, opinión que veremos que no comparte toda la doctrina. Comienza rechazando que del art. 9.3 de la Constitución se derive directamente una responsabilidad del Legislador en nuestro Derecho, ante la falta de un desarrollo legislativo del principio abstracto, como ha ocurrido en el caso de la responsabilidad de la Administración (en desarrollo del art. 106.1 de la Constitución) y de la actuación de los órganos judiciales (en desarrollo del art. 121). En todo caso, no resulta posible la aplicación analógica del régimen de responsabilidad de la Administración, pues todas las normas que lo rigen se refieren al «funcionamiento de los servicios públicos», concepto en el que no es posible subsumir al Legislador. El Derecho Comparado ofrece soluciones contradictorias, según tengan o no una jurisdicción constitucional, dice. Pero, en último término:

«No podría invocarse como soporte para generalizar la responsabilidad a los *daños y perjuicios derivados de la aplicación de cualquier Ley no expropiatoria*⁶⁸ ocasionados en meras expectativas de derechos, en los derechos no consolidados»,

citando las Sentencias del Tribunal Constitucional que habían declarado constitucionales las Leyes que adelantaron la

⁶⁸ Sobre la pertinencia de la distinción entre Leyes expropiatorias y no expropiatorias o reguladoras, remito a lo indicado más adelante en esta obra, capítulo IV.

edad de jubilación de funcionarios, jueces y magistrados y profesores de EGB:

«Admitir lo contrario conduciría a una *petrificación legislativa* para evitar las importantes consecuencias económicas de modificaciones que pretendan adaptar la Legislación anterior... a las nuevas circunstancias políticas, económicas y sociales»,

concepto que ya conocemos. En fin, cita el art. 139.3 de la Ley 30/1992, aunque por su fecha no sería aplicable a los hechos, y del que también resultaría la exclusión de un derecho de indemnización.

La doctrina de esta Sentencia será reiterada en cuantas reclamaciones de responsabilidad se formularon por la reducción de la edad de jubilación y otras restricciones de los derechos reconocidos hasta entonces en la Ley por nuevas Leyes contrarias.

Merece la pena observar que contra esta Sentencia, que nos parece perfectamente correcta, se elevó una nutrida crítica, en general inspirada por los funcionarios afectados, directa o indirectamente, y por quienes defendieron sus procesos⁶⁹. Pero un autor reciente lleva su entusiasmo por la

⁶⁹ No parece necesaria una relación completa, que se encontrará, por lo demás, en las obras sobre la materia, últimamente GALÁN VIOQUE, págs. 479 y ss. Especial significación, la postura de F. GARRIDO FALLA, *La responsabilidad del Estado Legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992*, en REDA, núm. 77, págs. 125 y ss. GARRIDO, que defiende la eficacia directa en la materia del art. 9.3 de la Constitución, estima, en todo caso, que sólo por la vía del art. 33, previa declaración de inconstitucionalidad de la Ley es posible llegar a la consecuencia de la responsabilidad patrimonial, fórmula mucho más ponderada que la de otros autores entusiastas. Donde estimo que está el error (lo que yo entiendo error, naturalmente) de GARRIDO es en entender que hay expropiación legislativa siempre que se produzca una afección de «derechos o intereses patrimoniales legítimos», en los términos del art. 1º de la Ley de Expropiación Forzosa, cuando lo que hay que dilucidar según el texto del propio art. 33 de la Constitución (y según ocurre en todos los Derechos que conocen el control de constitucionalidad de las Leyes, desde

doctrina de la responsabilidad general por hecho de las Leyes hasta el punto de llamar a esta Sentencia «*la anti-La Fleurette española*»⁷⁰. Este juicio carece de sentido, con todos los respetos. No hay paralelismo posible entre el *arrêt La Fleurette*, en el que el Consejo de Estado reconoció una indemnización a una sola empresa afectada por una Ley de protección de un sector industrial determinado, y además como una interpretación de la intención del legislador, supuesto que puede calificarse sin violencia de expropiatorio (calificación que la ausencia de una jurisdicción constitucional venía a forzar al Consejo de Estado a la decisión que adoptó, que en todo caso no se hizo sin constatar expresamente que el Legislador ni directa ni indirectamente había excluido indemnizar), con una operación de reconfiguración global de la función pública, afectante, pues, a millones de personas. Operaciones de esta significación y alcance las ha realizado Francia, como se com-

el Derecho norteamericano, que forjó hace más de cien años la distinción entre *taking* y *regulation*, siendo indemnizable sólo la primera de estas figuras) es si nos encontramos ante una «delimitación del contenido» de los derechos, según su función social, o ante una verdadera expropiación, «despojo» o «ablación», que sería la expropiación legislativa estricta, como ha precisado una jurisprudencia constitucional firme y repetida, que hace sólo indemnizable el último supuesto y en modo alguno el primero. Sobre lo cual remitimos a otro lugar de esta obra infra, Capítulo IV), aunque citemos ya ahora las Sentencias constitucionales 227/1988 (sobre la Ley de Aguas), 149/1991 (sobre la Ley de Costas), 6/1998 (sobre el Real Decreto-Ley de 20 de julio de 1979, que redujo ciertos beneficios fiscales en la contribución urbana), 108/1986 (sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial y su rebaja de la edad de jubilación de jueces y magistrados), 99/1987 (sobre la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que redujo la edad de jubilación de los funcionarios), 70/1988 (sobre el Real Decreto-Ley de 24 de septiembre de 1982, con la misma reducción para los profesores de EGB), 65/1990 (sobre la Ley de Presupuestos para 1984, que agravó el régimen de incompatibilidades económicas de los funcionarios), 401/1993 (sobre la Ley de Propiedad Horizontal de 1960), 89/1994 (sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1989), etc.

⁷⁰ R. GALÁN VIOQUE, *La responsabilidad del Estado Legislador*, cit., pág. 478, «constituye, a nuestro juicio, un grave retroceso en la consagración del principio de garantía del patrimonio de los particulares frente a la actuación de los poderes públicos» (pág. 479).

prende, en los casi setenta años transcurridos desde 1938 a la actualidad por docenas, sino centenas, en el convulso panorama político que ha dominado en Francia durante ese tiempo, y ni al Consejo de Estado, ni a ningún jurista, ni siquiera a DUGUIT, como hemos visto, padre absoluto de la doctrina general de una responsabilidad por hecho de las Leyes, se les ha ocurrido gravar al Estado con indemnizaciones que probablemente hubieran supuesto la ruina de su Hacienda.

Hay que precisar que el propio autor que tan duramente critica esta Sentencia es consecuente, pues en otro lugar de su libro⁷¹ reconoce lúcidamente que, dado que el anticipo de la edad de jubilación afectaba, según un autor, a 200.000 funcionarios (en realidad, a muchos más, pues la tesis de los derechos adquiridos afectaría a la totalidad de los funcionarios activos existentes en el momento en que la Ley 30/1984 se dicta, más de dos millones, aunque no pudiesen hacerlo valer hasta el momento de la jubilación rebajada), «*el aumento del déficit público que hubiese causado la ejecución de todas las sentencias de este tipo podría haber alejado a España de la moneda única*» y hasta causar una agravación seria de la crisis económica iniciada justamente en 1992. Pero el autor parece dispuesto a pagar ese precio exorbitante en favor de la sacrosanta doctrina de la responsabilidad del Estado Legislador y de la garantía patrimonial absoluta asegurada a los *beati possidentis* de los supuestos derechos adquiridos.

El principio *fiat iustitia, pereat mundus* parece excesivo como precio de una simple convicción doctrinal, que, por lo demás, estimamos, como intentamos justificar, que no es correcta, con todo respeto por quienes opinan lo contrario. La coherencia del sistema político y social, como se ve, parece

⁷¹ GALÁN VIOQUE, pág. 480.

excluir esa convicción entusiasta, que no se encuentra, rigurosamente, en ningún país occidental y que sería un obstáculo definitivo para su desarrollo y su progreso.

Felizmente, ese riesgo quedó en esta ocasión eliminado pues la doctrina de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo que acabamos de resumir fue repetida en cuantas ocasiones análogas se presentaron con motivo de la reducción del nivel de derechos funcionariales iniciada en 1984. No tiene mucho interés hacer ahora un catálogo completo de esta serie⁷².

La doctrina duguitiana de las situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas ha jugado, pues (certeramente, a mi juicio), un papel decisivo para el mantenimiento tanto en el Tribunal Constitucional como en el Tribunal Supremo en la línea correcta en ese momento clave del problema que fue la reforma de la legislación funcionarial.

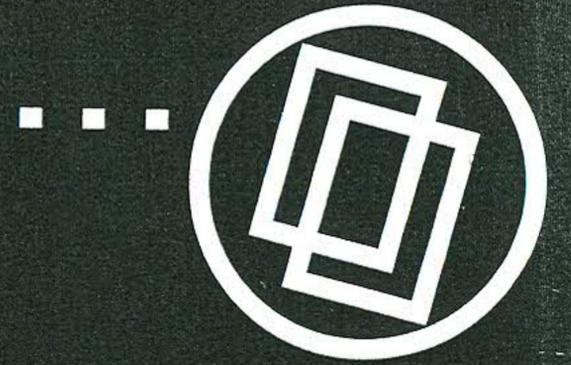
⁷² Puede verse un resumen en M^a JOSÉ GALLARDO TRILLO, *Seis años de jurisprudencia sobre jubilaciones anticipadas*, en RAP, núm. 133, 1994, aunque en una versión crítica. Hay que notar que el Tribunal Constitucional, que mantuvo siempre que esa legislación funcionarial no era inconstitucional, afirmó en alguna ocasión también que los perjuicios causados a los funcionarios afectados pueden ser «difícilmente justificables» (STC 70/1988), incluso más, que «de no ser corregidos pueden merecer algún género de compensación» (STC 108/1986). El Tribunal Supremo no aceptó que eso fuese una invitación a declarar responsabilidad patrimonial por el hecho de tales Leyes y estimó (explícitamente en Sentencias del Pleno de 13 de enero de 1996, FJ 4) que se trataba más bien de una reflexión dirigida al Legislador, lo cual era algo más, por cierto, que una salida ocurrente, pues de haber pretendido otra cosa el propio Tribunal Constitucional hubiese estimado la inconstitucionalidad de las Leyes restrictivas, lo que no hizo resueltamente en ningún caso, como el Tribunal Supremo resaltó. Éste mantuvo así firme su negación de responsabilidad patrimonial. Vid. Sentencias de 18 y 20 de enero de 1994, 3 y 20 de abril, 20 y 23 de mayo, 17 y 26 de junio de 1995, 13 de enero de 1996, 11 de febrero y 18 de diciembre de 1999, etc.

CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO DE «RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS» SEGÚN EL ART. 9.3 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR

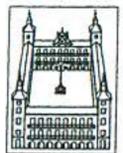
SUMARIO: I. *La opinión del Prof. Díez-Picazo sobre la «socialización del riesgo» y la aparición en la jurisprudencia y la doctrina española de un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.*—II. *El supuesto respaldo constitucional del art. 9.3. Sentencias del Tribunal Supremo. La rectificación de la Sentencia de 30 de noviembre de 1992: aunque se refiriese a la responsabilidad del Legislador, es insuficiente para poder decidir sobre su solo texto.*—III. *Doctrina dominante sobre el art. 9.3 como alusivo a la responsabilidad patrimonial. La tesis de este trabajo: el art. 9.3 no se refiere a la responsabilidad patrimonial, sino a la responsabilidad política, según los orígenes mismos del constitucionalismo occidental. La salida de un régimen político que desconocía, y aun negaba, esa responsabilidad.*—IV. *El tema en los orígenes del moderno constitucionalismo en el siglo XVIII. La consagración del lexema «responsabilidad» y su significación.*—V. *En concreto, en el constitucionalismo norteamericano.*—VI. *En los orígenes de la Revolución Francesa. El art. 15 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y sus precedentes explícitos.*—VII. *El origen en Locke de la doctrina de la responsabilidad de los gobernantes. Su esencialidad en la doctrina democrática originaria y actual y la justificación de su inclusión en el Título Preliminar de la Constitución.*—VIII. *La tradición de nuestro propio constitucionalismo: la Constitución de Cádiz.*—IX. *El respaldo a esa tesis por otros conceptos constitucionales y por*

monografías



LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO
LEGISLADOR EN EL
DERECHO ESPAÑOL

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA



THOMSON
—★—™
CIVITAS