

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR Y EL ARTÍCULO 106 DE LA CONSTITUCIÓN

Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES
Letrado de las Cortes Generales

RESUMEN

La aprobación de una norma con rango de ley no excluye la responsabilidad por los daños causados al ciudadano. Esta doctrina es relativamente reciente, pues las primeras sentencias se referían a un supuesto de expropiación legislativa o normativa, remontándose a los años sesenta del pasado siglo. Con ocasión de una jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha reconocido incluso en la Ley 30/1992 la posibilidad de indemnizar por el hecho de aprobarse una ley que afecte a derechos e intereses legítimos, reconociéndose igualmente la procedencia de exigir la responsabilidad en el caso de normas declaradas inconstitucionales. Esta doctrina implica la necesidad de replantearse la interpretación del artículo 106.2 de la Constitución, en relación con la responsabilidad que en el artículo se califica como normativa, en cuanto supone una categoría que puede explicar diversas figuras hasta ahora objeto de análisis separado, sobre todo en materia de indemnizaciones por limitaciones de derechos.

Palabras clave: Responsabilidad, potestad legislativa, expropiación, limitación, causalidad, responsabilidad

ABSTRACT

The enactment of an statute does not exclude the responsibility for the damages caused to the citizen. This doctrine is relatively recent, since the first sentences referred to an assumption of legislative or normative expropriation, going back to the sixties of the last century. On the occasion of Supreme Court jurisprudence, has even recognized the possibility of compensating for the approval of a law that affects legitimate rights and interests, recognizing also the appropriateness of demanding liability in the case of regulations declared unconstitutional. This doctrine implies the need

to revise and refine the interpretation of article 106.2 of the Constitution, in relation to an specific kind of responsibility that in the article is qualified as normative, insofar as it supposes a category that can explain diverse figures until now object of separated analysis, especially in the matter of takings and regulations

Keywords: Responsibility, legislative power, expropriation, limitation, causality, responsibility

SUMARIO: I. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY COMO FENOMENO PROPIO Y EL AL-
CANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO .1-*El caso del cambio le-
gislativo.-El principio general de irretroactividad.-La nueva ela-
boración del problema retroactividad-derechos adquiridos en la
construcción del principio de confianza legítima.- I.2.-Los funda-
mentos de la responsabilidad por cambio de la norma. La confusa
doctrina de los Tribunales españoles.* II. LA RESPONSABILIDAD DEL
ESTADO LEGISLADOR POR NORMAS SUSTANTIVAS .- *II.1.-Consideracio-
nes generales.- II.2. Las leyes declaradas inconstitucionales.-* III.
LA RESPONSABILIDAD POR HECHO O ACTO Y LA RESPONSABILIDAD NORMA-
TIVA.-LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR LIMITACIÓN DE DERECHOS:
LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 106.2 DE LA CONSTITUCIÓN

I. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY COMO FENOMENO PROPIO Y EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1.1.-El caso del cambio legislativo.-El principio general de irretroactividad.-La nueva elaboración del problema retroactividad-derechos adquiridos en la construcción del principio de confianza legítima.

La responsabilidad por acto legislativo puede producirse no solamente en base a la norma material que el mismo contiene, la regulación de fondo, considerada de una manera estática, sino en función de las modificaciones que introduce en la legislación vigente. Se trata del problema del cambio, de la modificación de la situación jurídica como tal. Esta es la perspectiva del derecho al respeto de las situaciones jurídicas consolidadas que, a pesar de la cercanía y del parecido de familia, nada tiene que ver con el supuesto de hecho de la norma y de su consecuencia, sino de un elemento externo a ese contenido, su fijeza.¹

La norma sería lícita o ilícita no desde una perspectiva estática, sino desde su propia modificación, de la modificación de la norma. En este caso, se estaría planteando la responsabilidad, como secuela de la acción administrativa, no por el contenido de la norma, en base a los criterios del deber de soportar, sino por razón de la infracción de la fijeza de la norma en el tiempo. Es decir, se tomarían especialmente en cuenta los derechos plenamente actuables a la confianza legítima, al respeto a los derechos adquiridos y a la irretroactividad, pues estas son las razones más habituales para cuestionar la modificación legislativa y cuya vulneración es causa de inconstitucionalidad. Es decir, causantes todas de inconstitucionalidad y determinantes de un régimen especial de apreciación y sobre todo de ejecución propio, al margen del contenido de la regulación. La comparación sería la nueva forma de apreciación de la responsabilidad, a diferencia de la incidencia del contenido de la ley como tal contenido en sí mismo considerado. Esta es una diferencia muy relevante, a efectos de diferenciación del problema.

En lo que se refiere, en primer lugar, a la irretroactividad en cuanto tal, el artículo 2.3 del Código Civil establece que «las leyes no tendrán efecto

¹ CASTILLO BLANCO F.: *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*. Marcial Pons, Madrid, 1998.

retroactivo si no dispusieren lo contrario», irretroactividad que igualmente proclama el art. 9.3 de la Constitución Española en relación con las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.²

En términos generales, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo admiten la aplicación retroactiva de las normas a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, siempre que los efectos jurídicos de tales actos no se hayan consumado o agotado y siempre, claro está, que no se perjudiquen derechos consolidados o situaciones beneficiosas para los particulares, infiriéndose, en estos casos, la retroactividad del sentido, el espíritu o la finalidad de la Ley. También la doctrina admite la retroactividad tácita de la Ley, pronunciándose a favor de la retroactividad de «las normas interpretativas; las complementarias, de desarrollo o ejecutivas; las procesales, pero sólo en lo relativo a que los actos de ejercicio de derecho nacidos con anterioridad a aquéllas han de sujetarse a sus trámites y procedimientos; y, por último, las que pueden establecer regímenes uniformes o acabar con abusos o incomodidades», añadiendo que «el intérprete encontrará una orientación en las disposiciones transitorias del Código Civil».³

La existencia de límites tradicionales a los efectos plenos de la nueva norma se puso ya de manifiesto en el momento en que el Código Civil contenía en sus sucesivas redacciones unas normas sobre entrada en vigor que se planteaban ese problema de los derechos adquiridos. El problema surgió con mucha fuerza cuando el movimiento del Derecho de la codificación dio origen a una doctrina de la ley como necesariamente respetuosa con lo que de forma imprecisa se llamaba *iura quasitae*, o derechos adquiridos, como un límite a la retroactividad, si bien eran problemas separables. La entrada en vigor de la norma era una cuestión de validez y vigencia, mientras que la tesis de los derechos adquiridos se estudiaba bajo la rúbrica de los diversos tipos de derechos.

La doctrina de los derechos adquiridos es autónoma respecto de la retroactividad o irretroactividad de las normas, en cuanto que de lo que trata es de establecer un criterio sobre lo que es un derecho ya adquirido

² CASTILLO BLANCO, F.: “El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del derecho”. *Documentación Administrativa*, nº 263-264, 2002, pp. 21-72.

³ LÓPEZ MENUDO, F.J.: *El principio de irretroactividad de las normas juridico-administrativas*. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982.

por el ciudadano, en términos absolutos, y con un efecto, el de hacer caer en retroactividad prohibida a la norma que les afecte. Para el Tribunal Constitucional, la doctrina sentada en la materia impide considerar a los derechos adquiridos como un límite absoluto en cuanto a la aprobación de normas que modifican las anteriores, citando la STC 42/1986, que se refirió a la cuestión al entender que lo que prohíbe el artículo 9.3 de la Constitución es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos en situaciones anteriores, pero no la incidencia de la nueva ley en los derechos en cuanto a su proyección hacia el futuro.⁴

El principio de confianza legítima es una manifestación de la buena fe. Si este es un principio general del ordenamiento jurídico, con múltiples manifestaciones en una serie de aplicaciones en diversos sectores del ordenamiento, la confianza legítima significa una mayor protección de la irrevocabilidad de determinados actos administrativos, los que producen efectos jurídicos positivos para el administrado, también denominados actos declarativos de derechos, como ocurre muy especialmente en el Derecho Administrativo alemán. Si en el inicio se trataba de garantizar que quedaran fuera de la potestad de retirada del acto algunos cualificados por esa particularidad, la confianza legítima se extiende más allá de tan estrecho significado inicial, haciendo a la expectativa creada por la Administración, y no solamente en el acto declarativo de derechos, susceptible de tutela.

Para la jurisprudencia, existe en los ciudadanos un umbral de confianza en que la estabilidad del orden jurídico y de las situaciones del mercado se justifique en razones de interés público (STC 38/1997, de 27 de febrero).

Los cambios normativos que se produzcan deben intentar, siempre que sea posible, hacer compatibles los intereses públicos y privados en juego mediante la *previsibilidad*. Si la conducta de los poderes públicos es “sorpresiva y no esperada ni ajustada a las condiciones vigentes” mediante disposiciones transitorias (STS de 24 de mayo de 1988 –Ar. 4203–) es exigible la reparación del perjuicio económico injustificado que pueda producirse (STC 197/1992, de 19 de noviembre, y STC 205/1992, de 26 de

⁴ BARRERO RODRÍGUEZ, C.: “El respeto a los derechos adquiridos”. *Documentación Administrativa*, nº 263-264, pp. 137 y ss.

noviembre), ya que la nueva norma incide en responsabilidad, causado por el tránsito inesperado de un régimen jurídico a otro.

Habría que estar al caso concreto y analizarlo en todos sus detalles. Dependerá de las circunstancias del caso y del grado de retroactividad de las medidas adoptadas el que se haya o no vulnerado la confianza. La STC 199/1990, de 10 de diciembre, señala que la incidencia de los derechos en cuanto a su protección futura no pertenece al campo de la retroactividad ya que no existen efectos retroactivos prohibidos en cuanto no afecten a derechos consolidados, ciertos, efectivos y actuales, no eventuales o futuros. A estos efectos, debe subrayarse que los derechos de los funcionarios públicos, salvo en su dimensión económica, no son tales derechos dada la condición *estatutaria* de los mismos. Tales derechos serán los que en cada momento establezca la ley que regule el estatuto de los funcionarios (art. 103.3 CE) en el marco, claro es, de la Constitución.

En relación con este asunto, el criterio español es más reticente que el comunitario en orden a la protección de las expectativas, y particularmente de las expectativas de los funcionarios. La doctrina general española se pronuncia sin demasiado fundamento a favor de la no necesidad de indemnización de las meras expectativas frustradas de los funcionarios públicos (STC 108/1986, de 29 de julio, STC 99/1987, de 11 de junio, y STS de 30 de noviembre de 1992, *Ar. 8769 y 9393*).

La quiebra del principio de confianza debe deslindarse de otras instituciones con sustantividad propia, singularmente la expropiación forzosa de bienes o derechos, prevista en el art. 33.3 de la Constitución y regulada por ley de 16 de diciembre de 1954, que en todo caso originará derecho a indemnización. No así, el caso previsto en el art. 33.2 CE, la delimitación legal de acuerdo con su función social del contenido del derecho de propiedad, particularmente de la propiedad del suelo urbano.

Los poderes públicos tienen también deberes positivos de actuación. El poder legislativo y ejecutivo, en concreto, cuando produzcan leyes o normas reglamentarias, deben prever el establecimiento de las medidas transitorias que sean necesarias para la adaptación de las situaciones subjetivas a los cambios normativos. Entre esos deberes positivos y además de respetar la buena fe y los principios ya señalados, está la de considerar antes de la

aprobación de una norma la naturaleza de la misma y la categoría de los derechos e intereses vigentes antes de su entrada en vigor.

Este análisis, que no es el análisis de la técnica legislativa, ha sido sistemáticamente apartado por las razones de peso que una mayoría legislativa tiene para legislar. Hasta fecha muy reciente se trataba de una cuestión que solamente aparecía como base de la reacción del administrado frente a una alteración de circunstancias, pero en la actualidad puede considerarse una nueva visión de la ilegalidad, que atiende a fines diferentes, que sin embargo complementan el formalismo del principio de legalidad con una cierta visión empírica del problema. Si las nuevas técnicas de proporcionalidad apuntan a una relación entre medios y fines, la introducción del criterio de la vulneración de expectativas legítimas, en la denominación más usada, supone que aparece el tiempo como el lugar en donde se sitúan los derechos del administrado.

Es ese tiempo donde se suceden los efectos de la entrada y pérdida de vigor de una norma, a la que de manera muy desigual se pueden referir las normas en las llamadas disposiciones transitorias. Esta visión del Derecho vigente en el marco temporal permite considerar el problema no desde la perspectiva del momento abstracto sino desde la categoría del cambio legislativo.⁵ En ese sentido, la citada cuestión no es estrictamente una cuestión sobre la potestad legislativa sino una más general sobre la vigencia en el tiempo de las modificaciones de normas, en cuanto han generado una expectativa sobre su mantenimiento.

La modificación de la norma que rige una situación jurídica, entendiendo por esta la delimitación de derechos y deberes para un sujeto establecida por la citada norma es una cuestión autónoma respecto de la capacidad de la ley de regular las citadas situaciones. Se confunde en la práctica el problema de la capacidad de la ley con la eficacia de la norma en el tiempo, en base a la confianza o expectativa del afectado en la estabilidad de la regulación. Siendo dos cuestiones completamente diferentes, no puede obviarse el hecho de que pueden concurrir, como tales situaciones concurrentes, cuando se produce una alteración que genera la pérdida de un derecho adquirido, pues en este caso se une la modificación a la incidencia, no siendo inusual en las modificaciones *in peius*. Hay en estos casos un

⁵ CRAIG P.: *Administrative Law*. Sweet and Maxwell, 2016, pp. 76 y ss.

doble efecto, el del cambio perjudicial en sí mismo y el de la incidencia en un derecho preexistente, por lo que en los casos de normas restrictivas de derechos será cuestión de examinar la nueva regulación como afectada por estas dos circunstancias.

Es en este marco de diferencialidad y posible acumulación donde se debe estudiar la existencia de un cambio legislativo indemnizable. Si ya hemos hecho referencia a la limitación de la ley para incidir en una situación jurídica, el problema diferencial es el del cambio en sí. Ejemplo de lo primero es el de una expropiación legislativa, como acto que en sí y sin atender a la legislación anterior, es decir, sin compararla, afecta a los ciudadanos en sus derechos expropiados, mientras que el que hemos llamado problema diferencial exige un examen de la regulación antes y después del cambio normativo. Un efecto es directo y el otro es comparativo, sin que puedan confundirse los dos planos.

Si nos referimos a la incidencia, nos basta con hacerlo a una ley o regulación singular, en su propia consideración y sin tener en cuenta si modifica o no el régimen jurídico anterior. Es un examen de la regularidad de la ley o reglamento en cuanto a su carácter directo de privación de un derecho o de imposición de una obligación.

Cuando hablamos del cambio nos referimos a una modificación abstracta –que puede ser solamente para un grupo– de un régimen de ejercicio de un derecho o de cumplimiento de un deber, de su consideración desde la perspectiva de los derechos adquiridos, de la posición dinámica derivada de la consideración en el tiempo de ese ejercicio.

Al margen de que pueda existir una acumulación de situaciones, están tendrán que resolverse por separado, pues la lógica de las dos situaciones difiere, hasta el punto de que pueden afirmarse que responden a problemas diferentes.

Dialécticamente, podría incluso sostenerse que la diferencia no existe, puesto que el acto de intervención se produce sobre la base preexistente de una regulación anterior que cambia, por lo que todos los casos serían supuestos de responsabilidad por alteración del marco ordinamental. Así, el propietario de terrenos afectado por una expropiación legislativa habría visto alterada la legalidad que amparaba antes del cambio normativo su propiedad.

Ello nos llevaría a una reconducción de todos los casos a la responsabilidad por cambio legislativo, aunque dejando fuera los casos en que la regulación anterior, o no existía, o no reconocía derechos o imponía deberes sobre la actividad, el hecho o la situación, es decir, una situación en que no se pueda invocar como título resarcitorio la alteración de las expectativas generadas por la legislación anterior.

La cuestión planteada es difícil, y requiere que se tenga siempre a la vista la diferencia entre responsabilidad por la norma y responsabilidad por cambio de la norma, de tal forma que esta última permitiría una explicación en base a la teoría más antigua de los derechos adquiridos y a la más moderna tesis o principio de la buena fe y de la confianza legítima, la primera fundada en la teoría de los límites de la ley contemplada de forma estática –es la norma la que directamente suprime un derecho o establece un deber, sin más–, y la segunda en el principio de buena fe en su más amplio sentido y que encuentra su manifestación en la resistencia del acto declarativo de derecho.

1.2. Los fundamentos de la responsabilidad por cambio de la norma. La confusa doctrina de los Tribunales españoles

Las normas que han modificado el régimen jurídico de las energías renovables están siendo el banco de pruebas de una jurisprudencia nacional sobre la irretroactividad y otros problemas, que, dicho sea de antemano, revelan la falta de fundamento de la doctrina sentada en torno a ella y su indefinición. Ambas, porque las dos circunstancias concurren, al tratarse de una doctrina sin base en la Constitución y a la vez sustentada en consideraciones generales que adolecen de falta de claridad.

La aplicación de la norma en el tiempo y sobre todo la aplicación en el tiempo de sus cambios es un problema clásico del Derecho. La doctrina de los derechos adquiridos admite diversas formulaciones, que se refieren a los efectos de la nueva regulación sobre lo que la jurisprudencia llama situaciones o posiciones jurídicas anteriores al cambio, y a ese efecto utiliza el concepto de consolidación e incluso a veces el de patrimonialización. Con esas referencias distingue entre situaciones jurídicas –veremos más adelante que puede entenderse por estas– consolidadas o patrimonializadas y situaciones jurídicas sin esta característica, siendo este el criterio utilizado

habitualmente para distinguir entre retroactividad permitida y retroactividad prohibida.

El Tribunal Constitucional, ya en relación con la cita conjunta de la irretroactividad en relación con los derechos adquiridos, siendo dos cuestiones diferentes, en doctrina reiterada (sentencias de 10 de abril de 1986 y 29 de noviembre de 1988), ha sentado una doctrina que, en términos generales, limita el alcance del principio de irretroactividad, señalando esta última sentencia que «no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas y cuyos efectos no se han consumado, pues una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, ya que lo que prohíbe el artículo citado es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad». Añade también el Tribunal Constitucional (sentencia de 4 de febrero de 1983) que el «principio de la irretroactividad no puede presentarse como defensa de una inadmisibile petrificación del Ordenamiento Jurídico. Con rotunda claridad se pronuncia la sentencia de 16 de julio de 1987, al establecer que «la prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros y condicionados o a las expectativas».

El Tribunal Supremo alude a una «retroactividad débil o de primer grado», como la sentencia de 11 de octubre de 1988, que expresamente dice que «el silencio de una norma en orden a su retroactividad, si bien, conforme al principio proclamado por el art. 2.3 del Código Civil, impide su aplicación a hechos o relaciones que hubieran producido todos sus efectos bajo el imperio del anterior orden normativo, no siempre conduce a igual solución respecto de los efectos de dichas relaciones que se produjeran después de la entrada en vigor de la nueva regulación, pues la retroactividad débil o de primer grado puede venir impuesta, sin necesidad de mandato expreso en tal sentido, cuando así se derive del espíritu y finalidad de aquélla, en cuyo caso sus disposiciones habrán de entenderse aplicables a los tratos futuros de la relación en curso de ejecución».

Es decir, la jurisprudencia parece sostener lo siguiente:

-Las relaciones jurídicas nacidas tras la entrada en vigor de la modificación se rigen por la ley nueva, como tales, y sus efectos también. Para que se de este efecto de plena irretroactividad, se utiliza por la citada jurisprudencia un concepto como el de relación jurídica, que se suele entender como la vinculación entre personas regida por una regla. La citada tesis tiene el evidente defecto de que se refiere a una relación jurídica continuada, lo que a veces no ocurre, sino que la relación es instantánea y deriva del hecho o acto jurídico que se cumple.

-Las relaciones jurídicas nacidas antes de la entrada en vigor de la ley, supuesto al que alude la jurisprudencia como aquel en que la relación jurídica está en curso, se caracterizan porque la nueva ley solamente se aplica a los efectos de la misma producidos tras la entrada en vigor. Es la llamada retroactividad débil, que parte de la base de una relación jurídica nacida antes –si nace después no hay problema, es el caso anterior– y unos efectos que se producen tras la entrada en vigor la nueva norma.

-Cabe referirse a otro supuesto en que, además del efecto propio de la retroactividad débil ya explicado, la nueva ley se aplica incluso a los efectos producidos bajo el imperio de la ley anterior que la jurisprudencia llama consumados o agotados, que en sí es un concepto indefinido, pero que en el caso de los derechos patrimoniales es referido al momento en que estén incorporados definitivamente al patrimonio jurídico del sujeto. Constituye la retroactividad fuerte o máxima, y es la retroactividad propiamente dicha.

Por tanto, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo admiten la aplicación retroactiva de las normas a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, siempre que los efectos jurídicos de tales actos no se hayan consumado o agotado, pero añadiendo, sin aclarar en absoluto las condiciones de su aplicación, otra condición, que no se perjudiquen derechos consolidados o patrimonializados, entendiéndose por tal su incorporación definitiva al patrimonio jurídico del afectado, infiriéndose, en estos casos, la retroactividad de ese tipo y con tal intensidad, del sentido, el espíritu o la finalidad de la Ley.⁶

⁶ LÓPEZ MENUDO, F.J. *Op. cit.*

Hay en esa jurisprudencia conceptos clave y que no se han esclarecido: concepto de retroactividad de la propia jurisprudencia, incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, situaciones jurídicas, efectos de las mismas, también aludidos como derechos e intereses derivados de las mismas, situaciones o efectos consumados o agotados, y su contrario, relaciones jurídicas no concluidas, derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, derechos pendientes, futuros y condicionados y expectativas, proyección de efectos hacia el futuro, incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos, todos ellos confundidos y no analizados en la referida jurisprudencia. Todos ellos son reiterados precisamente en la STC 270/2015, dictada en la impugnación del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio y que es citada en la más reciente sentencia del Tribunal Supremo sobre el Decreto y la Orden que desarrollaron tanto el Decreto-ley como la ley que le siguió tras la tramitación parlamentaria del primero.

La citada jurisprudencia permanece en un estado de congelación en términos jurídicos, sin que se haya producido indagación de su contenido que especifique cuando se pueden considerar cumplidas las condiciones. Es decir, no se ha avanzado nada, lo que hace cada vez más insuficientes los referidos criterios para referirse a casos más complejos.

Uno de estos casos más complejos es sin duda el del régimen jurídico de un sector regulado. En estos casos, no puede hablarse de relación jurídica y resulta muy difícil hacerlo incluso de situación jurídica, pues lo que en estos casos se plantea es el ejercicio de una actividad en régimen de intervención administrativa, es decir, al margen de la autonomía contractual general que regula el Código Civil. La diferencia es esencial, porque frente al carácter dispositivo, en un marco legal muy permisivo, de los negocios y actos privados, nos encontramos en estos casos con una regulación coactiva, que condiciona el acceso a la actividad.

No es el objeto de este artículo concretar lo que es regulación o sector regulado. Pero la unidad conceptual de lo que se admite como tal da una importante pista sobre la insuficiencia de los criterios de la jurisprudencia para excluir una retroactividad prohibida, al referirse a un régimen jurídico unitario, calificado desde otra óptica como autorización de funcionamiento— que admite difícilmente aislar una relación jurídica, una

situación jurídica singular que afecte a un derecho o a una facultad, que es la que parece referirse la jurisprudencia—.

En primer lugar, en ese régimen el que quiere acceder a la actividad regulada tiene un derecho a hacerlo, pero no en el sentido clásico de derecho, como poder jurídico solamente limitado por el orden público económico y social, sino de derecho condicionado por una intervención plena de la actividad que puede desarrollar, derecho que prácticamente se reduce a obtener un beneficio de la misma, que es también regulado, ya que el cómo, el cuándo y el cuánto no están a disponibilidad del que accede a la regulación. No hay libertad ni margen para el desarrollo de la actividad, salvo la iniciativa para desarrollarla y el derecho a obtener un rendimiento de la misma, a diferencia de otras actividades no intervenidas en las que existen derechos a desarrollar la misma sin limitaciones.

En segundo lugar, este régimen jurídico se aplica en bloque, sin que exista posibilidad alguna de seleccionar que tipo de obligaciones pueden cumplirse y cuáles no. La aplicación de la regulación se hace en su totalidad, lo que excluye el juego del principio de la autonomía de la voluntad y, por tanto, autoriza a hablar de relación o situación jurídica solamente si se entiende como un todo regulativo o aplicativo.

En tercer lugar, en ocasiones en ese régimen jurídico se recogen ayudas o subvenciones, que se encuentran incluidas en el régimen regulatorio. Es decir, hay una acción de fomento, en el sentido de la expresión en Derecho Administrativo, que se incorpora al régimen jurídico de la intervención y que es precisamente lo que ocurre en el caso de la modificación del régimen de las energías renovables, aspecto este que no hemos visto reflejado en las sentencias que se han pronunciado sobre este punto.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR NORMAS SUSTANTIVAS

2.1. *Consideraciones generales*

La denominada responsabilidad del Estado legislador comprende todos aquellos supuestos cuyo común denominador se encuentra en los daños económicamente evaluables que resultan de la actividad legislativa y que acarrearán la obligación de resarcimiento; definición que revela las dificultades que entraña esta institución. De un lado, no son ni mucho

menos inequívocos los perjuicios que pueden derivarse del contenido de las disposiciones contenidas en las Leyes. De otro lado, tampoco resulta pacífica la cuestión de la exigibilidad de la indemnización.⁷

Un sector de la doctrina muy influyente se ha mostrado abiertamente hostil a la jurisprudencia sentada en materia de responsabilidad por acto legislativo, calificando a la del Tribunal Supremo como una «desbordante» y «generosa» jurisprudencia a la que no presta demasiado apoyo el Derecho Comparado y que estaría mal fundada⁸. Algunos problemas derivados de la compleja imputación de responsabilidad patrimonial al Estado-legislador guardan un paralelismo con las que presenta la responsabilidad económica de la Administración.

En base a esta tesis, que cifra toda su clave en la naturaleza del Parlamento como dueño del poder y que tiene una correlativa presencia en algunos Derechos comparados en base a la doctrina de la inmunidad soberana, se ha sostenido que la Ley no podrá ser calificada de injusta ni el Parlamento de culpable, debido a la posición e independencia del Poder legislativo, que por propia definición no admite límites en su capacidad, que está diseñada para aprobar normas abstractas –es decir, que contienen un supuesto hipotético– y generales.

La responsabilidad por actos legislativos, entendida en su más amplio sentido, no es un concepto simple, pues la doctrina y la jurisprudencia han ido calificando de tal, no sin polémica ni sin contradicciones, un conjunto de supuestos que se ampararon en su día para negar toda indemnización en la soberanía del Estado. En ese apartado, delimitados de forma no exhaustiva, existen, como elementos a tener en cuenta con carácter separable, (i) las leyes expropiadoras de derechos e intereses, se califiquen o no como tales, y admitan o no la indemnización, (ii) las leyes declaradas inconstitucionales y, (iii) como tercera vía, los supuestos en que los resultados a que conduzca la aplicación de la ley merezcan algún género de compensación por cumplir los requisitos generales.

⁷ RUIZ LÓPEZ, M.A.: *Retrospectiva y alcance actual de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador*. Disponible en: <http://portal.uned.es/>

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II. Civitas, 2015, pp. 424-429.

La responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea es otra de las fuentes reconocidas de responsabilidad que se sitúa entre los casos especiales de la responsabilidad. En este caso, el título jurídico de imputación se refiere a los daños causados a los particulares por la vulneración del Derecho de la Unión, caracterizados por la primacía y la eficacia directa, y que desde la STS de 17 de septiembre de 2010 (rec. 373/2006) se define como la «cláusula de cierre del sistema que regula las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales», al garantizar la plena eficacia del ordenamiento comunitario y la tutela judicial efectiva de los particulares, al ver reparados los perjuicios que les causa la infracción o incumplimiento del Derecho de la Unión por parte de las autoridades nacionales.

2.2. Las leyes declaradas inconstitucionales

La STS de 29 de febrero de 2000 (rec. 49/1998) aborda por vez primera la responsabilidad fundada en la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal: concretamente el art. 38.2. de la Ley 5/90 de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria, que estableció el gravamen complementario sobre la tasa fiscal de los juegos de suerte, envite o azar. La sentencia señala que «la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada» y que la exigencia de responsabilidad no altera el contenido del acto administrativo determinante de la liquidación, que «sigue manteniendo todos sus efectos», entendiéndose que la aplicación de la Ley inconstitucional así declarada por el TC determina la antijuridicidad del propio acto administrativo; y ello a pesar de que en el caso enjuiciado había existido un pronunciamiento previo con eficacia de cosa juzgada desestimatorio de la pretensión de anulación de la liquidación, considerando la Sala que con ello «el perjuicio causado quedó consolidado al no ser posible la neutralización de los efectos del acto administrativo fundado en la Ley inconstitucional mediante la anulación del mismo en vía contencioso administrativa, no obstante la constancia de la sociedad interesada en mantener la impugnación contra el acto que consideraba inconstitucional».

La STS de 13 de junio de 2000 (rec. 567/1998), resolutoria del recurso contencioso-administrativo 49/1998, reconoció por vez primera el derecho de los contribuyentes que habían ingresado en Hacienda las cuotas

correspondientes al pago del gravamen complementario de máquinas tipo B, en cumplimiento del art. 38.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia, presupuestaria, financiera y tributaria, a ser indemnizados por la Administración del Estado, señalándose en la sentencia que “el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos –leyes– quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la ley vulnere la Constitución, evidentemente el poder legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado legislador puede tener, asimismo, su segundo origen en la inconstitucionalidad de la Ley”, así como la STS de 15 de julio de 2000 (recurso 736/1997).

Una cuestión semejante en su planteamiento y en sus efectos se suscitó con ocasión de diversas reclamaciones de indemnización por los perjuicios causados a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía como consecuencia del pase a segunda actividad en virtud de la Disposición Adicional 20ª de la Ley 37/1998, de 28 de diciembre, que fue declarada inconstitucional y nula por la STC 234/1999, de 16 de diciembre, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ del País Vasco.

El TS, en diversas sentencias que trataron la cuestión, concluye que el daño alegado cumplía los requisitos legales para ser susceptible de indemnización, sin que existiera para el recurrente el deber jurídico de soportar ese perjuicio, ya que el mismo «lo produjo una Ley posteriormente declarada inconstitucional», sosteniendo que el hecho de no haber recurrido en su momento el acto administrativo no impide formular después una reclamación por responsabilidad patrimonial. Se dice que la interpretación contraria supondría imponer a los particulares la carga de impugnar, en vía administrativa, primero, y ante la jurisdicción contencioso-administrativa, después, todos los actos dictados en aplicación de la Ley, y que el deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la Ley inconstitucional no puede tampoco deducirse del transcurso de los plazos de prescripción establecidos para el ejercicio de las acciones encaminadas a lograr la nulidad del acto administrativo.

El Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la

Ocupabilidad, suprimió la obligación de pago de los salarios de tramitación en los supuestos de despido improcedente en que el empresario opta por la extinción de la relación laboral, siendo declarado inconstitucional y nulo por la STC 68/2007, de 28 de marzo.

Una cuestión muy importante es que la jurisprudencia ha distinguido entre la exigencia de responsabilidad, por una parte, y la validez y eficacia del acto administrativo, por otra. Es decir, que cabe exigir la primera sin cuestionar la segunda. El reconocimiento de la responsabilidad ni afecta ni modifica el acto administrativo, cuya validez y eficacia no se cuestionan, tesis verdaderamente muy discutible. (Voto particular a la STS de 13 de noviembre de 2006 (rec. 55/2005).

En el sentido justamente opuesto, la anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de los actos o disposiciones administrativas no supone por sí misma la existencia de responsabilidad de acuerdo con una doctrina que comenzó en las leyes administrativas de los años cincuenta del pasado siglo y que se concretó más tarde en el citado artículo 142.3 de la Ley 30/1992, y ahora en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

2.3. Las Leyes que afectan a derechos e intereses legítimos

Los primeros pronunciamientos, anteriores a la entrada en vigor de la Constitución, que pueden agruparse en un determinado período de latencia de la doctrina de la responsabilidad del Estado legislador, se refirieron a la aplicación de disposiciones legislativas, contenidos en las sentencias de 22 de mayo de 1970, 1 de febrero y 12 de noviembre de 1971, 30 de septiembre de 1972 y 29 de enero de 1974, relativas a las medidas adoptadas respecto de las compañías aseguradoras de accidentes de trabajo en cumplimiento de lo dispuesto por el texto refundido de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, tuvieron como fundamento el deber de reparación que deriva del ejercicio de la potestad expropiatoria. La expansión de la cláusula del art. 1 LEF condujo, de manera inevitable, a fundamentar en ella las singularidades o modalidades por razón del rango de la norma que producía la lesión.

Tras ese periodo anterior a la entrada en vigor de la Constitución, que se centró en la potestad expropiatoria, los primeros pronunciamientos del TS que examinan la responsabilidad derivada de la promulgación de

Leyes recaen con ocasión de determinadas expresiones del Tribunal Constitucional contenidas en las sentencias 108/1986, de 29 de junio, 99/1987, 11 de junio, y 70/1988, de 19 de abril, al enjuiciar la constitucionalidad de las normas relacionadas con la reducción de la edad de jubilación de jueces y magistrados y funcionarios públicos. Basando la desestimación en la doctrina de las expectativas –hoy día en trance de franca revisión– se sostenía que no existe un derecho adquirido a que se mantenga una determinada edad de jubilación como derecho actual consolidado, con la consecuencia de que esa privación no es expropiatoria, ni generadora de responsabilidad pero, sin embargo, añadiendo que si bien la modificación legal no es disconforme con la Constitución, sí origina una frustración de las expectativas existentes y, en determinados casos, perjuicios económicos que «pueden merecer algún género de compensación». Esta expresión muy repetida de la sentencia va a ser considerada como la tercera causa de responsabilidad causada por las leyes.

Sin embargo, pese a que el TS aludió a las referencias contenidas en la doctrina constitucional mencionada, que la mencionada sentencia condensaba en relación con lo que se ha venido reconociendo como tercer supuesto, en otras sentencias no se justificó la admisión del derecho a indemnización, como revelan la sentencia de 10 de junio de 1988 –relativa a la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1978 –, la sentencia de 11 de octubre de 1991 (rec. 85/1987) –Pedro Domecq, S.A. – o la de 30 de noviembre de 1992 (rec. 46/1989) –anticipación de la edad de jubilación de funcionarios–.

La STS de 11 de octubre de 1991 se dictó con ocasión de la promulgación de varias Leyes (la Ley de 30 de noviembre de 1979, la Ley de 26 de diciembre de 1981, el Real Decreto-ley de 29 de diciembre de 1982 y la Ley de 11 de noviembre de 1988), que le habrían producido perjuicios por diversas medidas tributarias en relación con el impuesto especial de determinadas bebidas alcohólicas, prohibiéndose la publicidad de dichas bebidas y añadiéndose nuevas restricciones en materia de publicidad de bebidas que rebasasen determinada graduación alcohólica.

La peculiaridad de esa sentencia es su intento de sistematizar con arreglo a un principio diversos supuestos de responsabilidad y/o expropiación que derivan directamente de una ley: medidas legislativas de carácter expropiatorio; Leyes declaradas inconstitucionales y producción de perjuicios graves que «merezan algún tipo de compensación». Sin embargo, para

el caso concreto acaba negando que exista ningún derecho al resarcimiento, al no poderse encuadrar el supuesto en ninguno de los anteriores. La sentencia concluye declarando que «se ha dado entrada a esta tercera vía de indemnización por los actos del Estado-legislador cuando “merezcán algún género de compensación” de los perjuicios económicos –graves y ciertos– que irroque al particular una ley constitucional y no expropiatoria», que se basaría en los arts. 9 CE y 40 LRJAE, con la particularidad de que esta tercera vía no alcanzaría a las Leyes de naturaleza tributaria, ya que «si su exacción fuera indemnizable dejarían de ser tributos».

Elaboradas esas distinciones, cuya dificultad delimitadora llega hasta nosotros, la STS de 5 de marzo de 1993 sí que reconoce el derecho a la reparación del daño en el supuesto de la eliminación de la exención arancelaria de cupos de pesca a consecuencia de la entrada de España en la Comunidad Europea, lo que supuso para el Tribunal Supremo que se habían quebrantado los principios de buena fe y confianza legítima, dado que la Administración había desarrollado inmediatamente antes de esa fecha una acción de fomento lesionando anteriores derechos adquiridos, calificando la actuación administrativa como una auténtica actuación expropiatoria merecedora de compensación conforme a lo dispuesto en el art. 33 CE (STS de 27 de junio de 1994, rec. 300/1988).

Otro supuesto de reconocimiento de un daño indemnizable, se encuentra en el caso de la Ley balear de declaración de Determinados Espacios como Área Natural de Especial Interés. La STS de 17 de febrero de 1998 (rec. 327/1993) señala que no puede descartarse la existencia de responsabilidad aun tratándose de actos legislativos, todo ello a raíz del planteamiento por el TSJ de Baleares de una cuestión de inconstitucionalidad que dio lugar a la STC 28/1997, de 13 de febrero, que reconoce que, no obstante el silencio de la Ley sobre la procedencia de una indemnización, ello no significa que se vulnere el art. 33.3 CE, sino que este extremo se someterá al régimen jurídico vigente de la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos «que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos».

Las SSTS de 8 de octubre de 2008 y 9 de octubre del mismo año, en los casos Texaco y Shell, acordaron la indemnización por los daños causados a los recurrentes como consecuencia de la aplicación de la Ley canaria

5/1986, de 28 de julio, por la que se estableció el Impuesto Especial de dicha Comunidad Autónoma sobre Combustibles Derivados del Petróleo, toda vez que se estableció un tributo sin considerar las posibles situaciones jurídicas individualizadas preexistentes; en particular en lo relativo al combustible ya adquirido en la refinería, en un supuesto de constatación de unos hechos anteriores afectados bajo la confianza en la antigua norma, que tuvo que venderse a precios más bajos con motivo de la introducción del nuevo régimen.

Es más, la jurisprudencia más reciente se refiere de forma muy acertada a un «núcleo indisponible» para el legislador, de suerte que la ausencia de regulación legal no enerva el derecho a exigir responsabilidad por los daños ocasionados por los poderes públicos [SSTS de 26 y 27 de noviembre de 2009 (rec. 585/2008 y 603/2007), y 30 de noviembre de 2010 (rec. 824/2009)], acotando una serie de supuestos en que procede la mencionada declaración, que como se ha visto, son un cierto cajón de sastre de unas intervenciones de la ley con efectos económicos indemnizables.

El artículo 139.2 de la Ley 30/1992, abordó la cuestión de los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria –en estos se suponía que procedía abrir la pieza de fijación de justiprecio– fijando una serie de condiciones, entre ellas la previsión en la correspondiente ley del mencionado derecho. Como ha señalado la doctrina se trata de un precepto de redacción equívoca, que se apoya en principios jurídicos discutibles y que, sobre todo, es probablemente inconstitucional, afirmación que cabe extender a la modificación del régimen jurídico producida en las reformas de las leyes administrativas de 2015. La Ley debería haber admitido al menos, redactada en forma positiva: a) el derecho a indemnización por los daños causados por los actos de aplicación de una ley que luego sea declarada inconstitucional (equivalente al mal funcionamiento del servicio o, si se prefiere, a la indemnización por ilegalidad del acto administrativo); y b) asimismo el derecho a indemnización por aplicación de leyes cuyos efectos dañosos rompan el principio de igualdad de cargas ante la Ley (por ejemplo, si por consecuencia de directivas comunitarias europeas se ordena por ley que se arranquen una parte de los viñedos españoles)».⁹

⁹ GARRIDO FALLA, F.: “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992, y en la sentencia del Tribunal supremo de 30 de noviembre de 1992”. *REDA*, nº 77, 1993, pp. 125 y ss. 11 25 de febrero de 2011 (rec. 4.367/2006)].

En el ámbito urbanístico se requiere la afección por la norma de derechos consolidados para que sea procedente el derecho a una indemnización por el cambio de planeamiento por acto legislativo. La modificación del planeamiento solo genera responsabilidad patrimonial de la Administración cuando se produce minoración del aprovechamiento urbanístico patrimonializado. El requisito fundamental para que prospere la pretensión resarcitoria es que el particular no tenga el deber jurídico de soportar la lesión producida por la aplicación de la Ley. La jurisprudencia subraya que «existe ese deber jurídico de soportar el daño cuando la medida de la Administración constituye una carga de carácter general que todos los administrados incluidos en el ámbito de dicha medida están obligados a cumplir sin indemnización».

En ese mismo contexto, en la STS de 2 de junio de 2010 (rec. 588/2008), la Sala, en primer lugar, descarta que la condición o presupuesto que impone el inciso final del art. 139.3 de la Ley 30/1992, cuando señala que «(...) cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos», resulte de aplicación a los supuestos de acciones de responsabilidad patrimonial sustentadas en el perjuicio irrogado por la aplicación de una ley inconstitucional al concluir que ello «(...) supondría tanto como supeditar la reparación del hipotético perjuicio derivado de la inconstitucionalidad de la ley aplicada, a una previsión que en sí misma es absurda e incluso imposible: la del propio legislador de prever que la ley que aprueba puede ser contraria a la Constitución y de que por ello, por si lo fuera, ha de plantearse si incluye o no en ella una decisión como la reflejada en aquel inciso final» (FD 4º, párrafo cuarto) y considera que tal conclusión es la que está presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando a continuación las sentencias 29 de febrero, 13 de junio y 19 de diciembre de 2000. 32 Vid., entre otras, las SSTS de 23 de julio de 2010, de 24 de febrero de 2010, de 29 de septiembre de 2009 y de 17 de junio de 2009 (rec. 154/2008, 1.863/2008, 5.734/2004 y 944/2005, de forma respectiva).

La última sentencia citada trata sobre una Ley de ordenación territorial autonómica que no contenía una previsión indemnizatoria para la desclasificación de terrenos. Conforme a su FJ 6º: «La privación mediante acto legislativo de derechos de esta naturaleza urbanística debe acomodarse al grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva al propietario, mediante la escalonada incorporación de derechos derivados de la ordenación

urbanística al patrimonio del propietario, tales como el derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, o el derecho a edificar y a la edificación. De manera que solo cuando los deberes del propietario en el proceso urbanizador han sido cumplidos puede decirse que se han incorporado a su patrimonio los contenidos que la norma, de modo artificial, añade a su derecho inicial, toda vez que solo en tal caso ha contribuido a que dicho ejercicio sea posible». De nuevo aparece el criterio de la consolidación del derecho frente a la expectativa, en los mismos términos de ambigüedad y vaguedad que se pusieron de manifiesto al analizar el principio de confianza legítima.

Precisamente el TS viene manteniendo que la quiebra del principio de confianza legítima constituye «el eje sobre el que gira el examen de las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si hay o no justificación para soportar el daño causado ilícitamente». Dicho principio no opera en el ámbito urbanístico cuando ha existido un retraso imputable al propietario del suelo en la realización de actuaciones de ejecución urbanística, y es que no basta la materialización de un instrumento idóneo que permita conocer cuál es el aprovechamiento del propietario, sino que éste último ha de cumplir los deberes impuestos por el propio planeamiento. –STS de 25 de junio de 2003 (rec. 6.574/2000).

Por eso, allí se reconoce un derecho a indemnización por la lesión sufrida como consecuencia de las limitaciones de edificabilidad impuestas por la Administración para la protección del Patrimonio Histórico Artístico en la construcción de un edificio respecto del que se había obtenido licencia de obras para edificar viviendas y garajes, debiendo excluirse estos últimos para respetar los restos del anfiteatro que habían sido localizados.

La dinámica del principio de responsabilidad como consecuencia de actuaciones que luego llamaremos normativas se contempla en la STS 12 de diciembre de 2007 (rec. 2.911/2005), sobre indemnización compensatoria al no poder restituirse una finca entregada a cambio de conseguir una reclasificación de suelo; contraprestación que se frustró al no ser posible ejecutar una sentencia en sus propios términos por imposibilidad legal una vez desclasificado el suelo, declarado urbanizable en dicha sentencia, por una Ley aprobada en la Asamblea de la Comunidad de Madrid. STS de 16 de diciembre de 2008 (rec. 453/2006). 36 SSTS de 23 de marzo de 2009 (rec. 412/2006) y 24 de febrero de 1994 (rec. 9.267/90).

Otra cuestión es la relativa a los efectos de una declaración de inconstitucionalidad en relación con tal es el tema de los efectos de las SSTC que declaran la inconstitucionalidad de una Ley, debido al inconveniente que puede suponer para el ejercicio de la acción de responsabilidad lo previsto en los arts. 161.1.a), inciso final, de la Constitución, y 40.1, inciso final, de la LOTC, que establecen algunos límites a la eficacia *ex tunc* de las declaraciones de inconstitucionalidad.

El artículo 40.1 LOTC determina el alcance de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad en desarrollo del art. 161.1.a) CE. Pero esta idea ha sido aplicada, y ampliada, por el Tribunal Constitucional, que declara en la sentencia 22/1996, de 18 de marzo, que «han de considerarse situaciones consolidadas no susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta sentencia, no solo aquellas situaciones que hayan sido definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada (artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), sino también, por exigencia del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 C.E.) todas aquellas otras que no hubieran sido impugnadas en la fecha de la publicación de esta sentencia, es decir, tanto los pagos ya efectuados de cuotas no recurridas como las devengadas y aun no pagadas que no estén pendientes de reclamación o recurso administrativo o judicial interpuesto dentro del plazo antes de dicha fecha».

Por otro lado, en cuanto a la diferencia entre responsabilidad y validez de los actos administrativos dictados a su amparo, la STS de 2 de junio de 2010 (rec. 588/2008) reconoce una indemnización por los perjuicios irrogados por la aplicación de la Ley declarada inconstitucional, sosteniendo que la declaración de inconstitucionalidad deja incólume y no menoscaba el valor de cosa juzgada de la sentencia firme cuya razón de decidir y cuyo pronunciamiento se sustentó en la aplicación de la norma luego declarada contraria a la Constitución. Sin embargo y a pesar de dicha afirmación, lo ordenado en los arts. 161.1.a) CE y 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no impide, a juicio del Tribunal Supremo, el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial, no existiendo identidad, en el supuesto enjuiciado, entre los bienes jurídicos cuya protección se demanda: en el proceso fenecido lo era el derecho o derechos derivados de una concreta situación o relación jurídica y en el nuevo proceso lo es el de ser

indemnizado por los daños ocasionados en su patrimonio por un tercero que no tenía el deber de soportar.

En cuanto a los efectos de esta escisión entre invalidez de la ley, mantenimiento del acto firme y responsabilidad, la STS de 13 de junio de 2000 señala que el hecho de que los contribuyentes no impugnen en su momento las liquidaciones tributarias y que las mismas, por tanto, devengan firmes, no priva de antijuridicidad al daño producido, de suerte que el resarcimiento de los perjuicios causados por la actividad legislativa inconstitucional puede obtenerse mediante la reclamación en el plazo de un año a computar desde la publicación de la sentencia, en aplicación de la teoría de la *actio nata*. Un argumento de justicia material justificaba que el particular no tenga que soportar la carga de agotar todas las instancias (administrativas y judiciales) para promover el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

En la cuestión de la interrelación de los efectos de una declaración de inconstitucionalidad con la validez o nulidad de los actos dictados a su amparo y la acción de responsabilidad, la STS de 15 de julio de 2000 (rec. 736/1997) se planteó el posible tratamiento diferenciado entre quienes habían impugnado los actos de liquidación tributaria antes de la anulación del gravamen inconstitucional, obteniendo sentencia firme que los declaraba conformes a Derecho, y aquellos otros particulares que reaccionaron una vez declarada la inconstitucionalidad, bien por la vía de la revisión de oficio, bien mediante la reclamación de responsabilidad patrimonial, o por ambas a la vez, acumulada o sucesivamente. Mientras que los primeros quedaban abocados a entablar una acción de reclamación de responsabilidad patrimonial dentro del plazo fijado por la Ley, a los segundos se les reconocía el derecho a solicitar en cualquier momento la revisión del acto nulo de pleno derecho por inconstitucional, así como a exigir, simultánea, sucesiva o alternativamente, responsabilidad patrimonial.

La STS de 3 de noviembre de 2006 (rec. 278/2005), que se ajustó más correctamente a la esencia de la nulidad del acto administrativo, no exigiendo la rigidez del plazo de un año con el doble argumento de que la declaración de nulidad corresponde a la Administración de oficio y los ciudadanos están amparados por el principio de confianza legítima.

Por último, la STS de 11 de diciembre de 2009 (rec. 572/2007) vuelve a proclamar el plazo de prescripción de un año a partir de la fecha de publicación de la sentencia, señalando que, en el supuesto de haberse instado la revisión de oficio de los actos, el ejercicio de esa acción sirve para interrumpir el plazo de la reclamación de responsabilidad patrimonial, siempre que la revisión se haya hecho valer dentro del plazo de un año que contempla el art. 142.5 LPC, poniéndose de manifiesto en todas estas resoluciones la ausencia de una doctrina específica y clara sobre la separación entre la teoría de la validez de los actos administrativos y la acción de responsabilidad patrimonial.

III. LA RESPONSABILIDAD POR HECHO O ACTO Y LA RESPONSABILIDAD NORMATIVA.-LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR LIMITACIÓN DE DERECHOS: LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 106.2 DE LA CONSTITUCIÓN

La responsabilidad patrimonial de la Administración o si se prefiere del Estado no se define como tal en las normas aplicables. No hay una definición de lo que se entiende por responsabilidad o, si se prefiere, por acto, hecho o actuación responsables. Hay una serie de casos que se refieren sin duda a supuestos de acción y lesión simples, en que los perfiles de la normativa se aproximan a la de la responsabilidad extracontractual, mientras que en otros supuestos –básicamente, los casos de afectación a bienes y derechos por una norma, sean intencionales o incidentales– la cuestión no es tan sencilla.

La afectación a derechos e intereses es una referencia muy amplia, que teóricamente cuestiona la tradicional distinción entre afectación dirigida a tal fin y afectación incidental, pues si se utiliza un concepto extensivo la distinción se hace difícil, pues puede darse el caso de una intervención en los derechos e intereses –por ejemplo en la regulación– donde se busque de propósito la limitación –se legisla precisamente para ello– y, sin embargo, se trate de supuestos típicos de responsabilidad, por no encajar en la naturaleza esencialmente procedimental de la expropiación.

Esto lleva a la conclusión de que la rigidez de la institución expropiatoria, en cuanto destinada a la privación singular de un bien o derecho, al margen de que la acción de lesión del patrimonio sea directa o incidental, carece de la capacidad de adaptación de la figura de la responsabilidad a los

grupos de casos de mayor relevancia en la actividad diaria del ciudadano, que son los relativos a la intervención normativa o ejecutiva sobre los derechos e intereses.

Llamamos capacidad de adaptación a una mayor flexibilidad conceptual del sistema de responsabilidad, de eficacia *ex post* innegable, a diferencia de la intervención en la propiedad o en los derechos de carácter expropiatorio, en que la utilidad pública constituye un límite propio, como ya hemos visto, vinculada con el uso público. De este modo, la expropiación sería un procedimiento formal dirigido *ex ante* a la privación, donde la idea de la utilidad o el uso público, declarados previa y formalmente, es determinante, y que se caracterizaría por la rigidez de su sistema de etapas –al margen de la completa subversión del sistema por la expropiación urgente¹⁰.

Esta conclusión lleva a poder mantener la dificultad de articular el procedimiento expropiatorio en los casos de la norma *expropiadora* de derechos, mediante la apertura de la pieza de justiprecio, tesis relevante y con fundamento¹¹ pero que ignora la mayor apertura de la cláusula de responsabilidad, más apropiada para operaciones de carácter normativo, legal o reglamentario, entre ellas, y como las más importantes, las siguientes: la redefinición del contenido de un derecho realizada con carácter general, las grandes operaciones de demanialización y las alteraciones del entorno legal de los sectores regulados.

Estos serían supuestos absolutamente novedosos derivados de una acción pública en la economía muy importante, donde se situarían los casos del Derecho Alemán de *Aufopferungsanspruch*, o pretensión por sacrificio particular de bienes de contenido no patrimonial, *el Enteignender Eingriff*, o pretensión por sacrificio particular por menoscabo de la propiedad, a lo que cabe sumar la *Enteignungsgleicher Eingriff*, pretensión por actos o conductas no culposas contrarias a Derecho. Junto a ellos se situarían los casos más típicos –podríamos decir que clásicos– de la responsabilidad, por acto o actuación ilegal, por culpa o por riesgo –esta última referida en el Derecho Alemán como *Gefährdungshaftung*.

¹⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad de las Administraciones Públicas*. Civitas, 2016, pp. 177 y ss.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II. Civitas, 2015, pp. 414 y ss.

El artículo 106 de la Constitución se refiere a los conceptos básicos de la institución: indemnización y funcionamiento de los servicios públicos, a diferencia de la garantía expropiatoria, que viene delimitada por la utilidad pública. Es decir, no sería una indebida extensión de la responsabilidad como medio de resarcimiento y restitución, pues la definición del artículo 106 de la Constitución permite encajar los nuevos grupos de casos en su sistemática y su orden particular, con todos los requisitos exigidos a los que ya hemos hecho referencia.¹² Esto conlleva el que se integren en la responsabilidad patrimonial un conjunto de afecciones a los patrimonios, con motivo de la sofisticación del entorno regulatorio, de los numerosos casos de contratos normados y de la radical modificación del concepto de servicio público de interés general.

En ese planteamiento, estos supuestos quedarían excluidos de la fórmula expropiatoria. La expropiación no abarcaría más que aquellas privaciones a las que se ha aplicado de forma reiterada en la historia de la institución, en aquellos casos en que la privación de bienes o derechos se vincula a la utilidad pública legalmente declarada, requisito que está sometido a la apreciación de los Tribunales y cuya importancia no puede obviarse. Sin utilidad pública, entendida como uso público, no cabe hablar de expropiación. Por el contrario, la acción de la que derivaría la responsabilidad no tendría como prolegómeno necesario una declaración formal de la utilidad pública, sino que derivaría de actos, actuaciones y omisiones derivados del cumplimiento de los fines de la acción de las Administraciones Públicas y a sus consecuencias, incluyéndose entre estos últimos las derivadas de la función de aprobar normas, y, entre ellas, normas con rango de ley.¹³

La mencionada delimitación es un paso necesario, pues bajo la categoría de responsabilidad y al amparo de la tesis de la objetividad y universalidad de la reparación, se ha ido consolidado un uso que, por poner un ejemplo, ha ido transformando el principio de equilibrio económico y financiero de los contratos por medio de la inclusión de cláusulas de responsabilidad sin declaración de responsabilidad previa, como puede hoy día comprobarse en los contratos de concesión de las autopistas. Una especie

¹² GALLI, R.: *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. II, 2011, pp. 1393 y ss.

¹³ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Op. cit.*, pp. 360 y ss., admitiendo la responsabilidad en estos casos.

de responsabilidad patrimonial predeclarada, con pretexto en defectos de cálculo o de previsión de la Administración licitadora.

Volviendo a la vis atractiva del artículo 106 CE para asumir los casos clásicos de responsabilidad patrimonial de la Administración por acto o actuación material y también los supuestos de la que hemos llamado responsabilidad normativa, es también más sencillo integrar los supuestos, dentro de la última categoría, de los actos normativos que afectan a situaciones subjetivas ya constituidas en las que incide la acción administrativa, a una situación de interés legítimo, en la precisa expresión de la doctrina italiana.¹⁴ Para esta conclusión ha de entenderse que la mayor parte de los casos referidos como limitación o intervención de derechos no pueden ser tratados como expropiaciones. No existe declaración de utilidad pública ni de necesidad de ocupación, ni se siguen diversas etapas características de las expropiaciones, ni se fija un justiprecio. Ni siquiera sería asimilable al supuesto de la expropiación de urgencia, ya que en este caso se exigen esos requisitos en todo caso.

La responsabilidad por acto o actuación y la responsabilidad normativa serían los dos grandes bloques de la responsabilidad patrimonial, junto al de la responsabilidad por riesgo. En la primera se podrían reproducir todos los requisitos que hemos estudiado, en cuanto el origen de la responsabilidad, sea el acto ilegal o la culpa, responde estrictamente a la descripción material de la acción. Se dicta una resolución denegando una licencia de obras de forma contraria a las Leyes. O bien, existe un bache en la carretera hace tiempo y se produce un accidente, que se considera unido causalmente a la existencia del bache y, antes, al funcionamiento de la unidad dirigida a repararlo. O se produce una actuación médica con infracción de la *lex artis* y un daño derivado.

Estos casos se caracterizan, además de por ser los típicos de lo que se conoce como responsabilidad administrativa, por constituir ejemplos de lesión de bienes o derechos causada en el ejercicio de la función administrativa, si bien quepa la duda de la inclusión en este grupo de la responsabilidad por ejercicio de la potestad normativa, admisible de acuerdo con el contenido del Arrêt La Fleurette, de 14 de enero de 1934. Es el supuesto normal, en

¹⁴ GALLI, R.: *Corso di Diritto Administrativo*, vol. II, 2011, pp. 1393 y ss.

que la secuencia de requisitos de la responsabilidad puede examinarse en su totalidad y la singularidad del daño suele ser lo habitual.

La expansión de la responsabilidad a las normas y más tarde a las leyes, que en Francia derivó del citado fallo, exige una transformación del sentido de la misma, entendida tradicionalmente. La modificación sobre el requisito del nexo causal es evidente, puesto que no se habrá identificado desde el primer momento al dañado, como en los restantes casos de responsabilidad, debiendo efectuarse una interpretación previa de mayor peso jurídico que la que se limita a constatar un daño y derivarlo de la esfera de responsabilidad del Estado. Aquí se sitúan, como antes ya hemos referido, casos como la redefinición de los límites de un derecho realizada con carácter general y que suponga su desnaturalización, lo que se plantea muy frecuentemente en materia urbanística, aunque no solo en esa materia, las grandes operaciones de demanialización, y las alteraciones del entorno legal de los sectores regulados, en relación esta última con los servicios de interés general.

La citada extensión de casos, que se produce en el marco de la doctrina sobre la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa en Francia, es coherente con la dicción del artículo 106.2 de la Constitución. Y ha de tenerse en cuenta que la norma constitucional no es una norma incompleta, ni que requiera ser desvirtuada para el esclarecimiento de su contenido y sobre todo de su garantía a los efectos del ciudadano. El artículo 106.2 de la Constitución es una norma de aplicación directa, como todas las normas constitucionales, no es una norma programática. Hay que partir de esa base, pues de otro modo se trasladaría a ese artículo una doctrina, sobre el derecho de configuración legal, que no es aplicable a una garantía como la incluida en el artículo 106.2 CE.

En el supuesto de responsabilidad por acto ilegal, es el propio acto el medio de causación del daño, lo que igualmente ha de tenerse en cuenta, pues en este caso el elemento que es más relevante es la contradicción del acto con el Derecho. No hay en este caso negligencia o infracción de los estándares, sino examen de la legalidad del acto, con arreglo a los criterios que ya hemos expuesto. Si analizamos la legalidad del acto como determinante de responsabilidad, no es un problema de culpa o negligencia.

En el caso de daños, personales o patrimoniales, causados con motivo de la intervención relevante de una Administración Pública, existe una intermediación entre la acción o la omisión administrativa y la lesión que hace aparecer la justificación de forma más inmediata, más obvia, en cuanto la integración del agente en la organización y la atribución del servicio o del control sobre el servicio a la Administración aseguran tanto la existencia de responsabilidad patrimonial como la imputación. Es en esos casos la falta del servicio o la falta personal cualificada determinan en primer lugar la existencia de responsabilidad y su imputación a la Administración que tiene atribuida la competencia, en las dos vertientes de la imputación, la correspondiente a la imputación de primer nivel o imputación en sentido estricto, y de la imputación de segundo nivel, o relación de causalidad. Juegan en este caso un papel esencial los criterios o estándares de funcionamiento, como objetivación de la imputación de segundo nivel, al poder ser una causa excluyente de la relación de causalidad.

Como tercera categoría, estarían los supuestos de actuación lícita –que incluye entre sus casos la problemática de los efectos negativos de las obras públicas en el entorno– y responsabilidad por riesgo, donde no hay ilicitud ni hay culpa o actuación culpable, por lo que debe existir otro título de indemnización, que debidamente analizado puede consistir en el sacrificio especial/deber de soportar, pues también en el caso del riesgo existe una distribución de cargas que no pueden afectar a uno solo.

Existiría una cuarta categoría, la responsabilidad normativa. Para justificar su integración bajo el concepto de responsabilidad patrimonial, en ese caso hay que fijarse en el concepto de lesión, pues es evidente que la forma de producirse la lesión es en este caso muy singular, por la forma de actuación administrativa –creación o modificación de normas– y por el órgano que es competente para ello.

Es cierto que esta es una clasificación, en función de la causa de la lesión y que hay otras clasificaciones muy útiles. Partiendo de ese concepto de imputación se ha distinguido entre un criterio objetivo en sentido estricto, un criterio objetivo circunstancial y un criterio culposo.

Dentro de los primeros, se ha situado como casos de responsabilidad cuasiobjetiva las revocaciones de actos administrativos por razones de mera

oportunidad, STS de 23 de mayo de 1995; los actos que imponen limitaciones a un concreto sujeto sobre derechos patrimoniales preexistentes, STS de 18 de diciembre de 1996; los daños derivados de la ejecución subsidiaria de actos administrativos de gravamen cuando los mismos sean anulados posteriormente, STS de 30 de abril de 1997; y las vías de hecho, STS de 19 de diciembre de 1996.

Dentro del criterio objetivo circunstancial se incluyen supuestos en que la obligación de reparar el daño depende de una valoración relativa al funcionamiento del servicio, es decir, a supuestos en que no hay responsabilidad objetiva como tal, aludiéndose como parámetros al estándar de funcionamiento de los servicios públicos y el riesgo inherente a su funcionamiento. En ellos se sitúa precisamente la diferencia entre imputación de primer nivel, o imputación en sentido estricto, e imputación de segundo nivel, o relación causal, muchas veces confundidas a diferencia del anterior apartado, en relación con las actividades prestacionales, las actividades materiales de ejecución de los actos administrativos y a la inactividad de la Administración, bloque al que se añade el criterio culposo de imputación.¹⁵

La diferencia entre estos casos es tan evidente que parece deducirse de ella que la ambición de la explicación de una responsabilidad patrimonial como concepto unitario exige un mayor esfuerzo que la clásica teoría de la responsabilidad por agente especial, a lo que cabe añadir las responsabilidades por aprobación de normas, especialmente el caso de la Ley, que además se deben estudiar siempre en conexión con una cuestión en principio tratada de forma separada en los manuales, la teoría de las intervenciones y limitaciones de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, en cuanto a lo que podría llamarse su vertiente indemnizatoria.

En la responsabilidad normativa, en cuanto suponga intervención o limitación de derechos privados, no es preciso que la norma sea ilegal. Esta es una diferencia esencial con la responsabilidad por ilegalidad, que además requiere otras condiciones que no se aplican tampoco al este tipo de

¹⁵ GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual Básico de Derecho Administrativo*. Tecnos, 2013, pp.634 y ss.

responsabilidad. Es una responsabilidad por acto lícito, es decir, por el ejercicio legítimo de una potestad, sea de la Administración o del Legislativo.¹⁶

Por otro lado, esta clase de responsabilidad, en cuanto interviene o limita derechos privados por medio de una disposición que así lo establece, no requiere de acto de ejecución, lo que igualmente la diferencia de la responsabilidad por acto, y tampoco se identifica con la responsabilidad por acto lícito a la que antes hemos hecho referencia, en la que tiene un papel preponderante la cuestión del deber de soportar. En este tipo de intervención lo relevante es la lesión entendida como causada directamente por la limitación normativa de los derechos e intereses legítimos, en cuanto tales, es decir, sin tener que alegarse la especialidad del sacrificio. Se trata de una forma de producción del daño, cualificada por la habilitación normativa que debe preceder a la actuación de la Administración. La particularidad consiste precisamente en esto, en que al margen de la ilegalidad de la norma, es la propia norma habilitante la que de una forma lícita causa una lesión de los derechos o intereses legítimos.¹⁷

En relación con las llamadas limitaciones, a las que se ha aludido en ambas clasificaciones, se ha sostenido que las mismas no son indemnizables, por lo que no serían un supuesto típico de responsabilidad. Pero este es un postulado que ha sido más afirmado que justificado, si se tiene en cuenta la correcta interpretación del artículo 106 de la Constitución.¹⁸

La norma constitucional se refiere a la responsabilidad por funcionamiento y en el mismo se incluyen formas de intervención, que deben estar siempre habilitadas por ley, y que suponen una restricción de las facultades típicas del derecho, sea el que sea, real u obligacional. Y en materia de lesiones o afecciones indemnizables puede observarse una evolución en paralelo a la ampliación de la responsabilidad de la Administración en una serie de fallos que, en la precisa expresión de Moreau, llevaron el sistema desde la responsabilidad excepcional por falta personal hasta la expansión del principio a múltiples facetas. —Arrêt Pelletier, Anguet, Blanco, Rohts-

¹⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Op. cit.*, pp. 361 y ss.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II. Civitas, 2015, pp. 417 y ss.

¹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Op. cit.*, pp. 177 y ss.

child, Tommaso Greco, Couitiéas, de especial importancia en supuestos de carácter anormal y especial del perjuicio, y Ville de Belfort.

La incidencia dañosa en el patrimonio del administrado, en relación con la integridad y suficiencia de su derecho, real u obligacional, puede ser objeto de limitación por las vías que señala Vignocchi: prohibición total, prohibición bajo reserva de autorización, con límites, y permisión con reserva de prohibición. Por tanto, la limitación del derecho puede no ser una expropiación, en su sentido de privación de las facultades del derecho, pero si supone una incidencia de ese tipo que no sea tan claro que no es indemnizable, como declaración previa.

La doctrina, incluso aceptando el principio de no indemnizabilidad de las limitaciones, referidas a derechos personales, incluso a derechos públicos subjetivos ha tenido que matizar rápidamente esta tesis, aludiendo a la necesidad de conformación a la Constitución de las debidas limitaciones, refiriéndose a los principios de intervención menos lesiva, proporcionalidad y congruencia. Así lo reconoce en el ámbito europeo la STJE de 11 de mayo de 2003, al abordar los límites, traspasados los cuales la responsabilidad del Estado sería indudable.¹⁹ La existencia de limitaciones no puede catalogarse de una sola vez, para descartar sin son o no son indemnizables, pero en todo caso una prohibición de acceso a una actividad o una modificación unilateral relevante del régimen jurídico que la regula por potestad del propio Estado, genera de forma indudable y con arreglo al artículo 106.2 de la Constitución un deber de indemnizar a título de responsabilidad.

La reconstrucción del artículo 106.2 es inevitable a la luz de las diversas manifestaciones de lesión indemnizable, desde la perspectiva de su origen o causa, a las que hemos hecho ya referencia, donde, a una clásica figura de responsabilidad de las reguladas en los artículos 1902 del Código Civil se han añadido causas de lesión nuevas, en referencia a un concepto de patrimonio, donde el origen de la lesión es más abstracto, menos inmediato. Esta diferencia con la responsabilidad civil es típica de la figura de la responsabilidad, que tal y como está configurada en la Constitución, (i) tiene un lugar diferente al de la expropiación forzosa y la garantía expropiatoria

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II. Civitas, 2015, pp. 115 y ss.

y (ii) asume un carácter cuasi universal en cuanto solamente exige la lesión y la conexión con el funcionamiento de los servicios públicos.

El rápido desarrollo de la responsabilidad normativa de las instituciones tiene una base firme en la referencia a la objetividad de la responsabilidad, es decir, a su desconexión con otra circunstancia que no sea la lesión y su vinculación con el funcionamiento de los servicios públicos, que es lo que dice el artículo 106 de la Constitución. Esta referencia es fundamental, porque los desarrollos legislativos y jurisprudenciales han de tener encaje, desde el punto de vista de la interpretación constitucional, con el mencionado artículo 106.2 en relación con el artículo 9.

Si bien la utilización de este término tiene que partir de que su uso más generalizado se encuentra en la normativa civil, puede indicarse que se trata de una responsabilidad por el hecho de existir la lesión, si bien los requisitos del cumplimiento de las condiciones de nexo causal y las relativas a la evaluación del daño como efectivo, directo e individualizable no se dispensan en absoluto. Las condiciones de objetivación se refieren a otros elementos de la responsabilidad, no a los mencionados, y admiten varios grados, es decir, no hay una oposición entre lo claramente objetivo y lo personal, entendiendo estos conceptos en la forma en que se hace en el Derecho Civil.²⁰

Naturalmente, esto no quiere decir que los requisitos exigidos para cada supuesto en que se puede apreciar el deber de resarcir la lesión sean en todo caso iguales. Como hemos visto a lo largo de estas páginas, esto no ha sido así. La diferencia en los supuestos de ilegalidad, incluida la inactividad, y los casos de incidencia de una norma en los derechos del ciudadano es evidente, como lo es la diferencia en la responsabilidad causada en el sistema prestacional de las Administraciones Públicas y el supuesto de la responsabilidad por aprobación de una norma reglamentaria que no sea ilegal. Todas estas clases se reconducen a un concepto unitario, inspirado en el artículo 106.2 de la Constitución.

²⁰ DE AHUMADA RAMOS, F.J.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*. Thomson Aranzadi, 2009, pp. 68 y ss. MUÑOZ QUIJOSA, M.A.: “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo”. *RAP*, nº 187, pp. 77 y ss.

Este concepto unitario toma sus propios fundamentos de la responsabilidad civil. El deber de responder obedece a la misma idea estructural que el que surge del ilícito civil extracontractual. No hay una responsabilidad de la Administración que difiera en su esquema lógico al que rige en Derecho Civil. Este es un punto de vista que no puede dejarse de lado, pues la solidez del ordenamiento jurídico deriva de la aceptación de identidades categoriales, sin ninguna duda. No cabe duplicar los entes sin motivo.

Sin embargo, a diferencia del esquema propio del Derecho Civil y a pasar de opiniones sobre responsabilidad de la Administración dadas por expertos en ese derecho, en el origen de esta última no existe solamente un daño causado, en la expresión del artículo 1902 del Código Civil, sino una actuación administrativa, utilizando este concepto en sentido amplio. Lo que ocurre es que debido a la existencia de una Administración Pública, o del Estado en su conjunto, las formas de causación son muy variadas y diferentes, en función de la pluralidad de medios con los que actúa la Administración y también de la existencia de agentes de la misma.²¹

La responsabilidad derivada de la norma, en cuanto tal, no la derivada del cambio o alteración de la norma, que en ocasiones se confunden, tiene como razón de ser la lesión de posiciones jurídicas patrimoniales ya existentes. A ello se refieren las normas urbanísticas al hablar de vinculación singular o de responsabilidad del planeamiento. Una vinculación singular indemnizable es una manifestación de la responsabilidad normativa y es la propia de la legislación urbanística. El artículo 48.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, bajo un epígrafe que se titula expropiación y responsabilidad, establece la indemnización en el caso de las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa. Se refiere este precepto a un caso en que se reconoce que la introducción de una vinculación en las referidas condiciones determina inexorablemente la obligación de indemnizar, y ha de entenderse que a título de responsabilidad, pues a los supuestos de expropiación se refieren en los preceptos anteriores.

²¹ PANTALEÓN PRIETO, F.: “Los anteojos del civilista. Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”. *Documentación Administrativa* n° 237-238, pp. 239 y ss, pp. 239 y ss.

No estamos hablando por tanto exclusivamente de construcciones doctrinales o jurisprudenciales, sino del reconocimiento en textos legales de la posibilidad de que una norma lícita puede atribuir responsabilidad a la Administración Pública en la que se emite en razón a su contenido incidente en situaciones jurídicas existentes y protegidas. La razón legal es la misma que señalábamos antes, al examinar las condiciones de la responsabilidad por hecho o acto lícito –pues únicamente cambia el que se trata ahora de una norma– podía generar responsabilidad aludiendo a la existencia de un sacrificio especial no incluíble en las cargas generales que un ciudadano debe admitir.²²

Esto obliga a considerar un nuevo aspecto de la objetivación de la responsabilidad, que se referiría no a las actuaciones de prestación material de las Administraciones Públicas –donde el estándar de funcionamiento o la negligencia plantearía un requisito semejante a la culpa y, para algunos autores, este criterio seguiría estando plenamente vigente– sino, fundamentalmente, a su función de intervención. Por tanto, existiría una diferencia estructural en los dos supuestos mencionados, referidos el primero a lo que hemos llamado lesión inmediata y directa, y el segundo a supuestos en que la norma, por su propia autoridad, incide en bienes o derechos del ciudadano, sin poder hablarse de una causalidad natural. En el supuesto de la responsabilidad derivada de una limitación nueva aprobada por una norma nos encontraríamos ante el segundo caso y en ella encontraría su plena justificación la referencia a la responsabilidad objetiva que parece establecer el artículo 106.2 de la Constitución.

Evidentemente, esto ensancharía los supuestos de lo indemnizable, en cuanto no haría falta constatar sino una reducción o eliminación del derecho previo a una acción o a una completa actividad, muy especialmente en los sectores que son objeto de una intensa regulación, habitualmente a través de la potestad reglamentaria. En estos casos se trataría de una intervención dirigida a garantizar el funcionamiento de determinados servicios o actividades, regulados en su totalidad en un conjunto, es decir, sometidos a un régimen jurídico que afecta al otorgamiento reglado de la autorización

²² MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes Administrativas. Manual y normas básicas*. Civitas, 2015, pp.383 y ss., refiriéndose a los supuestos de responsabilidad descartado el funcionamiento anormal.

previa y al desarrollo de la actividad autorizada, modo de intervención alternativo al caso de la asunción de la titularidad sobre la actividad o el servicio, típicos del servicio público clásico.

En estos supuestos no existe una intervención puntual o singular, sino la aprobación o la modificación de un régimen jurídico seccional, que afecta no a un servicio público clásico sino a una actividad económica, amparándose tal regulación en el interés general, calificado en bloque, de la mencionada actividad, como alternativa a la clásica publicatio del servicio, hoy técnica generalizada de intervención en la economía. Este régimen jurídico específico limita el derecho a la actividad de forma significativa, tanto en el derecho de acceso como en el derecho a la propia actividad y su rentabilización, y a todos esos aspectos se puede referir una responsabilidad no derivada de la ilicitud de la norma sino de su contenido licito. En todas estas intervenciones se produce esa doble delimitación, de acceso y de desenvolvimiento de la actividad, a través de una serie de requisitos que exceden en mucho el régimen general de desarrollo de una actividad económica.²³

Es evidente que en estos casos no puede traerse del viejo régimen del servicio público el sistema de responsabilidad, pues en ese régimen ha existido previamente una publicatio, una atribución de la titularidad del servicio por una Administración Pública que confunde la actividad con la propia del Estado, de tal modo que la referencia a la limitación indemnizable deja de tener sentido. Si la tiene, sin embargo, cuando lo que se sitúa en su lugar son los servicios económicos de interés general. Es por esta razón por la que en materia de responsabilidad patrimonial existen varios supuestos de lesión indemnizable –que no de imputación, como ya hemos visto– por lo que la generalización de una regla única sobre el origen de la lesión es difícil.

Si en el caso de actuaciones prestacionales la conexión con el mal funcionamiento/funcionamiento anormal es menos forzada, en la regulación esta incide de una forma unilateral sobre derechos previos a algo, a llevar a cabo una actividad concreta, a gestionar una empresa, entendido este concepto en sentido amplio. No hay aquí –al margen de la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma– una prestación mal cumplida, sino una norma emanada de una Administración Pública –o de las Cámaras, en el

²³ LAGUNA DE PAZ, J.C.: *Derecho Administrativo Económico*. Civitas, 2016.

caso de la responsabilidad del Estado Legislador— en que no hay una relación o contacto entre la Administración y el ciudadano²⁴ sino una impersonal actividad de fijación de los límites de una actividad no prohibida y que se ampara en la libertad de empresa reconocida en la Constitución.

Naturalmente, este aspecto se refuerza en el supuesto de que existiesen unas limitaciones que fueran a su vez aumentadas o agravadas, una vez el afectado hubiese confiado en el régimen jurídico dispuesto para la actividad. Pero aquí ya habría un problema de cambio normativo, no de la propia limitación en sí, que resultaría difícil de deslindar, pues dependería de si existía una regulación previa o no. En el primer caso se produciría un fenómeno de sucesión de normas reguladoras del sector o de la actividad, mientras que en el segundo estaríamos ante una limitación nueva, que incidiría sobre una situación de libertad y que, por tanto, afectaría a derechos o intereses ya existentes. Si bien en el primer caso habría que tener en cuenta lo dicho en un capítulo anterior, en el segundo la cuestión de la responsabilidad se desplaza a una lesión de derechos e intereses por una norma conforme a Derecho, que es justamente el caso de las más recientes reclamaciones por responsabilidad patrimonial.

El artículo 106.2 de la Constitución contiene una remisión a la legislación, es cierto, pero de esa remisión legal no se deduce que la responsabilidad que regula no sea objetiva, al menos en alguno de los casos mencionados. De manera semejante al Derecho alemán, existen casos de responsabilidad sin acto ilícito en que resulta muy difícil negar el carácter objetivo de la responsabilidad, al no poder identificar un acto ilícito o una actuación en infracción del estándar de funcionamiento de la Administración Pública y entre ellas se encuentran los ya citados y con una relevancia muy singular respecto al tipo de responsabilidad que estamos examinando, las disposiciones con carácter compensatorio sobre el contenido y límites del derecho de propiedad, en paralelo a la tesis del sacrificio particular, pero no confundidas con esta últimas. (*Ausgleichspflichtige Inhalts, Schrankenbestimmungen*).

Sería este el lugar apropiado para el estudio de la responsabilidad objetiva, junto al caso de la responsabilidad por creación de situaciones de riesgo o peligrosas, donde existen tres principios que fundamentarían esa

²⁴ GALLI, R.: *Corso di Diritto Administrativo*, vol II, 2011, pp. 1393 y ss.

atribución, el principio de ventajas y desventajas compensables, el principio de dominio sobre el riesgo, en claro correlato de otro tipo de dominio de carácter jurídico, y el principio de la aceptación implícita de la creación de riesgos.

Estas dos manifestaciones de la responsabilidad patrimonial no dependen de la acción u omisión de un agente, aunque este haya formado parte de la serie de hechos y actos, sino que solamente exigen la acreditación de la lesión y, aquí sí, la imputación a una Administración Pública, entendida como vinculación con la organización administrativa. En estos dos casos la responsabilidad derivaría de un principio superior, recogido en la Constitución y no sometido a la tesis de la necesaria configuración por el legislador, pues su reconocimiento sería inmediato a partir del texto constitucional. No siendo susceptible de incluirse en la garantía expropiatoria del artículo 33, pues no ha existido expropiación en sentido formal, y este es el único sentido en que puede existir, el recurso a la cláusula del artículo 106.2 en estos casos no requiere de la adición de un desarrollo legislativo, sino que el derecho a ser indemnizado en estos supuestos provendría exclusivamente del texto constitucional.

Existiría entonces y conforme a lo dicho una responsabilidad objetiva en los citados supuestos, que en los casos de cambio normativo conllevaría también el examen de la responsabilidad por este cambio, en cuanto a la infracción de los propios principios que la jurisprudencia del Tribunal Supremo destaca. No se podría extender esta conclusión a todos los supuestos que en la doctrina alemana o española se han agrupado bajo ese concepto común, pues únicamente en estos supuestos de estricta objetivación de la obligación de compensar el daño con el propio patrimonio –definición auténtica de la responsabilidad de cualquier tipo– se dan las condiciones para que la lesión de bienes y derechos se deshaga del requisito del llamado reproche culpabilístico y asuma la obligación citada sin otro requisito que la existencia de la lesión y la imputación a la actuación impersonal de la Administración o personalizada del agente.

En estos casos, existiría una lesión objetivable, que afectaría a un status, derecho, libertad o interés legítimo, que se limitarían por medio del ejercicio de la potestad legislativa o reglamentaria, sin que sea precisa la mediación de otro acto para consolidar la pérdida o restricción del derecho o libertad. La legalidad de la medida de intervención, sin embargo, no

excluye la existencia de responsabilidad, pues el propio artículo 106.2 no excluye de estos supuestos los actos conformes a la ley, y en las Leyes 39/2015 y 40/2015 la referencia al deber de soportar no puede identificarse con la legalidad del acto. Estos supuestos serían precisamente aquellos “perjuicios económicos graves y ciertos, que irroge al particular una Ley constitucional y no expropiatoria”, que pueden merecer algún genero de compensación. (SSTS de 15 de julio y 25 de septiembre de 1987), sobre la base del Fundamento Jurídico vigésimo segundo de la STC 108/1986, referencia en la que no puede advertirse la presencia de un deber de soportar, que quedaría en ese tipo de perjuicio grave absolutamente excluido.

Naturalmente, esta versión del artículo 106.2 CE es determinante de una nueva explicación sobre la teoría de las limitaciones de libertades y derechos, que se estudia actualmente de forma separada en los manuales de Derecho Administrativo, como si estuviese desligada de la responsabilidad, cuando, como hemos tratado de justificar, forma una parte esencial de la aplicación del citado artículo, junto con la llamada responsabilidad por riesgo o por creación de riesgo. Una lectura del artículo 106.2 que tiene que entender no aplicable la doctrina de la determinación de la responsabilidad en el marco de lo que establezca la ley, como se ha sostenido por autores que han entendido una referencia a un procedimiento como si fuera una referencia a la determinación de los supuestos de responsabilidad. En ese caso, de seguirse esa teoría, el artículo 106.2 en realidad no sería vinculante y la responsabilidad sería regulada por la Ley o el Reglamento.

En el caso de esos daños graves y ciertos es donde se plantea el problema de la objetivación en sentido estricto. En los demás casos, hay ilegalidad, inactividad contraria a derecho, daños incidentales derivados de una actuación lícita, negligencia o funcionamiento anormal. En el caso de la incidencia de la norma dictada conforme al procedimiento establecido no hay ninguno de esos factores de conexión con el elemento culpabilidad o negligencia. Hay una norma que causa un perjuicio grave a una persona, o a una clase identificable de personas y ese perjuicio es indemnizable por la aplicación directa del artículo 106.2 de la Constitución, precisamente en virtud de su contenido y en coherencia con la cláusula de Estado de Derecho.

Suponer por el contrario que existe siempre un deber de soportar en función de la presunción de legalidad del acto es confundir una presunción con

una certeza, la de causación de un daño sin más. El deber de soportar no puede ser utilizado como un concepto jurídico indeterminado, que se aplique en cuanto el ámbito subjetivo de aplicación de la norma afecta a varias personas. El deber de soportar no deriva de la existencia de múltiples perjudicados, ni del mutismo de la norma sobre la indemnización. De existir, en primer lugar ha de ser probado, y en segundo lugar, ser de aplicación al caso que se plantee. No hay un título genérico de habilitación al Estado para intervenir sin pagar que consista en una referencia indirecta al ejercicio sin límite de potestades soberanas, concepto que hoy día está completamente superado.

Replantear la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas sobre la interpretación del artículo 106.2 de la Constitución supone, como el lector habrá advertido, abrir el camino para discutir la tesis de la no indemnizabilidad de las limitaciones de status, derechos o libertades. Pero también obliga a desarrollar dominios enteros de la responsabilidad, como la responsabilidad por riesgo o las lesiones a bienes no patrimoniales, hoy día tan frecuentes, supuestos en que el valor explicativo de la fórmula abierta del artículo 106.2 CE es innegable.

En todo caso, la responsabilidad por ley o norma reglamentaria tiene elementos evidentes de objetivación, al subrayar el carácter mediato de la acción sobre el bien lesionado y la cobertura que otorga la presunción de legalidad y el correlativo deber de impugnar las disposiciones y resoluciones administrativas, cuestión que si bien ha sido tratada con frecuencia, no es todavía objeto de un tratamiento de conjunto. La relación entre el recurso contra el acto y la exigencia de responsabilidad por el daño causado por el acto, de mucha importancia para la resolución de los problemas que se plantean con frecuencia, es una cuestión que afecta al límite de los dominios de la ilegalidad y de la responsabilidad, a los que se refirió, en un supuesto de reconocimiento de la indemnización, la STS de 29 de febrero de 2000, distinguiendo entre anulación y declaración de responsabilidad.

Es también evidente que la Ley puede lesionar derechos e intereses legítimos en base a este apartado que estamos estudiando, de plena objetivación, sin que tenga que ser inconstitucional o ser declarada inconstitucional. Esto es evidente y lo es a pesar de la redacción del artículo 32 de la Ley 40/2015. La cláusula específica del apartado 3 del artículo 32 no deroga para esos casos la aplicación del apartado 1, es decir, este funciona en la norma

como cláusula general de responsabilidad. La responsabilidad del Estado legislador se estaría refiriendo a una causa singular, no a todos los casos. Y uno de esos casos sería el ya mencionado de perjuicios económicos graves y ciertos, que irroge al particular una Ley constitucional y no expropiatoria, que pueden merecer algún genero de compensación. (SSTS de 15 de julio y 25 de septiembre de 1987).

Estos supuestos no son excluibles por una Ley, porque la garantía constitucional de artículo 106.2 los incluye. Y partiendo de la base del carácter formal del procedimiento expropiatorio, en cuanto sin la forma no existe tal expropiación, sería en sede de responsabilidad donde situar la respuesta a leyes expropiatorias que no hagan referencia a la indemnización o que la practiquen en la propia ley de forma taxativa y cerrada, o que, abordándola omitan el principio de proporcional equilibrio al que se refiere la doctrina, pues la garantía jurisdiccional es siempre exigible y esa garantía exige la posibilidad de que un órgano judicial examine la adecuación y suficiencia de la indemnización.²⁵

Existe una cierta tendencia a dividir el régimen jurídico de las limitaciones entre expropiación y responsabilidad, en buena parte acentuadas tras la referencia de las leyes de régimen jurídico y procedimiento a la ley expropiatoria. (Actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos). No obstante, la existencia de una expropiación en sentido técnico requiere de un procedimiento, como puso de manifiesto el Decreto-ley que expropió las acciones de Rumasa, donde el propio dictado de la norma contenía y reproducía el esquema de la Ley de Expropiación Forzosa, siendo este un caso muy singular en que la norma se ceñía a la idea y al procedimiento expropiatorio. De no existir ese uso de los trámites de la expropiación tal y como es definida con toda claridad en la legislación vigente, se trataría de un supuesto de responsabilidad, no de expropiación o figuras similares.

Por tanto, la vía que conduce a la limitación no puede ser calificada como expropiatoria. Ni hay declaración de expropiación –lo que en un procedimiento que hemos calificado como formal es imprescindible– ni hay

²⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Op. cit.*, pp. 82 y ss, recogiendo las críticas de García de Enterría a los argumentos del Tribunal Supremo sobre la admisibilidad de la indemnización en estos casos.

referencia a la utilidad pública o al interés social, ni se declara la necesidad de ocupación, ni se fija el justiprecio. Simplemente se redefine el contenido esencial de un derecho, suprimiendo algunas o todas las facultades que lo integran, sin añadir más, o en otros casos, se impide o dificulta una actividad, incluso en algún caso declarando su titularidad del Estado. En todos estos casos, no puede advertirse actividad expropiativa, precisamente por el carácter formal del procedimiento expropiatorio, aunque es evidente que se producen lesiones en derechos y libertades preexistentes, cubierta por la propia cláusula de garantía patrimonial del artículo 106.2 CE.

Esa conclusión deriva directamente de la interpretación del artículo 106.2. La referencia o remisión a la regulación por ley no puede invalidar el efecto de garantía de la norma. No se dice que la responsabilidad por funcionamiento, en el sentido que le hemos dado de causa de una lesión indemnizable, sea exigible en los términos de la norma legal, pues en ese caso el enunciado del artículo sería una simple norma de remisión, normas que tienen otra estructura. La forma de expresión del referido artículo 106.2 no es una fórmula de remisión, que faculta a la norma remitida a hacer efectiva la norma constitucional, sino que la citada norma remitida tiene que partir de la base de que tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, bajo la única condición constitucional de que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Este principio de interpretación de la responsabilidad patrimonial, incluso la que se pueda deducir de una ley, puede contribuir a contrarrestar una tendencia contraria a la de la responsabilidad objetiva, precisamente por los excesos de su inicial e incorrecta formulación, que excluye al Estado de responsabilidad aunque exista lesión, entendida como perjuicio antijurídico, alegando incluso razones pragmáticas de protección de las arcas del Estado. Esta nueva tendencia ha ido socavando el principio establecido en el artículo 106.2 de la Constitución, que no estaba solo, sino que venía a constitucionalizar lo que era una tendencia en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés hacia la extensión de los supuestos de lesión –o perjuicio antijurídico– causados, directa o indirectamente, por el Estado.

BIBLIOGRAFÍA:

- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: “El respeto a los derechos adquiridos”. *Documentación Administrativa*, nº 263-264, pp. 137 y ss.
- CASTILLO BLANCO, F.: *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*. Marcial Pons, Madrid, 1998.
- CASTILLO BLANCO, F.: “El principio de seguridad jurídica: especial referencia la certeza en la creación del derecho”. *Documentación Administrativa*, nº 263-264, 2002, pp. 21-72.
- CRAIG P.: *Administrative law*. Sweet and Maxwell, 2016.
- DE AHUMADA RAMOS, F. J.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*. Thomson Aranzadi, 2009, pp. 68 y ss.
- GALLI, R.: *Corso di Diritto Administrativo*, vol. II, 2011.
- GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual Básico de Derecho Administrativo*. Tecnos, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II. Civitas, 2015.
- GARRIDO FALLA, F.: “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992, y en la sentencia del Tribunal supremo de 30 de noviembre de 1992”. *REDA*, nº 77, 1993, pp. 125 y ss.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad de las Administraciones Públicas*. Civitas, 2016.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.: *Derecho Administrativo Económico*. Civitas, 2016.
- LÓPEZ MENUDO, F. J.: *El principio de irretroactividad de las normas jurídico-administrativas*. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982.
- MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes Administrativas. Manual y normas básicas*. Civitas, 2015.
- MUÑOZ QUIJOSA, M. A.: “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo”. *RAP*, nº 187, pp. 77 y ss.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: “Los anteojos del civilista. Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”. *Documentación Administrativa* nº 237-238, pp. 239 y ss.
- RUIZ LÓPEZ, M. A.: *Retrospectiva y alcance actual de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador*. Disponible en: <http://portal.uned.es/>.