

Responsabilidad del Estado legislador y poder legislativo autonómico

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS TÍTULOS COMPETENCIALES DEL ESTADO PARA LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 139.3 DE LA LRJAP-PC. 1. La acuñación de la teoría de la responsabilidad del Estado legislador y el papel de la Administración Pública en la misma. 2. La presencia de la Administración Pública en el supuesto de responsabilidad del poder judicial. 3. El alcance de los actos de aplicación de las Administraciones Públicas en el 139.3. III. CONSECUENCIAS DE LA POSIBLE INSUFICIENCIA DEL TÍTULO COMPETENCIAL ESTATAL. 1. Leyes de delimitación de derechos que causan lesión a los particulares. 2. La limitación del legislador autonómico para regular su propia responsabilidad.

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento en el artículo 139.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJAP-PC) de la responsabilidad por actos de aplicación de Leyes no expropiatorias supuso la introducción en nuestro Derecho de un cierto reconocimiento de la doctrina de la responsabilidad del Estado legislador de origen básicamente doctrinal. Si, por una parte, el artículo suponía otorgar carta de naturaleza en nuestro Derecho a la responsabilidad derivada del ejercicio del poder más próximo a la soberanía, como es el poder legislativo, por otra se hizo merecedor de críticas que entendían que el artículo ponía, en realidad trabas y limitaciones al reconocimiento constitucional en el artículo 9.3 de la responsabilidad de los poderes públicos.

Dejando de lado, por el momento, la polémica en torno al alcance y sentido del nuevo artículo 139.3, el objeto del presente artículo se centra en la cuestión relativa al título competencial del Estado para, en trance de elaborar una ley exhibiendo como título justificador el 149.1.18, abordar el tema de la responsabilidad del legislador, ya sea éste el estatal o el autonómico. La reflexión sobre esta última cuestión —los títulos competenciales para hacer una

* Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III.

regulación de esta cuestión— ha quedado oscurecida por el mayor brillo y relevancia que presenta la primera —la correcta o incorrecta regulación de tal responsabilidad—. Sin embargo, reviste cierta importancia determinar si realmente el Estado puede, invocando el artículo 149.1.18 de la Constitución, regular la responsabilidad de la Administración Pública por actos y lesiones que no tienen su origen en ésta, sino en el poder legislativo. De no admitirse el título estatal para hacer tal regulación correspondería a las Comunidades Autónomas determinar el alcance y consecuencias de los daños que para los particulares se derivase de la propia legislación autonómica.

La primera parte de este trabajo se dedica entonces al análisis de los títulos competenciales exhibidos por el legislador estatal para hacer la regulación que se contiene en el artículo 139.3 citado (II) para, a continuación, analizar, una vez constatado que no resulta evidente en todos los supuestos el título competencial que ejerce el Estado, las posibilidades —y también las limitaciones— que se le presentan al legislador autonómico para hacer la regulación correspondiente (III).

II. LOS TÍTULOS COMPETENCIALES DEL ESTADO PARA LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 139.3 DE LA LRJAP-PC.

El artículo 1.º de la LRJAP-PC establece el objeto de la Ley 30/1992 sin hacer en el mismo artículo, ni en ninguna disposición adicional, mención alguna a la diferencia de redacción que se contiene en el artículo 149.1.18 de la Constitución, en relación con los distintos títulos competenciales que se recogen en los diferentes incisos de dicho número de la norma suprema, que pretende desarrollar la Ley 30/1992.

El legislador en este caso, a diferencia de lo que ha hecho en otros (valga como ejemplo la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas sobre función pública, en cuyo artículo 1.3 se distinguía entre los distintos preceptos de la Ley en función de su naturaleza básica o no o, también, la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas en cuya disposición final primera se delineaban los preceptos que tenían carácter básico y los que no) no ha distinguido la distinta naturaleza de los preceptos en función de los títulos que se desarrollaban para dar un distinto alcance a los correspondientes artículos.

En la LRJAP-PC, por el contrario a pesar de la diferencia de redacción de los títulos competenciales del precepto constitucional que le sirve de soporte, sólo en la exposición de motivos puede encontrarse una explicación de la valoración que al legislador le merece tales diferencias de redacción. En todo caso, en lo que se refiere a la responsabilidad de las Administraciones Públicas que es el tema objeto de la presente reflexión, el apartado XV de la exposición de motivos se limita a dedicar unas breves líneas —a diferencia de lo que hace cuando trata el título procedimiento administrativo común— para justificar el desarrollo que hace de la previsión constitucional acerca del sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.

Esa constricción a la responsabilidad de un sujeto, las Administraciones Públicas, así como la utilización de un concepto «sistema» parece mostrar una

voluntad del constituyente de limitar el alcance de la competencia del legislador estatal en materia de responsabilidad. Sería sólo «el sistema» —la cuestión consistiría en determinar hasta dónde llega el concepto de sistema frente al concepto más aquilatado de «bases»— lo que pertenecería al título estatal y, sobre todo, se trataría de restringir la competencia del legislador estatal a lo que se refiere a las Administraciones Públicas y sólo a ellas.

Es verdad que el artículo 139.3 de la LRJAP-PC regula, precisamente, las Administraciones Públicas como sujetos obligados a indemnizar a los particulares y lo hace por razón de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria. Parecería entonces que el legislador se está limitando a regular lo previsto por la Constitución: la responsabilidad de las Administraciones Públicas. Falta sin embargo por saber si, propiamente, estamos hablando de una responsabilidad de las Administraciones Públicas o más bien, en frase ya acuñada por la doctrina, de una responsabilidad del Estado legislador o —en forma más amplia para comprender también a las Comunidades Autónomas— del poder legislativo en general, sea éste estatal o autonómico.

O hablamos de la responsabilidad del legislador —sea éste el Estado o sean las Comunidades Autónomas— o hablamos de la responsabilidad de las Administraciones Públicas. Si el origen de la responsabilidad está en el legislador sólo a él parece que le puede ser imputable y puede dudarse de si la misma le puede ser imputada propiamente a la Administración por los actos de aplicación de una norma; actos que no son la causa de la lesión, puesto que ésta puede encontrarse en la norma misma que es, ella misma, la que determina la lesión indemnizable y no propiamente su aplicación por la Administración. Otra cosa es que convenga organizar la respuesta a tal responsabilidad atribuyendo alguna participación a la Administración Pública que ejecuta o aplica la Ley. Ahora bien, la cuestión es si el Estado puede hacer esa regulación no sólo para su propio ámbito, sino también para el de las Comunidades Autónomas, sobre la base de un título —el 149.1.18— que le autoriza a regular el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, lo que implica que la responsabilidad debe existir no porque lo diga el 139.3, sino porque la naturaleza de las cosas permite reconocer a una Ley como origen real de una lesión a los particulares.

Si es el legislador el que causa un daño, entonces no es la Administración la responsable, ni por tanto, podría legislarse por el Estado sobre una responsabilidad de las Administraciones que en puridad no existe. A menos que se piense que el acto de aplicación o ejecución de una norma que causa el daño es una forma de participar en su producción. De ese modo se supondría que no sólo el legislador estaría en el origen de la lesión, sino también el Ejecutivo al aplicar la Ley. Sin embargo no parece completamente ajustado pensar en la idea de una concurrencia de responsabilidades del poder legislativo y de la Administración Pública siempre que ésta aplique las normas del legislativo. Sin descartar que esta situación pueda darse en los supuestos a que luego se hará referencia —que serían los únicos a los que podría entenderse que puede contraerse el 139.3— más bien parece que de lo que aquí se trata es de la responsabilidad por actos del legislativo respecto de los cuales a la Administración Pública no le queda ningún margen de maniobra, salvo el de respetar y aplicar la Ley.

De lo que se trata, en suma, en este momento es de averiguar si el poner por delante a la Administración Pública como sujeto pagador de indemnizaciones justifica ya, sin más, que estemos justamente ante un supuesto de responsabilidad administrativa, propiamente dicha, para cuya regulación el artículo 149.1.18 presenta títulos más que suficientes o si por el contrario la cuestión no es cómo el legislador estatal quiere organizar la respuesta a la responsabilidad del legislador —encargando por ejemplo a la Administración Pública para que tramite el pago de las indemnizaciones a que haya lugar— sino si tiene título para imponer la regulación de la responsabilidad de los legislativos autonómicos con el argumento de que tal responsabilidad deriva al final en una obligación de pago para las Administraciones Públicas. Se trataría también de ver si este planteamiento no supone una inversión del proceso de comprobación —*quod erat demonstrandum*— de que estamos ante un supuesto de responsabilidad administrativa que por poder encajarse dentro del sistema general de responsabilidad de las Administraciones Públicas compete regular y desarrollar en exclusiva al Estado; inversión que consiste en que la responsabilidad del legislador se le imputa a la Administración, no en función de la intervención de la Administración en la cadena causal natural, sino en función de una imposición del legislador; de una imposición de la propia Ley 30/1992 que justificaría sus títulos para esa regulación en la invocación de que esta regulando la responsabilidad de las Administraciones Públicas, pero no una responsabilidad antecedente y preexistente a la propia regulación de la Ley 30/1992, sino una responsabilidad impuesta por la propia Ley últimamente citada.

Para la comprensión de esta cuestión no puede prescindirse de la carga dogmática y doctrinal a la que pretende dar respuesta el artículo 139.3 de la LRJAP-PC. La cuestión arranca de una tensa polémica entre Duguít y Carré de Malberg a propósito precisamente de la responsabilidad del legislador por los actos de naturaleza legislativa. La polémica teórica tuvo pronto respuesta jurisprudencial en la doctrina del Consejo de Estado francés. Se hace preciso examinar en qué medida el resultado de la polémica ha condicionado la configuración doctrinal de la solución al problema de la responsabilidad del Estado legislador. Cómo se ha presentado históricamente esa doctrina (1) y también en qué medida ese condicionamiento histórico ha pesado en las soluciones que en nuestro derecho positivo se han dado al tema de la responsabilidad de los poderes públicos (2).

1. La acuñación de la teoría de la responsabilidad del Estado legislador y el papel de la Administración Pública en la misma

Fue León Duguít, fundamentalmente, quien introdujo la idea de la responsabilidad del Estado legislador al montar su concepto del Estado sobre base distintas de las tradicionales. Frente a la idea de «poder» o «imperio» derivado de la soberanía contrapuso la idea de servicio —de servicio público— como criterio para construir el Derecho público sobre nuevas bases. Al hacerlo también dejaba sujeto al Poder al Derecho; sujeto un poder que, tradicionalmente, se consideraba inmune a la idea de responsabilidad. Si no es el poder de

imperio o de mando lo que justifica el Derecho público, sino que es la idea de servicio lo que explica las prerrogativas de que se rodea el poder, entonces se abre un campo inmenso de posibilidades, no sólo para dotar de sentido al uso de las prerrogativas, sino también para exigir la responsabilidad cuando se producen con un manifiesto exceso de poder. Si el poder no se explica en obsequio a la pura facultad de mando de una persona o de una institución dotada de prerrogativas casi sobrenaturales que descansan en la historia o en Dios, sino que se monta en la idea de que tales prerrogativas se legitiman en cuanto cumplen una función al servicio de los particulares, entonces, inmediatamente, surge la idea de un Estado garantizador de los derechos de los particulares y asegurador de sus bienes y derechos. De un Estado que justamente encuentra en esa garantía su razón de ser y sus prerrogativas. En esta última perspectiva nada más lejano a ese papel y función del Estado asegurador que el de la consagración apodíctica del dogma de la irresponsabilidad del legislador. Las tesis de Duguit fueron combatidas por diversos autores y en este punto de la responsabilidad muy especialmente por Carré de Malberg, aunque pronto encontraron eco en la jurisprudencia del Consejo de Estado en cuyo *arrêt La Fleurette* de 14 de enero de 1938 vino a dar la solución al modo de hacer responsable al legislador.

La dificultad con que tropezaba el Consejo de Estado era la de cómo él mismo podría sustraerse al imperio de la Ley sometiendo a juicio al legislador mismo. La solución vino de la mano de entender que frente a la doctrina tradicional de que el silencio del legislador en torno a la obligación de indemnizar suponía la presunción de que se había descartado toda indemnización, por el contrario ante la existencia de un sacrificio especial, de una carga que no incumbe normalmente al particular, debe presumirse que el legislador ha querido atenerse a los principios generales e imperativos del derecho. Por tanto, que el silencio del legislador debe ser interpretado como no excluyendo la obligación de indemnizar por los sacrificios especiales o cargas que se le imponen al particular, que debe entenderse, así que han de ser soportadas por la colectividad.

La idea tradicional del silencio del legislador como excluyente de la indemnización, se traduce en la posibilidad de demostrar que tal silencio implica, más bien, la aceptación de la obligación de indemnizar cuando se dan determinadas circunstancias como la existencia de un sacrificio especial, ausencia de relevante interés general o existencia de una lesión anormalmente grave de los derechos de los particulares.

Desde el *arrêt La Fleurette*, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, aunque con altibajos y de forma algo restrictiva, no ha hecho sino consolidarse hasta llegar al *arrêt Bovero*.

El recordatorio de esa evolución doctrinal y jurisprudencial no sirve, sin embargo, para otro fin que el de poner de manifiesto la dificultad con la que tropezó el Consejo de Estado francés en orden a no enjuiciar al poder legislativo, sino más bien a interpretarle. El Consejo de Estado no se pronunciaba sobre la existencia de una «faute» del poder legislador desencadenante de su responsabilidad, sino que más bien apreciaba —interpretándola— la existencia de una voluntad deliberada de indemnizar a los particulares por los menos-

cabos que pudieran sufrir en sus bienes o derechos con motivos de las decisiones legislativas.

Con esta finta el Consejo de Estado evitaba el escollo fundamental levantado por Carré de Malberg consistente en la idea de soberanía del poder legislativo. La hábil finta del Consejo de Estado conseguía así poner en suerte el toro de la responsabilidad del legislador. Pero en realidad lo hacía mandando al legislador a los corrales y sacando a la plaza al sobrero que no era otro que la Administración Pública. Repentinamente lo que era responsabilidad del Estado legislador, en realidad se había transformado en obligación de indemnizar de la Administración que no había interpretado correctamente el alcance de la Ley. Ésta le obligaba a indemnizar sin que la Administración lo supiera. Era, pues, una cuestión no tanto de responsabilidad del legislador, sino de responsabilidad de la Administración extracontractual o legal, pues quedaba obligada a indemnizar por el daño producido.

No es que el legislador causara una lesión y que ésta tuviese que ser reparada con base a la teoría general de la responsabilidad extracontractual o sobre la base del principio de la prohibición del enriquecimiento sin causa, sino que el legislador mismo se suponía que había previsto la obligación de indemnizar. No había, pues, responsabilidad incidental por una decisión del legislador, sino derecho a exigir de la Administración el pago de la compensación que el legislador había previsto, aunque fuese de manera tácita.

En todo caso el hecho desencadenante de la lesión no puede desconocerse que estaría en la propia decisión del legislador en la mayor parte de los casos. Era la decisión de este último —en el caso *La Fleurette* la prohibición de fabricar determinados productos tradicionalmente efectuada con la leche o derivados, con productos de origen vegetal— lo que directamente colocaba a los particulares que venían dedicándose a esa actividad en la situación de tener que cerrar sus negocios. A la Administración, en realidad, no le quedaba margen alguno de decisión. Si se había prohibido la fabricación a base de derivados vegetales, de productos tradicionalmente realizados a partir de la leche, a la Administración no le quedaba margen alguno de actuación. La prohibición estaba en la decisión legislativa y ésta era la causante de la lesión. Desde luego es posible que la Administración Pública fuese la obligada a pagar a los lesionados por la medida legislativa, pero eso no supone sino introducir en la Administración en la última fase de la decisión legislativa: la de compensar el daño producido por aquella decisión del legislador.

La decisión de introducir a la Administración en la última fase de un proceso, no autoriza, probablemente, a confundir la parte que juega la Administración con el todo del origen y núcleo esencial de la responsabilidad por la lesión producida. La sinécdoque es la figura consistente en tomar la parte por el todo y el todo por la parte. Pues bien, parecería que en estas condiciones estaríamos ante una responsabilidad sinecdocal de la Administración, en el sentido de que la intervención de ésta a la hora del pago —que no representa sino una parte del proceso de indemnización y no el más relevante desde el punto de vista del origen de la lesión— se erige en la única responsabilidad de la que se habla, cuando ésta tiene su origen propiamente en la actividad legislativa.

2. La presencia de la Administración Pública en el supuesto de responsabilidad del Poder Judicial

Llama la atención frente a la construcción realizada por el Consejo de Estado francés, que soluciona el problema transformando la responsabilidad del legislador en una responsabilidad legal o extracontractual de la Administración, el hecho de que en punto a la responsabilidad del Poder Judicial proclamada en el artículo 121 de nuestra Constitución el desarrollo del precepto constitucional realizado en nuestro país por la Ley Orgánica del Poder Judicial da lugar a la presencia de la Administración en el proceso de indemnización, pero no transforma la responsabilidad del Poder Judicial en una responsabilidad de la Administración propiamente dicha. Ésta podrá estar luego sujeta o no a la impugnación de sus decisiones y la suerte de tal impugnación de sus decisiones dependerá de la resolución que finalmente tomen los tribunales contra las decisiones administrativas denegatorias de la procedencia de indemnizaciones a los particulares. Pero en todo caso no se pierde conciencia del origen de la responsabilidad que no está en la decisión de la Administración de pagar o no pagar, sino en el error judicial o el mal funcionamiento de la Administración de Justicia que da lugar a la acción iniciada por los particulares. El artículo 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, encauza hacia el Ministerio de Justicia la tramitación de las reclamaciones que tienen su origen en un error judicial declarado o en el mal funcionamiento del Ministerio de Justicia. La presencia de la Administración en el proceso de determinación de la obligación o no de indemnizar no transforma la naturaleza de la responsabilidad, que no es una responsabilidad de la Administración, sino una responsabilidad del Poder Judicial aunque sea la Administración la encargada de comprobarla, tramitarla y de pagarla.

3. El alcance de los actos de aplicación de las Administraciones Públicas en el 139.3

En el caso *La Fleurette*, y en otros supuestos en que se produce la prohibición de una actividad que antes de la decisión legislativa era plenamente libre, no cabe duda de que es la decisión del legislador la que está en origen de la limitación del derecho de los particulares. Lo mismo ha ocurrido en otras decisiones a propósito de la declaración como servicio público de actividades que antes estaban en el sector privado. El Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, en su artículo 98 dispone a esos efectos que cuando en ejecución de lo dispuesto en el artículo 86.3 de la Ley de Bases de Régimen Local, de 2 de abril de 1985, el Pleno de la corporación decida ejercer en régimen de monopolio una actividad que hasta entonces era libre el acuerdo que se adopte a tal efecto «llevará aneja, cuando requiera la expropiación de empresas, la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes afectos al servicio».

En el caso previsto en el artículo 98 citado no es el legislador el que prohíbe directamente una determinada actividad, sino que tanto la Ley básica de

régimen local, como el texto refundido de la legislación de régimen local, dejan en manos de la Corporación la iniciativa de prestar un servicio en régimen de monopolio. Hay, por tanto, en esos supuestos un acto propio de una Administración Pública que, aún amparado por la Ley, no se impone directamente desde la Ley. En ese supuesto es evidente que es el acto de la Administración el origen inmediato de la lesión que sufren los particulares; lesión que no está impuesta de forma necesaria desde la Ley misma. Es la Administración la que concreta las posibilidades de la Ley y la que determina la lesión que sufren los particulares y por ello es la Administración que ha tomado esa decisión la que tiene que compensar adecuadamente a los particulares por la vía de la expropiación, como prevé el artículo 98 citado del Real Decreto Legislativo 781/1986. En ese supuesto sí podría admitirse que el legislador estatal establezca una regulación como la del 139.3, pues en él si existe posibilidad de imputar a las Administraciones públicas algún tipo de responsabilidad.

Otra cosa sucede en los supuestos en que sea el propio legislador el que nacionaliza, reserva el sector público o prohíbe una determinada actividad que hasta entonces era lícita. Prescindiendo de la existencia de actividades que impliquen algún tipo de riesgo para la salud o en cuya prohibición puedan concurrir razones de relevante interés general que justifiquen la prohibición (perjuicios para el medio ambiente, riesgos para la colectividad de todo tipo, etc.), cuando es el legislador el que impide el ejercicio directo de una actividad, los actos posteriores de la Administración —dando cumplimiento a las decisiones del legislador o vigilando que efectivamente no se desarrolle la actividad o no se comercializan determinados productos prohibidos— no puede considerarse un acto de aplicación de la norma en que la Administración tenga ningún margen de maniobra para tomarlo o no tomarlo. Ejemplos de ello tenemos en nuestro propio derecho con la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, que impidió la actividad de aseguramiento privado de los accidentes laborales. Era el propio legislador el que impedía el desarrollo de una actividad que hasta ese mismo momento era perfectamente lícita y posible, aunque razones de interés general pudiesen explicar la regulación de tal aseguramiento de una forma diferente.

Como se ve los supuestos pueden ser muy diferentes. La ampliación de la zona de protección colindante con una carretera puede determinar que las posibilidades edificatorias de los terrenos colindantes se vean mermadas. La situación que se produce, sin embargo, puede ser muy diferente, según estemos hablando de una carretera de nueva construcción posterior a la modificación legislativa, en la que deberá ser objeto de expropiación no solamente los terrenos necesarios para la carretera, sino los afectados por las servidumbres correspondientes y la situación de la carreteras existentes con anterioridad a la promulgación de una Ley que amplía la zona de protección de la misma. Se trata, pues, de situaciones diferentes y en ese sentido podría pensarse que el artículo 139.3 abre la posibilidad de distinguir entre distintos tipos de actos de la Administración que pueden generar responsabilidad.

De una parte aquellos supuestos de actos en los que en su aplicación la Administración no se limita a vigilar o inspeccionar la observancia de la Ley, sino que establece el presupuesto de hecho que determina el desencadena-

miento de los efectos de la norma; por ejemplo decide hacer una carretera, allí donde la Ley nada podía establecer acerca de por dónde iba la carretera, limitándose a ampliar con carácter general la zona de protección de la carretera en la que no se puede edificar. Aquí es la decisión administrativa la que provoca la eventual restricción de derechos de los afectados.

De otra parte, aquellos supuestos en que el legislador agota todos los efectos de la regulación y determina su alcance: por ejemplo cuando prohíbe el aseguramiento de accidentes laborales. A la Administración no le queda ningún margen de determinación de los supuestos comprendidos en la prohibición; otra cosa es que tenga que inspeccionar, vigilar o incluso sancionar a quien no observe la norma. En estos casos a la Administración no le cabe margen alguno para apartarse de la norma o modificar su ámbito de aplicación. No resultaría procedente entender que los actos de inspección de la Administración para que se cumpla una Ley prohibitiva son la causa de la lesión que consiste en la prohibición misma.

Habría así que distinguir entre unos supuestos y otros, pues en los segundos difícilmente puede hablarse de una Administración responsable directa o indirectamente de las lesiones causadas por el legislador.

No es nuestro propósito, en este momento, entrar en estas cuestiones, por demás interesantes acerca del papel reservado a la Administración en los actos de aplicación de la Ley. Se trata más bien en este punto de determinar que la presencia de la Administración como pura pagadora de una responsabilidad que tiene su origen en un acto del legislador, no es propiamente una responsabilidad administrativa. Así se ha reconocido expresamente por el legislador en punto a la responsabilidad del poder judicial. Así debería ocurrir también en punto a la responsabilidad del poder legislativo. No cabe una extensión sin límites de la responsabilidad administrativa con el pretexto que se le impone a la Administración la obligación de pagar los platos rotos por el legislador. Una cosa es quién tiene al final que pagar, y otra cosa es quién es propiamente el responsable.

Que la Administración sea la obligada al pago puede establecerlo el legislador, pero que ella sea realmente la responsable de las lesiones causadas a los particulares, no es cuestión que quede al arbitrio del legislador, sino que responde a las reglas elementales de la lógica. O es el legislador el que impone la limitación y causa la lesión a los particulares o es la Administración. Pero si es el legislador el responsable no puede pretenderse que la imposición a la Administración de la obligación de reparar el daño causado por el legislador transforme a ésta en responsable de la lesión.

Si esto es así, como en realidad es, resulta entonces que el Estado no puede exhibir su título competencial del 149.1.18 —sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas— para pretender que está regulando tal materia cuando obliga a la Administración Pública a pagar por la responsabilidad que se deriva de todos los actos del poder legislativo con independencia del margen que le queda a la Administración en su aplicación. En realidad lo que hace el legislador estatal es regular la responsabilidad del poder legislativo y organizar la misma a través de imponer el pago de las indemnizaciones correspondientes a la Administración Pública. Pero la regulación de la responsabili-

dad del poder legislativo no aparece cubierta en el artículo 149.1.18 bajo la rúbrica del sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas. Si éstas no son responsables directas —sino exclusivamente pagadores— no puede esgrimirse el título del citado artículo para, desde el Estado, regular otra materia distinta de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, como es la responsabilidad del legislador.

Cabría plantearse, no obstante, si tiene otros títulos el Estado para regular la responsabilidad de los legisladores autonómicos. En esa materia, sin embargo, el 149.1.18 en los demás incisos no ofrece apoyatura ninguna, puesto que deben entenderse circunscritos al sujeto Administraciones Públicas.

Alguna duda mayor puede ofrecer la referencia a la competencia estatal en materia de legislación civil. La responsabilidad extracontractual puede parecer un supraconcepto que se recoge en el Código Civil como fuente de las obligaciones. En esta perspectiva las previsiones del Código Civil con las ideas de culpa o negligencia tropiezan, sin embargo, con la acción de un legislador al que no le cuadran adecuadamente las ideas de culpa o negligencia cuando toma decisiones que pretenden transformar la realidad de las cosas produciendo con ello daños a los particulares. De otro lado podría plantearse si la competencia civil del Estado para regular la materia la permitiría afrontar la misma, modificándola con una regulación específica que tome en cuenta, justamente, la responsabilidad del legislador con conceptos ajenos a la idea de culpa.

Ocurre, sin embargo, que probablemente las ideas civiles sobre fuentes de las obligaciones están bastantes distantes de la responsabilidad del poder legislativo. Desde luego, en el concepto de legislación civil no ha aparecido nunca la responsabilidad del legislativo. Ésta más bien puede articularse a partir de preceptos constitucionales como el artículo 9.3 de la Constitución. Pero ello nos aleja del concepto tradicional de legislación civil.

La construcción de la responsabilidad legislativa podría tomar apoyo, por consiguiente, en preceptos de naturaleza pública o en el reconocimiento de derechos fundamentales reconocidos en el título primero de la Constitución. El derecho de propiedad del artículo 33 o la libertad de empresa del artículo 38 podrán permitir fundar una responsabilidad del legislador, pero la construcción de dicha responsabilidad se hará con categorías públicas que tengan en cuenta los derechos fundamentales involucrados y el núcleo esencial de los mismos (artículos 33 y 38 de la Constitución) y no con categorías tradicionales de la legislación civil. En todo caso esos títulos, en absoluto evidentes, exigirían cuando menos su propia invocación por el Estado en trance de hacer una regulación en desarrollo de los correspondientes preceptos constitucionales. Lo que no cabe es que sin invocarse siquiera pueda pretenderse que dan cobertura a un precepto —el 139.3— de una Ley —la 30/1992— que ni siquiera los cita.

La regulación del 139.2 de la Ley 30/1992 no encontraría fácil cobertura en el título de legislación civil. Podrían encontrarla, sin embargo, en el más específico del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas, si suponemos que lo que en él se dice se circunscribe a aquellos supuestos en los que el legislador sectorial deja un margen de aplicación a la Administración

de forma tal que pueda entenderse que no es el legislador el que de modo general y abstracto establece una restricción de los derechos de los particulares, sino que es el acto de la Administración Pública que lo aplica a un caso concreto (la construcción de una nueva carretera después de la modificación de las zonas de protección de las mismas) la que determina la singular afección a los derechos preexistentes de los propietarios que ven disminuido o suprimido su derecho de construcción sobre sus fincas. Pero así entendido el artículo 139.3 de la Ley 30/1992 no trataría, entonces, propiamente de la responsabilidad del Estado legislador, sino de la responsabilidad de la Administración al aplicar de forma singular una medida a algunos particulares que resultan singularmente afectados en sus bienes y derechos. Para ello, sin embargo, probablemente no hubiese hecho falta establecer un nuevo precepto en la Ley 30/1992 relativo a la aplicación de actos legislativos, pues bastaba con la regulación tradicional de la responsabilidad de la Administración. En todo caso ése podía ser el supuesto natural de cobertura de la regulación del 139.3 con vocación de imponerse a las Comunidades Autónomas, además de al Estado. No obstante, la redacción del 139.3 podría dar lugar a que se interprete como pretendiendo que la aplicación de los actos legislativos por la Administración no es más que un aspecto incidental y residual de una lesión no expropiatoria causada por la propia Ley y que los particulares no están obligados a soportar.

Sea cual sea el alcance que se pueda dar al artículo 139.3, subsiste, en todo caso, el problema de las lesiones directamente derivadas de determinadas decisiones legislativas a las que antes se ha hecho referencia (prohibición de actividades, declaración de servicio público, etc.). En estos supuestos es evidente que el acto de la Administración Pública carece de cualquier margen de decisión. La Administración se limitará a verificar que la Ley se cumpla, sin tener la oportunidad de determinar a quién se aplica o en qué supuestos se cumple. Es en esos supuestos en los que no resulta evidente cuál es el título competencial del Estado para regular la responsabilidad de las Asambleas Legislativas autonómicas.

Desde luego el Estado ostenta títulos suficientes para regular la responsabilidad del mismo legislativo estatal y el papel que a la Administración del Estado le pueda caber para remediar las consecuencias de las lesiones producidas. Pero no resulta tan claro que pueda invocar su título relativo al «sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas» para regular, no la responsabilidad de la Administración propiamente, sino la responsabilidad de los Parlamentos autonómicos, aunque sea con el pretexto de introducir formalmente a la Administración como simple pagadora de las consecuencias de los actos del legislador.

III. CONSECUENCIAS DE LA POSIBLE INSUFICIENCIA DEL TÍTULO COMPETENCIAL ESTATAL

Las reflexiones anteriores supondrían la posibilidad de que los legislativos autonómicos tomasen sus propias decisiones respecto al régimen de la responsabilidad de sus respectivos legislativos. Tal desplazamiento de la compe-

tencia regulatoria del ámbito estatal al ámbito autonómico no comporta, sin embargo, excesivas posibilidades en cuanto a su regulación de fondo. En efecto, los legislativos autonómicos estarían también sujetos a las limitaciones que se derivan de la consagración de la responsabilidad de los poderes públicos en el artículo 9.3 de la Constitución. Estarían también sujetos a los límites que se desprenden del artículo 33 y 38 del texto constitucional.

En ese punto, debería tenerse en cuenta que los términos actuales del artículo 139.3 ofrecen algunas dudas de inconstitucionalidad, si no se interpretan de una forma correcta y adecuada. En efecto, no puede entenderse que este artículo reconozca al legislador la libertad de poner el sí o el no en la responsabilidad por sus propios actos legislativos, como una lectura apresurada o literal del 139.3 podría pretender deducir. En realidad habría que entender que el legislador sectorial que cause una lesión en los derechos de los particulares no tiene más remedio que reconocerla cuando el sacrificio es desproporcionado y grave o no existe una causa de preeminente interés general o una situación de riesgo o peligro en la actuación que se prohíbe o en los bienes que se regulan o limitan.

La apelación al legislador para que determine la procedencia o no de la infracción pretendería sólo dejar claro que no cualquier modificación del *statu quo ex ante* da derecho a indemnización, pues ello petrificaría para el futuro la situación actual e impediría la labor transformadora que puede y tiene derecho a ejercer el legislador. Tales posibilidades transformadoras podrían tener, sin embargo, su límite en el contenido esencial de los derechos fundamentales. Así, pues, la remisión a la decisión legislativa sobre la procedencia de la indemnización no es una remisión al arbitrio del legislador, sino un reconocimiento de que la función transformadora de las leyes no puede hacer que toda decisión legislativa que afecte a derechos o situación previas merezca la consideración de lesión indemnizable. Los derechos de los particulares están sujetos a límites que corresponde al legislador determinar y modificar. Lo que no puede es alterar el contenido esencial de sus derechos o hacerlo sin causa proporcionada y suficiente. En definitiva, que el legislador no es libre de decidir si procede la indemnización o no por sus actos. La apelación a la decisión del legislador sólo supone que ésta debe valorar cuando procede la indemnización porque no están los particulares afectados obligados a soportar la lesión que sufren o por el contrario cuando no procede por entrar la decisión legislativa dentro del margen que al legislador corresponde para definir y delimitar los derechos. En definitiva, no cabe la arbitrariedad en la determinación de cuando procede la indemnización; entenderlo de otra forma sería inconstitucional por violación del principio de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 de la Constitución.

Interpretado así el artículo 139.3 ello impedirá también al legislador autonómico, en trance de reconocerle competencias para regular su propia responsabilidad al margen del citado artículo 139.3, que pueda negar caprichosamente la existencia de su responsabilidad por actos de los Parlamentos autonómicos. Ello le obligará a adoptar posiciones que, en el fondo, con independencia de la mayor o menor fortuna de su regulación, se acerquen a las existentes del artículo 139.3, despojándole de su ambigüedad en cuanto

a la arbitrariedad de la decisión legislativa sobre la procedencia de la responsabilidad. Conviene a esos efectos tomar en cuenta la evolución jurisprudencial y doctrinal en la interpretación del citado artículo 139.3

El alcance de la previsión del artículo 139.3 de la LRJAP-PC

El principio del que arranca el citado artículo es el de la indemnizabilidad de los daños causados a los particulares por la aplicación de los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y **«que éstos no tengan el deber jurídico de soportar»**. Ese principio queda sin embargo mediatizado por la afirmación de que tal indemnizabilidad procede

«cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos».

Esa fórmula parece dejar a la discreción del legislador la procedencia de la indemnización, pero esa interpretación no deja de ser apresurada y la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1997 con referencia a la Ley 30/1992 parece adelantar los problemas que suscita la interpretación del alcance de dicho precepto.

Tres son los problemas que pueden detectarse en éste: 1.º El de las leyes inconstitucionales por cualquier causa o motivo. 2.º El de las leyes que siendo constitucionales configuran derechos con carácter general y afectan bien con el mismo carácter general a derechos o situaciones preexistentes o bien de modo singular a particulares concretos y determinados. 3.º La cuestión relativa a la eventual conformidad a la Constitución del artículo 139.3 de la LRJAP-PC.

La responsabilidad derivada de las leyes inconstitucionales

Parece obvio que el artículo 139.3 de la LRJAP-PC no ha querido regular el problema de las leyes inconstitucionales, pues no es en ese terreno en el que se sitúa, sino en el de las leyes que son perfectamente constitucionales. En esa línea se manifestó ya nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 11-10-1991 de su Sala 3.^a, en la que, aún sin referencia a la LRJAP-PC estableció, sin asomo de duda, la responsabilidad en relación con leyes inconstitucionales:

«Pero con ello queda no agotado el tema. Ciertamente, el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos —leyes— quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la Ley vulnere la Constitución, ***evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar***. Por tanto, la responsabilidad del Estado-legislador puede tener, asimismo, su segundo origen en la inconstitucionalidad de la Ley. Precisamente así se desprende, también, de las sentencias citadas, en cuanto rechazaron la inconstitucionalidad de aquellas leyes que anticipaban la jubilación»(Fj. 2.º).

Es claro que las leyes que incurran en cualquier tipo de inconstitucionalidad pueden dar lugar a una responsabilidad que el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto como estableció el propio Tribunal en su sentencia 45/1989, de 20 de febrero, sobre inconstitucionalidad de la legislación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas:

«Pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad.

Ni esta vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley que *deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance* en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento».

Es, por tanto, evidente que los efectos de la inconstitucionalidad de las Leyes comprenden la determinación de los efectos sobre las actuaciones producidas a su amparo y eventualmente la indemnización de los daños, según lo sentado por el Tribunal Constitucional que es el competente para resolver sobre dicha inconstitucionalidad.

Por consiguiente, en una primera aproximación a la LRJAP-PC ésta ni ha dicho, ni ha querido, ni podido, decir que la obligación de soportar o no las lesiones causadas por la aplicación de las leyes inconstitucionales dependa de la propia ley cuya inconstitucionalidad provocó el daño. Este supuesto no es el contemplado en la propia Ley. Lo que ésta pretende regular, con independencia de sus dificultades interpretativas, es el supuesto de los daños que hayan podido ser producidos por leyes que son constitucionales. La idea central en este supuesto es la de que corresponde a la propia Ley que causa el daño, y que se presupone constitucional, determinar lo procedente en cuanto a la indemnización.

La cuestión de la inconstitucionalidad de la Ley que causa el daño no es contemplada en el artículo 139.3, que presupone la constitucionalidad de la Ley causante de la lesión. En los supuestos de inconstitucionalidad de la Ley origen del daño, el interesado ha de tener garantizado su derecho a una tutela judicial efectiva para pretender el resarcimiento.

La cuestión, entonces, para quien ha sufrido una lesión como consecuencia de una ley inconstitucional, es que no tiene en su mano plantear un recurso de inconstitucionalidad. En esas circunstancias si nadie plantea tal recurso, de entre los legitimados para ello, su lesión quedaría sin encontrar remedio, lo que constituiría una nueva lesión a su derecho fundamental a obtener una «tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos». Pero incluso si alguno de los legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad lo plantea, bien podría ocurrir que al final desistiese o bien puede ocurrir que a tenor de lo que ocurrió en la inconstitucionalidad de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la firmeza de los actos sea uno de los criterios para denegar efectos hacia el pasado a la declaración de inconstitucionalidad.

En esas condiciones los afectados se pueden ver en la obligación y en la necesidad de suscitar autónoma y subsidiariamente —y con independencia de

que se haya planteado o no recurso de inconstitucionalidad— la reclamación con base, por una parte, en el hecho de que las lesiones por normas inconstitucionales no están comprendidas en el artículo 139.3 de la LRJAP-PC; por otra, en el dato de que, en materias de las que no son competentes los Tribunales de lo contencioso-administrativo para conocer sobre el fondo, se prevé en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, sin embargo, que sí lo son para conocer de la responsabilidad que pueda derivarse de ese tipo de actuaciones (art. 2 b).

1. Leyes de delimitación de derechos que causan lesión a los particulares

El artículo 139.3 de la LRJAP-PC debe referirse, con exclusión de las leyes inconstitucionales, a los supuestos de leyes no expropiatorias que configuran el alcance de los derechos, entre ellos el de propiedad, o los articulan con otros bienes o valores constitucionales. Dado que todos los derechos, incluso el más básico de todos como es el de propiedad, pueden quedar delimitados por su función social, ésta «delimitará su contenido de acuerdo con las leyes» (art. 33.2 de la Constitución española). Resulta, pues, que en esta función de delimitación del contenido de los derechos puede ocurrir que el contenido de sus facultades sufra una reducción o una limitación planteándose el delicado problema de su indemnizabilidad. Pues, por un lado, la obligación de indemnizar toda afección al ‘statu quo’ de un derecho implicaría su petrificación o la imposibilidad de cualquier política reformadora. De otro lado la libertad de modificación sin indemnización acabaría lesionando el «núcleo esencial» de tales derechos. Se hace necesario, así establecer algunos criterios que, a la vez que impidan la petrificación del ‘statu quo’, permitan la garantía de los derechos preexistentes. Para ello la doctrina del Tribunal Supremo ha venido ofreciendo criterios que explican cuándo la lesión que una nueva configuración legal de los derechos es indemnizable y cuándo no. Pero antes de entrar en esa doctrina conviene señalar que el 139.3 introduce un elemento de contradicción interna al establecer que la indemnización por las lesiones que sufran los particulares con ocasión de la aplicación de los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria procede en los casos en los que éstos

«no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que se especifiquen dichos actos.»

Fácilmente se advierte la contradicción interna entre *no tener el deber jurídico de soportar* y que la *Ley obligue a soportarlo* sin indemnización y sin ningún otro remedio. Si «no se tiene el deber jurídico de soportar», quiere decir que no se debe soportar sin dar alguna solución, sin dejar indemne al particular. Pero si la Ley que causa el daño que «no se tiene que soportar», establece que no hay indemnización ni ningún otro remedio, entonces tal ley o es inconsti-

tucionalidad o debe ser interpretada en el sentido de que no procede la indemnización porque en ese caso concreto se tiene el deber jurídico de soportar el daño. Lo que no cabe en un Estado, que proclama la justicia como valor superior de su ordenamiento en el artículo 1.º de la Constitución, es que lo que «no se tiene el deber jurídico de soportar», no quede otro remedio que soportarlo porque la ley lo dice.

Se trata de una contradicción que incurre en el vicio que la tradición inglesa ponía como único límite al poder del legislador («La Ley lo puede todo menos convertir a un hombre en mujer») aludiendo al límite lógico de pretender que algo fuera A y no-A. En esa contradicción, y en ese límite lógico al poder del legislador, habría incurrido el artículo 139.3 de la LRJAP-PC de interpretarse que, en el supuesto de daños que «no se tiene la obligación de soportar», queda a la discreción del legislador obligar a soportarlos sin indemnización y sin ningún otro tipo de solución.

Esa contradicción interna obliga a buscar una interpretación del precepto que salve la inconstitucionalidad en que de otra forma incurriría y sobre la que luego se volverá. Esa interpretación no puede sino venir de la mano de la doctrina que se ha ido decantando en la jurisprudencia del Supremo acerca de la responsabilidad del Estado legislador. Lo que quiere, en definitiva, expresar el precepto, es que la determinación de cuándo se está obligado o no a soportar un daño derivado de la pura aplicación de una Ley, lo tiene que definir la propia Ley, pero no con plena libertad o arbitrariamente, sino en función del tipo de derecho o bien afectado y del conjunto de las circunstancias concurrentes. En definitiva, no todo daño en posiciones o intereses previos, tiene por qué ser indemnizable, pero hay circunstancias en las que, desde luego, sí debe indemnizarse. Es la determinación de cuándo procede y cuándo no, lo que puede hacer el legislador. Pero esta determinación no puede hacerse con carácter general en una Ley como la LRJAP-PC o en cualquier otra de carácter general, sino que es la propia Ley material que establezca restricciones o afecciones a derechos o intereses preexistentes la que puede hacerlo, pues es la única que se encuentra en disposición, a la vista de la concreta regulación de que se trate, de determinar cuándo procede y cuándo no. Pero esa procedencia no es libre o arbitraria, dado que hay supuestos de necesaria indemnización —aquellos en los que no se tiene obligación jurídica de soportar el daño— y otros en los que su determinación es más dudosa y la decisión del legislador estará, como siempre, sometida a la revisión constitucional. Finalmente habrá otros casos en los que serán razones de prudencia política las que aconsejen una indemnización por una nueva regulación de derechos que supongan restricciones que no puede decirse que no se esté obligado a soportar.

El legislador en definitiva no es libre, en los supuestos en que el ciudadano no está obligado a soportar un daño que se le provoca por una regulación legislativa, de indemnizar o no, sino que debe de preverlo de forma necesaria. Lo que significa la remisión al legislador es la obligación de hacer en la Ley una determinación de la naturaleza de los daños que la legislación produce.

En esa línea ha discurrido la doctrina del Tribunal Supremo que ha sentado criterios acerca del tipo de daños que se está o no obligado a soportar. Hay determinados daños que deben ser compensados, porque no se tiene el deber

de soportar; otros no tienen por qué compensarse, salvo que el legislador decida hacerlo y un tercer grupo pueden ser compensados en función de determinadas circunstancias que lo predeterminan.

El Estado puede dejar sin compensación determinadas limitaciones o restricciones cuando se dan determinadas condiciones que tienen que ver con la finalidad de la norma, con los efectos de la misma y con los actos anteriores y coetáneos que no han de generar una confianza legítima que obliga al Estado a protegerla.

En cuanto a los fines de la norma hace falta que se trate de fines de preeminente interés general; a *contrario sensu* cuando el fin no tiene esa característica no se podrá eludir la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Pero ese dato teleológico no es suficiente para dejar sin compensación a los lesionados por la norma con rango de Ley, además hace falta que los efectos de la misma sean generales y no graves. Es decir, que a *contrario sensu*, también, cuando los efectos son singulares o afecta muy limitadamente a algunas personas o son muy graves puede haber obligación de indemnizar.

Además hace falta que el propio Estado no haya generado una situación de confianza legítima en que existían determinados derechos o facultades, con base a la cual se toman decisiones por los particulares que se ven abrupta y repentinamente frustradas por un cambio de criterio que no encuentra explicación en los cambios de criterio que el transcurso del tiempo en períodos amplios puede justificar.

Respecto del primer requisito teleológico, la sentencia de 11-10-1991 de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo en relación con una reclamación de indemnización, desestimada, por la prohibición y otras limitaciones a la publicidad de determinadas bebidas alcohólicas recordó:

«Resulta incuestionable que tales disposiciones tienen su más amplia cobertura en el artículo 43 Constitución, en cuanto reconoce el derecho a la protección de la salud y atribuye a los poderes públicos la competencia para organizarla y tutelarla a través de las medidas preventivas necesarias. Incluso, en el Derecho comparado, se excluye la responsabilidad del Estado-legislador cuando la Ley actúa en “interés general preeminente” como es la protección de la salud pública» (arret del Consejo de Estado francés de 15-7-1949, caso *Vine d’Elbeuf*). (F.J. 5°).

Se hace necesario entonces identificar un interés preeminente que justifique la restricción que establece la norma con rango de Ley.

También el Tribunal Constitucional en importantes sentencias como las recaídas en los recursos planteados en relación con la Ley de Aguas (STC 227/1988 de 29 de noviembre) y la Ley de Costas (STC 149/1991 de 4 de julio) formulados por diputados del grupo Popular cuando estaba en la oposición, sentó la doctrina de la necesidad de la existencia de un motivo legítimo en las restricciones o privaciones de derechos que, en aquel caso, encontró en mandatos constitucionales, rechazando las pretensiones de declaración de inconstitucionalidad por razón de que la regulación de la Ley era adecuada y proporcionada al fin preeminente perseguido y por razón de que la Ley preveía suficientes compensaciones.

Es preciso, además para no indemnizar, que los efectos de las normas legales no sean graves y no tengan carácter singular o especial. Sobre ello se pronunció expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1997.

«Como enseñan estas sentencias, bajo el régimen anterior a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, sólo cabe apreciar responsabilidad cuando se producen daños y perjuicios en virtud de actos de aplicación de las leyes **cuando existe un sacrificio patrimonial singular** de derechos o intereses económicos legítimos que pueden considerarse **afectados de manera especial** por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable.»

En el mismo sentido, pero con especial referencia a la cuestión de la gravedad de los daños, se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991.

«En análogo sentido se expresa en la sentencia de 11-6-1987; y *el Tribunal Supremo en Pleno*, fundamentalmente en *SS de 15-7-1987 y 2-9-875-9-1987* —aunque existen otras—, expresa que “La reparación de los posibles perjuicios (se refiere a los citados por jubilación) plantea la cuestión de la responsabilidad del Estado por los actos del legislador, problema que la doctrina científica y el Derecho comparado abordó en un sentido favorable a declarar esta responsabilidad, cuando la aplicación de una Ley conforme a la Constitución, produzca *unos graves* y ciertos perjuicios y que en el ordenamiento legal que rige en nuestra Patria *encontraría su respaldo y cauce legal en los artículos 9 de la Constitución y 40 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*”. Es obvio, por tanto, que a la luz de esta doctrina y junto a la responsabilidad nacida de la norma de contenido expropiatorio o la causada por la inconstitucionalidad de la Ley, se ha dado entrada a esta tercera vía de indemnización por los actos del Estado-legislador cuando “*merezcan algún género de compensación*” de *los perjuicios económicos —graves y ciertos— que irroque al particular una Ley constitucional y no expropiatoria*».

El Tribunal Supremo en ese caso concreto desestimará la pretensión indemnizatoria precisamente porque, en el caso concreto, entre otras cosas, no se prueba la existencia de esos daños graves para el reclamante derivada de la prohibición y otras restricciones en relación con la publicidad de las bebidas alcohólicas, ni que el daño sea exclusivo para la actora, sin que haya por tanto especialidad en el mismo:

«Hay que concluir, por tanto, que esta medida adoptada por el Poder Legislativo en cumplimiento de la obligación que impone a los poderes públicos el artículo 43 Constitución, no contraviene el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que consagra el

artículo 38. Más aún, aunque así no fuera, *la doctrina del Tribunal Constitucional y del Pleno de este Tribunal Supremo —a que antes se ha hecho referencia— requiere, en estos casos, la existencia de perjuicios «graves y ciertos» que «merezan algún género de compensación»* amparables por la vía del artículo 40 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y es evidente **que no ha quedado concretada en el pleito la gravedad y certidumbre de los perjuicios** causados a la actora, *exclusivamente*, por la limitación en la publicidad de sus productos».

Se quieren excluir de la indemnización las restricciones leves que la existencia de un preeminente interés general puede hacer necesarias. Las restricciones leves, proporcionadas e indispensables para lograr la satisfacción de un relevante o preeminente interés superior no son indemnizables. Eso es lo que sostuvo el Tribunal Constitucional en el recurso contra la Ley de Costas en el que se planteaba, entre otras, la inconstitucionalidad de la misma por transformar los excepcionales derechos de titularidad privada sobre la ribera del mar —los enclaves—, reconocidos en algunas sentencias a favor de los particulares, en concesiones por treinta años prorrogables por otros treinta:

«Aun si esos enclaves de propiedad privada se mantuviesen en los términos actuales, las limitaciones que al uso y aprovechamiento de tales bienes pudieran resultar de la nueva regulación legal, no podrían ser considerados, aunque fueran más intensas que las anteriores, como privación del derecho de propiedad».

En tercer lugar es preciso, además, para que el Estado no esté obligado a indemnizar, que no haya dado lugar, con su conducta, a crear una situación de confianza legítima que no puede ser desconocida sin afectar al principio de la buena fe. Eso es lo que ocurre en la sentencia de 5 de marzo de 1993, en la que se reconoce la responsabilidad del Estado legislador por la supresión de las exenciones de los aranceles a la entrada de productos de pesca que se derivaron de la adhesión de España a la Comunidad y que afectó a los derechos de las entidades que al amparo de regulaciones previas habían constituido compañías con países terceros que se beneficiarían de tal tipo de exenciones que la adhesión a la Comunidad obliga a suprimir durante el período transitorio con grave daño a sus intereses. La responsabilidad del Estado se reconoce y declara con independencia de si se está ante derechos plenos o de simples intereses:

«Aunque diéramos por supuesta hipotéticamente la inexistencia de un auténtico y plenamente configurado derecho adquirido, por la anual fijación de los cupos exentos, la realidad es, repetimos, que *el Gobierno desarrolló una muy concreta acción de fomento* para la constitución de empresas pesqueras conjuntas, con los fines analizados con anterioridad, reconociendo a cambio unos particulares beneficios, *representativos de intereses patrimoniales legítimos*, y si éstos se interrumpen o disminuyen, cual ha sucedido, por la voluntad de los órganos competentes del Estado, **en modo alguno cabe negar el subsiguiente derecho a la indemnización correspondiente**, la cual además estaría

incluso avalada, **tanto por los principios de la buena fe** que debe inspirar la relación de la Administración con los particulares y **de la seguridad jurídica**, como por el equilibrio de prestaciones que debe existir entre una y otros en el desarrollo de relaciones, como las que contemplamos».

Y más adelante concreta esa ruptura de la confianza generada en la siguiente forma:

«Si los particulares **acomodaron su actividad a la política de fomento plasmada** en las disposiciones más arriba reseñadas y **si el propio Gobierno español, con las necesarias autorizaciones, promovió y dio lugar al Tratado de Adhesión suscrito por el Reino de España, en el que resultaron eliminados**, aunque fuera progresivamente, los cupos exentos de arancel, que, según parece, era el mayor beneficio para las empresas pesqueras españolas, es visto como y cual anticipábamos al inicio de esta motivación, *deviene procedente la indemnización cuestionada*, habida cuenta, en primer lugar, la existencia de derechos **o al menos intereses patrimoniales legítimos**, cuyo sacrificio *particular* se impuso por las determinaciones que hemos relatado, sin que las respectivas sociedades tengan el deber jurídico de soportarlo, y además porque concurren cuantos requisitos exige nuestro ordenamiento para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es, daño no causado por fuerza mayor, efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que es consecuencia directa, (nexo causal), de los concretos actos que se aducen y que hemos examinado como determinantes de la lesión patrimonial».

En fecha posterior el propio Tribunal Supremo concretó el alcance de tal principio en su sentencia de 18 de septiembre de 1997 en la que si bien no dio lugar a la indemnización solicitada, lo fue por haber quedado compensado suficientemente el daño con las medidas adoptadas:

«Entre ellos reviste singular interés el relacionado **con la observancia del principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, la seguridad jurídica y el equilibrio de prestaciones**. Estos conceptos, utilizados por las sentencias de esta Sala últimamente citadas, están **estrechamente relacionados con el principio de confianza legítima** —enunciado, como recuerdan las partes, por el TSJ Comunidades Europeas—. La virtualidad de este principio puede comportar la anulación y, cuando menos, obliga a responder en el marco comunitario, de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras compensatorias) de las circunstancias económicas habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. *Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza a*

los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones comunitarias, ni les reconoce un derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja.»

No hay, pues, derecho al mantenimiento del *statu quo*, cuando hay un interés preeminente, pero lo que sí hay es derecho a quedar indemne o a obtener una justa compensación que es precisamente lo que ocurrió en el caso de la Sentencia citada de 18 de septiembre de 1997 (Agentes de Cambio y Bolsa) según el Tribunal Supremo a través del reconocimiento de determinados derechos y opciones reconocidas en su favor por las normas.

La indemnización de los daños que no se tiene el deber de soportar no depende del arbitrio de lo que pueda establecer la Ley que los ocasione

La razón de esa imposibilidad y, por tanto, de pretender tal interpretación del artículo 139.3 descansa no sólo en los argumentos anteriores, sino en el hecho de que, hasta ahora, el Tribunal Constitucional cada vez que se ha enfrentado al problema de los daños derivados de las regulaciones legislativas se ha enfrentado al problema desde la perspectiva de analizar si existía compensación suficiente en aquellos casos en los que la propia Ley había establecido un mecanismo de compensación.

Ello pone de manifiesto que no es la decisión de la Ley, de cada Ley, la que determina si se está obligado a soportar las consecuencias dañosas de la misma, sino una ponderación de la finalidad, la proporcionalidad y la suficiencia de la compensación. Esas son las razones que movieron al Tribunal Constitucional a desestimar los recursos contra las leyes de Aguas y de Costas o más recientemente a no admitir la reclamación de responsabilidad del Estado por la supresión de los Agentes de Cambio y Bolsa.

La propia sentencia del Tribunal Supremo antes citada de 18 de septiembre de 1997 abre la interrogante sobre la interpretación del artículo 139.3 de la LRJAP-PC:

«Aun cuando la regulación vigente en la actualidad no es por razones cronológicas, como se ha razonado, aplicable al caso, conviene poner de manifiesto cómo la regulación contenida en el artículo 139,3 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común *no es radicalmente contraria a estas conclusiones si bien exige determinar el alcance del nuevo requisito* establecido en el sentido de que la previsión de la indemnización y de su alcance arranque del propio acto legislativo que motiva la lesión, cuestión ajena al presente debate en el que no es necesario entrar.»

Tras esa observación reticente al alcance de ese nuevo requisito la sentencia insiste en los argumentos relativos a la proporcionalidad de la compensación y a su existencia, así como a la necesidad de razones de interés general y preeminente que justifiquen las medidas del legislador:

«Nada permite suponer en consecuencia que resultara quebrantada la confianza de los agentes, o vulnerada su seguridad, ya que a las previsiones transitorias citadas ha de unirse el amplio período establecido de «vacatio legis» en la disposición final 1.^a, y los intereses legítimos de aquéllos, derivados del principio de confianza legítima, no pueden considerarse desconocidos máxime si se tiene en cuenta que entre las previsiones contenidas en las disposiciones transitorias antes transcritas, se contienen medidas encaminadas a paliar los posibles efectos negativos de la Ley en relación con los Agentes de Cambio y Bolsa».

En definitiva, las decisiones, sean del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo, han entrado siempre a considerar tanto la razón de las medidas legislativas, como la proporcionalidad de las mismas a los objetivos que pretendían, la suficiencia de las compensaciones, etc. Todo eso ante leyes que preveían las compensaciones que establecían, y no otras, pone de relieve que desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes y de la obligación o no de soportar los daños, ésta no depende de la Ley, sino que depende de la concurrencia de las circunstancias señaladas (justificación de la medida, proporcionalidad, lesión grave, compensación suficiente, etc.). Por tanto no puede ser interpretado el artículo 139.3 en forma contraria a la práctica constitucional y a la doctrina del Tribunal Supremo para entender que a partir de la LRJAP-PC sobran las reflexiones sobre constitucionalidad que se han venido haciendo por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo.

Interpretar de esa forma el precepto, en lugar de aplicando el principio de interpretación conforme a Constitución del mismo, conduciría, en todo caso, a suscitar la cuestión de constitucionalidad del mismo por dejar al arbitrio del legislador la determinación de cuando deben ser indemnizados los daños «que no se está obligado a soportar».

2. La limitación del legislador autonómico para regular su propia responsabilidad

El examen de la jurisprudencia constitucional y de nuestro Tribunal Supremo pone de relieve que el reconocimiento de la competencia del legislador autonómico para regular su propia responsabilidad no le deja libertad para establecerla como mejor le parezca. Ni siquiera podría reiterar la regulación de la Ley 30/1992 pretendiendo que éste ha querido dejar al arbitrio del legislador mismo la determinación de cuando ha lugar a la responsabilidad. Ya se ha visto cómo esa interpretación debe ser excluida.

En esas condiciones el legislador autonómico debe tomar en consideración la jurisprudencia constitucional y aportar criterios sobre las situaciones que en atención a las circunstancias concurrentes (**sacrificio es no desproporcionado ni grave o existencia de una causa de preeminente interés general o una situación de riesgo o peligro en la actuación que se prohíbe o en los bienes que se regulan o limitan, etc.**) no merezcan establecer la responsabilidad por actos del legislador.

El reconocimiento de competencia para regular esa cuestión por las propias Comunidades Autónomas no se traduce, así, en una libertad de configuración del régimen de su responsabilidad. En realidad sólo sería la ocasión para perfilar la competencia del legislador a la hora de determinar los límites de los derechos, dado que tendrá que tomar en consideración su contenido esencial para no incidir en el mismo e incurrir en responsabilidad.