

SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

POR

FERNANDO GARRIDO FALLA

SUMARIO: I. La doctrina del TC: expectativas y derechos.—II. La doctrina del TS en Pleno: la petición de indemnización al Consejo de Ministros.—III. La responsabilidad del Estado-legislador: indemnización expropiatoria y responsabilidad.—IV. Elementos para la construcción de una teoría general.

I. LA DOCTRINA DEL TC: EXPECTATIVAS Y DERECHOS

1. En los dos últimos años, unas cuantas importantes sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en Pleno (y, siguiendo la línea abierta por este último, de algunas Audiencias Territoriales) han venido a replantear dos temas de permanente actualidad tanto en la doctrina como en la práctica forense. Es el primero el de la llamada responsabilidad del Estado legislador; la segunda se refiere al debatido tema de hasta qué punto nuestra Ley de Expropiación Forzosa de 1954 vino a unificar, en cuanto a su fundamentos, dos instituciones, a nuestro juicio diversas, como la indemnización expropiatoria y la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, por consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Por el momento, el objeto de la presente exposición se limita al examen de la Jurisprudencia, que —de no producirse un giro involucionista— puede significar uno de los más importantes hitos en la evolución de nuestro Derecho Administrativo. Se observará, claro está, al filo de esta exégesis jurisprudencial cómo se van estableciendo simultáneamente las bases para una definitiva toma de postura en relación con el segundo de los problemas planteados.

2. No es infrecuente, en la práctica forense, cuando se plantea una acción de resarcimiento patrimonial a la Administración Pública, fundamentar la demanda en un doble título jurídico: por una parte, se alega la «tesis expropiatoria», con fundamento en el amplio margen de aplicación que permite el artículo 1.º de la Ley de 1954

y con invocación expresa del artículo 33.3 de la Constitución española (para el supuesto de que se aleguen de contrario argumentos basados en ley formal); de otra parte, la «tesis indemnizatoria», apoyada jurídicamente en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y en la *constitucionalización* que de dicho precepto hace el artículo 106.2 de la Constitución. Por referirme a cuestiones que aún están pendientes de una solución definitiva, aludiré a las reclamaciones de indemnización por jubilación anticipada de funcionarios públicos y a la aplicación de la Ley de Incompatibilidades en cuanto ha venido a privar de un segundo puesto de trabajo (con independencia de la posibilidad material de su ejercicio, y sólo por razones puramente formales) a quienes lo desempeñaban de acuerdo con la legalidad anteriormente vigente.

Es precisamente en el campo de las jubilaciones anticipadas donde se está produciendo la revolución jurisprudencial a que antes hemos aludido. Veamos:

3. Comencemos por recordar que, en relación con el concreto tema del anticipo de la edad de jubilación, el Tribunal Constitucional rechaza la hipótesis expropiatoria. Tanto la Sentencia 108/1986, de 29 de junio, referida al anticipo de la edad de jubilación de Jueces y Magistrados, como la posterior Sentencia 99/1987, de 11 de junio, relativa a la jubilación de los funcionarios de acuerdo con la Ley 30/1984, niegan la existencia de derechos adquiridos que hayan sido expropiados por la legislación impugnada, de acuerdo con una argumentación que, en lo que tiene de común en ambas Sentencias, resumimos así: «el funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que consecuentemente pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando, o bien, en fin, que el derecho a pensión, causado por el funcionario, no pueda ser incompatibilizado por ley... porque ellos se integran en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional». Así es que el funcionario, frente a la Adminis-

tración, no tiene el derecho «... sino la *expectativa* frente al legislador a que la edad de jubilación o el catálogo de situaciones continúen inmodificadas por el legislador, en modo que permanecieran tal y como él las encontró al tiempo de su acceso a la función pública».

Con este rechazo de los derechos adquiridos del funcionario, consecuencia de la técnica estatutaria —que no deja de ser un mero artificio jurídico, pues difícilmente podrían negarse si la relación funcional se regulase, como en el campo laboral, mediante convenios colectivos—, resulta congruente la conclusión a la que el Tribunal Constitucional llega:

«Consecuentemente con lo expuesto, si no existen tales derechos no pueden reprocharse a las normas que se impugnan el efecto de su privación y por tanto habrá que concluir por rechazar la pretendida vulneración del artículo 33.3 de la Constitución. No hay privación de derechos; sólo alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible» (1).

(1) Si la doctrina del TC, en cuanto a calificar como mera expectativa y no como derecho adquirido, al amparo de la legislación anterior, la jubilación a los setenta años, es indudablemente discutible (hasta el punto de que se reconoce la indemnización por vía del artículo 40 de la LRJ a los anticipadamente jubilados), en el caso de quienes son privados de un puesto de trabajo «por causa de incompatibilidad» la discusión resulta ociosa por evidente. Si la legislación anterior permitía la compatibilidad, es obvio que quien era titular de dos puestos de trabajo (no incompatibles por razón de horario), a los que había accedido legalmente, *tenía un derecho adquirido a su desempeño*, es decir, no una simple expectativa (que, por cierto, de ella se priva a quienes tenían la esperanza de poder conseguir un segundo puesto de trabajo para desempeñar en sus horas libres), sino un auténtico derecho al cargo y a su desempeño, que había entrado a formar parte de su patrimonio.

El argumento —casi pueril— de que no hay separación definitiva, sino declaración de excedencia voluntaria (con posibilidad de reingreso), es inaceptable; pues, claro está, para reingresar tendría que renunciar *al otro* declarado incompatible. En definitiva, el *efecto expropiatorio* consiste en que de dos cargos en propiedad se priva del ejercicio de uno, con la consiguiente reducción de ingresos que tienen su causa en el trabajo personal. Desafortunadamente, la jurisprudencia no ha querido, o no ha sabido, dejarnos las cosas claras. Así, la Sentencia de la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid de 1 de septiembre de 1988 declara la inadmisibilidad de la petición subsidiaria de indemnización —en recurso interpuesto por un colectivo de médicos contra las resoluciones administrativas que les colocaron en situación de excedencia «voluntaria» por incompatibilidad en el desempeño de un segundo puesto de trabajo—, ya que se trata de «petición nueva que no se hizo previamente a la Administración». Al lector le asalta la duda: ¿qué hubiese ocurrido si previamente hubiese planteado el tema en vía administrativa? Pues se encontrará confinado en el *infierno administrativo* —si es que la solución le afecta personalmente— ante el tajante *lasciate*

Curiosamente, sin embargo, se observa que, establecida la doctrina citada, queda un resto de «mala conciencia» en el Alto Tribunal que le invita a sustituir la hipótesis expropiatoria por la tesis de la indemnización por daños en la forma en que tímidamente, hay que advertirlo, se contiene en el fundamento jurídico vigesimosegundo de la Sentencia 108/1986, en la que se lee:

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

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 11 de junio de 1987, vuelve a referirse al tema, cuando textualmente dice en su Fundamento Jurídico 6.a):

ogni speranza que formula la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en Sentencia de 16 de diciembre de 1988, que reitera la doctrina ya sentada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo en 20 de marzo de 1987 —y ya antes en 3 de julio de 1986—, puesto que no cabe afirmar que la regulación de las incompatibilidades y la concesión de una opción a quienes pueden verse afectados por ellas sea un supuesto de expropiación de derechos (*¿y por qué no?*), como ni siquiera puede calificarse de despido la cesación en la actividad secundaria de carácter laboral por aplicación de las normas sobre incompatibilidades, porque, según se expresa en Sentencia de la Sala Sexta, de lo Social, del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1987, la excedencia no supone la terminación del contrato, sino que queda en situación de suspendido (claro que, como ya se observó, para que deje de «estar suspendido» la condición que se impone al interesado es que deje el *otro* puesto de trabajo!).

Ciertamente que se trata de Sentencias que no han de figurar en la antología del progreso jurídico junto al «buen juez MAGNAUD»; por eso hay que subrayar aquellos valientes pronunciamientos que a veces se producen en las instancias inferiores de la Organización judicial en los que el fallo se apoya en uno de los más olvidados criterios de la hermenéutica jurídica, *el sentido común*. Como botón de muestra valga recordar Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 10, de las de Madrid, de 16 de noviembre de 1988, en la que estimando la demanda deducida por médicos declarados «excedentes voluntarios» (sin petición previa) por incompatibles, se condena al INSALUD a reponerlos en sus puestos de trabajo.

«Esto no impide añadir —como se dijo en la Sentencia 108/86... referida al anticipo de la edad de jubilación de Jueces y Magistrados— que esa modificación legal origina una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos *que pueden merecer algún género de compensación.*»

Esta línea jurisprudencial se reitera en la Sentencia del propio Tribunal Constitucional que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra la jubilación anticipada de los Maestros (STC 70/88, de 19 de abril) acordada por Real Decreto-ley 17/1982 y sobre la que luego volveremos.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN PLENO: LA PETICIÓN DE INDEMNIZACIÓN ANTE EL CONSEJO DE MINISTROS

4. Como ya se dijo, el Tribunal Supremo en Pleno ha venido a confirmar esta doctrina en sus Sentencias de 15 de julio y 25 de septiembre de 1987. Aclaremos que se trata de recursos interpuestos contra decisiones del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (de aquí que la revisión contencioso-administrativa se verifique por el Tribunal Supremo en Pleno) sobre jubilación de Jueces y Magistrados, en cuyos recursos se solicitaba: 1) la nulidad de la jubilación; 2) subsidiariamente, la indemnización por los perjuicios causados por el adelanto de la jubilación.

La doctrina del Tribunal Supremo puede resumirse así: *a)* en cuanto a la nulidad solicitada, se desestima una vez que el TC ha declarado la constitucionalidad de las normas que adelantan la edad de jubilación; *b)* en cuanto a la petición de indemnización, el CGPJ no es el órgano competente para otorgarla, pues el procedimiento adecuado es el previsto en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

He aquí la doctrina de las mencionadas Sentencias. En la de 15 de julio de 1987 (Rec. núm. 135/86) se lee en el Fundamento Jurídico 4.º:

«Admitida la posibilidad de que la jubilación forzosa de los Jueces y Magistrados, establecida por el artículo 386 de la Ley Orgánica 6/1985, pueda ocasionarles

unos perjuicios económicos al anticiparles la edad de jubilación forzosa que regia en el Ordenamiento anterior, anticipación que implica una notable merma de la retribución que venían percibiendo por la prestación de sus servicios como tales Jueces o Magistrados y con la que, razonablemente y conforme a una normal y lógica previsión, contaban para sufragar las necesidades y deseos que la vida depara, queda por determinar por quién y en qué cuantía se han de indemnizar estos perjuicios económicos.»

Y se añade en el Fundamento 6.º:

«La reparación de los posibles perjuicios que se puedan irrogar a Jueces y Magistrados al establecer la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, una edad de jubilación forzosa, que en relación con la normativa vigente cuando entraron al servicio de la Administración de Justicia, minora su vida activa, *plantea la cuestión de la responsabilidad del Estado por los actos del legislador*, problema que la doctrina científica y el Derecho comparado abordó en un sentido favorable a declarar esta responsabilidad, cuando la aplicación de una Ley conforme a la Constitución, produzca unos graves y ciertos perjuicios y que en el Ordenamiento legal que rige en nuestra Patria encontraría su respaldo y cauce legal en los artículos 9 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.»

Por todo lo cual, aunque se desestima el recurso, lo es «sin perjuicio de que la petición de reconocimiento del derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que la jubilación... pudo producir... pueda, por medio del Ministerio de Justicia, dirigirse al Consejo de Ministros».

Por su parte, la Sentencia de 25 de septiembre de 1987, al encararse con la determinación del órgano competente para declarar el posible derecho a indemnización, nos dice en su Fundamento Jurídico 6.º:

«... la falta de atribución del caso a un Departamento Ministerial determinado, como consecuencia de tener

su base la petición en un acto legislativo... lleva a este Tribunal, ante las circunstancias concurrentes, a establecer la competencia del Consejo de Ministros para conocer de tal pretensión en vía administrativa, que... deberá ordenarse, en cuanto a su tramitación, a través del Ministerio de Justicia».

5. La hipótesis indemnizatoria contemplada en esta alegación se refuerza aún más, si cabe, por la doctrina sentada por el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia número 70/1988, de 19 de abril, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad número 51/1986, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Albacete, mediante Auto de 13 de diciembre de 1985 sobre supuesta inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 17/1982, de 24 de septiembre, por el que se establece a los sesenta y cinco años la edad de jubilación forzosa de los funcionarios del Cuerpo de Profesores de Educación General Básica.

En efecto, el propio Fiscal General del Estado reconoce la posibilidad de acudir a la vía contenciosa como mecanismo de reparación por los perjuicios que implica la jubilación anticipada. Así, puede leerse textualmente en el Antecedente 4.º de la citada Sentencia 70/1988:

«... En cuanto al fondo de la cuestión planteada, el Fiscal General del Estado resume su argumentación en el Fundamento Jurídico quinto, en los términos que a continuación reproducimos:

(...)

2.º Que si en cada caso la incidencia de la nueva edad de jubilación "supone un sacrificio personal y económico", en frase de la jurisprudencia constitucional, con lesión de bienes y derechos, la propia Constitución de una parte y la Ley ordinaria de otra, establecen mecanismos de reparación que son aplicables por los Tribunales ordinarios a través del correspondiente proceso contencioso-administrativo, sin necesidad de acudir al instrumento de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad...»

Vuelve a insistir la referida Sentencia en que el anticipo de la edad de jubilación no es equiparable a la expropiación de bienes

y derechos a que se refiere el artículo 33.3 de la Constitución, cuando textualmente dice en su Fundamento Jurídico 3.º:

«... No puede alegarse, pues, una incumplida exigencia constitucional de indemnización, porque la norma cuestionada no establece una medida expropiatoria de derechos... Ciertamente que ello afecta a la razonable expectativa de que se mantuviera la edad de jubilación en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de acceder a la condición de funcionario; mas no es equiparable la frustración de esa expectativa con la expropiación de bienes y derechos a que se refiere el artículo 33.3 de la Constitución...»

Pero añada en el mismo Fundamento Jurídico que:

«Ahora bien, la constitucionalidad de la nueva regulación de la edad de jubilación, acortando la vida activa de los funcionarios sin más matizaciones que la previsión de un calendario escalonado para su entrada en vigor y *unas ayudas mínimas para suavizar sus efectos*, no impide que se pueda apreciar en el marco de la legalidad ordinaria, como ya se dijo en la STC 108/86, de 29 de julio, y se reitera en la 99/87, de 11 de junio, cuya doctrina estamos siguiendo, que esa modificación legal origine una frustración de las expectativas existentes y, en determinados casos, perjuicios económicos que puedan merecer algún género de compensación...»

Ahora bien, la Sentencia 70/88 va más allá de lo que fueron las Sentencias del mismo Tribunal de 29 de julio de 1986 y de 11 de junio de 1987, pues *constitucionaliza* la doctrina sentada por el Pleno del Tribunal Supremo en las Sentencias a las que nos hemos referido:

«... A esta doctrina se ha referido expresamente el Tribunal Supremo en Pleno (*se refiere a las de 15 de julio y 25 de septiembre de 1987*)... Se trata en ellas de peticiones subsidiarios de indemnización de daños y perjuicios, análogas a la planteada por el recurrente...»

te... y se afronta el tema... de la posible responsabilidad del Estado dimanante de la actividad legislativa.»

En la sentencia de 15 de julio de 1987 consagra el Tribunal Supremo el principio general de la responsabilidad del Estado siempre que se produzcan «muy graves y ciertos perjuicios», y en la Sentencia de 25 de septiembre de 1987 (Fundamento Jurídico 5.º) se dice literalmente lo siguiente:

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

Y continúa la referida Sentencia:

«... La duda de inconstitucionalidad... que se desestima en esta Sentencia... no condiciona necesariamente la re-

solución de la Sala sobre dicho problema que se puede enjuiciar en términos de legalidad ordinaria en los que, naturalmente, no puede entrar este Tribunal.»

No obstante, y a pesar de no entrar en el fondo del asunto, el Tribunal Constitucional apunta alguna solución al problema, como es que se permitiera al jubilado percibir los mismos haberes pasivos como si hubiese permanecido en activo hasta los setenta años de edad.

Así, dice textualmente la referida Sentencia:

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

En resumen, el deber de indemnizar del Estado, por consecuencia de medidas legislativas de carácter expropiatorio, está directa e indirectamente reconocida por el propio TC, da forma indirecta.

en la propia Sentencia sobre jubilación anticipada; pues en tales casos no se declaró la irresponsabilidad estatal, sino, lo que es bien diferente, se negó la existencia de auténticos derechos subjetivos expropiados (se trataba, según el TC, de meras expectativas). Y de forma directa (aunque implícita) en la más reciente Sentencia 208/1988, de 10 de noviembre («BOE» de 12 de diciembre), por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Disposición adicional 21.ª, apartados 14 y 15, de la Ley 50/1984, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, en cuanto que se retiraba la garantía del Estado a los efectos de garantizar la cuantía de las pensiones reconocidas por el Montepío de Funcionarios de la Organización Sindical AISS a sus pensionistas. Para el TC, el problema consiste en aclarar si la Disposición impugnada «lesiona derechos adquiridos de quienes tuvieron ya reconocidas unas determinadas prestaciones que pueda suponer una privación de derechos a efectos de la exigencia de reparación o indemnización que prevé el artículo 33.3 de la Constitución» (FJ 4.º).

La Sentencia llega a una conclusión negativa (desestimatoria) con base en el argumento de que se viene a remediar precisamente una situación de insolvencia de un Montepío privado de carácter voluntario; pero obsérvese que en el propio planteamiento antes transcrito queda prejuzgada la posibilidad de que, si efectivamente se hubiesen sacrificado derechos adquiridos, el juego del artículo 33.3 de la CE hubiese determinado el necesario reconocimiento del derecho a indemnización. ¿Y si la Ley impugnada hubiese negado aun en tal supuesto cualquier tipo de indemnización? La contestación es obvia: se trataría de una ley inconstitucional por vulneración del artículo 33.3.

Añadamos, en relación con la comentada Sentencia 208/1988, el significativo —y excelente— voto particular de los Magistrados Profesores RUBIO LLORENTE y TRUYOL SERRA, cuyo disenso del fallo de la Sentencia se apoya en los siguientes argumentos, que, en cierta medida, suponen una severa y acertada actitud crítica con respecto a la línea jurisprudencial que el TC viene manteniendo en esta materia: 1) que es discutible el sentido extremadamente restrictivo que el TC (Sentencia 27/81) viene dando al principio de seguridad jurídica, que no exige ciertamente la petrificación del Ordenamiento Jurídico, pero sí el respeto a las garantías enunciadas explícitamente como tales»; 2) que existen auténticos derechos adquiridos por los pensionistas que ya venían percibiendo las pen-

siones, que ahora no se garantizan, con anterioridad a la norma impugnada —y en este mismo sentido hay que interpretar la anterior Sentencia 134/1987, sobre limitación *para el futuro* de las pensiones que se causen por encima del techo establecido en la Ley de Presupuestos); 3) «que esa reducción implica una privación de un derecho patrimonial es cosa que no necesita mayor demostración», lo que «evidencia lo insostenible de una doctrina que no pone más límite que el de los derechos fundamentales, a la indefinida irretroactividad de las normas».

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR: INDEMNIZACIÓN EXPROPIATORIA Y RESPONSABILIDAD

6. ¿Qué hubiese ocurrido en el caso de que las citadas Sentencias del Tribunal Constitucional hubiesen declarado la inconstitucionalidad de las leyes impugnadas por entender que venían a expropiar, sin indemnización alguna, el derecho del funcionario a ser jubilado a la edad establecida en el momento en que ingresó en la Función Pública? Obviamente, aquí estaríamos ante un supuesto (el único, a mi juicio) de responsabilidad del Estado-legislador: el daño tendría entonces su causa en una Ley inconstitucional, luego el Estado (como personalidad única a la que son imputables los actos —normativos o singulares, o actuaciones materiales— de cualquiera de sus poderes y organismos) habría de responder del daño causado.

Si, pues, la Ley es constitucional, ¿cómo hablar de responsabilidad del Estado-legislador (o, dicho más precisamente, del Estado por los actos realizados por los órganos que tienen atribuida la potestad legislativa)? El Tribunal Constitucional, negando la existencia del derecho adquirido a jubilarse a una determinada edad, ponía la solución ciertamente difícil; pero, al mismo tiempo, abría una grieta en su dogmática (y discutible) postura, al reconocer que los daños producidos por la jubilación anticipada y sus consecuencias negativas «... de no ser corregidas, pueden merecer algún género de compensación» (2).

(2) Afirmar la, a mi juicio, incorrectamente llamada «responsabilidad del Estado legislador», como consecuencia de la aplicación reglada de preceptos con rango de Ley formal (no declarados inconstitucionales), no deja de ser un enfrentamiento radical con ideas que constituían la opinión común en la doctrina de fines del XIX. Valgan un par de ejemplos:

Así es que, si bien se mira, lo que se hace es traer aquí la distinta fundamentación de la teoría de la indemnización expropiatoria y de la que genera la responsabilidad. La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1987 es suficientemente (y discutiblemente, pues admitir la «expropiación de intereses» hubiese sido jurídicamente más claro) explícita: «... si a nadie le es lícito dañar a otro en sus intereses sin venir obligado a satisfacer la pertinente indemnización, menos puede hacerlo el Estado al establecer sus regulaciones generales mediante normas de cualquier rango, incluso las leyes, de lo que se infiere que, si fácticamente se da perjuicio alguno para ciudadanos concretos, económicamente evaluables, ellos deben ser indemnizados».

7. Se ha querido, pues, salvar la constitucionalidad de la Ley, y, al mismo tiempo, justificar posibles indemnizaciones, siempre que se den las circunstancias del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico. Ahora bien, a falta de una regulación expresa en nuestro ordenamiento positivo, el Tribunal Supremo ha tenido que llenar la laguna legislativa: «... la falta de atribución del caso a un departamento ministerial determinado, como consecuencia de tener su base la petición en un acto legislativo, lleva a este Tribunal... a establecer la competencia del Consejo de Ministros para conocer de tal pretensión en vía administrativa que... deberá ordenarse, en cuanto a su tramitación, a través del Ministerio de Justicia...» (se refiere al caso de la jubilación de Jueces y Magistrados); que, en el caso de funcionarios de la Administración Central, habrá que entender la referencia hecha al Ministerio competente. Obsérvese, por lo demás, que en el caso presente la función fiscalizadora de la Jurisdicción contencioso-administrativa ha ido mucho más allá del carácter *revisor* que normalmente se le atribuye, configurando todo un procedimiento de reclamación para llenar la laguna legal.

8. La doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer ha

Decía LAFERRIERE: «Es de principio que los daños causados a particulares por medidas legislativas no le dan ningún derecho a indemnización. La Ley es, en efecto, un acto de soberanía y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que pueda reclamar ninguna compensación. Sólo el legislador puede apreciar si debe acordar esta compensación» (*Traité de la Jurisdiction administrative*, 2.^a ed., 1896, tomo II, pág. 12).

L. MICHOUX (en *De la responsabilité de l'Etat*, en «Revue Droit Public et de la Sc. P.», 1895, tomo II, pág. 284): «En nuestra organización constitucional al menos, la cuestión de la responsabilidad por falta no se puede plantear en relación con los actos del poder legislativo. Puede decirse en verdad que el legislador no comete falta en sentido jurídico del término, porque su derecho no tiene límite de orden constitucional o legal.»

venido a acabar con las reservas mentales de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales en las que cuestiones similares se encontraban planteadas. No todas, sin embargo, se han ajustado a las mismas reglas de interpretación. Así, mientras la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla (Sentencias de 16 y 22 de noviembre de 1988), frente a recurso en el que se solicitaba, en primer lugar, la anulación del acto administrativo de jubilación y, asimismo, el reconocimiento de la correspondiente indemnización, desestima la primera pretensión y, en cuanto a la segunda, remite a la reclamación previa en vía administrativa, tal como el Tribunal Supremo ha establecido, otras Salas han dado el paso al frente que faltaba.

Así, la Audiencia Territorial de Valencia ha ido, en cambio, mucho más allá en sus decisiones: en su Sentencia de la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de 9 de mayo de 1988 *estima parcialmente* el recurso (pues, obviamente, no anula la jubilación) y declara «el derecho del recurrente al resarcimiento de los daños y perjuicios efectivamente producidos por el acto de jubilación anticipada, resarcimiento cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia» (3).

(3) Los diferentes criterios utilizados por las distintas Salas de lo Contencioso-Administrativo —que en algunos casos llegan a cuantificar la condena a la Administración, declarando la obligación de abonar al prematuramente jubilado la diferencia mensual entre los haberes pasivos que se le han señalado y los que percibiría de seguir en el servicio activo— no deben extrañarnos si se tiene en cuenta las propias vacilaciones del Tribunal Supremo. Así, cuando el Tribunal Constitucional ya había pronunciado su discutible Sentencia 108/1986, de 29 de julio («no hay expropiación, pero podría haber lugar a la reparación del daño causado por vía de indemnización»), el Tribunal Supremo, con su decepcionante Sentencia de la Sala Quinta de 29 de noviembre de 1986, se encarga de cerrar la pequeña puerta abierta a la esperanza, afirmando: «... no puede argumentarse que la reducción de la edad de jubilación es una medida expropiatoria, ya que sólo son expropiables la privación de bienes y derechos e incluso intereses patrimoniales legítimos, pero en ningún caso lo son las expectativas; más aún, la doctrina jurídica y jurisprudencial considera, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no los eventuales o futuros, con la consecuencia de que esa privación no es expropiatoria». Jurisprudencia que reitera la propia Sala Quinta en su Sentencia de 18 marzo 1988.

Afortunadamente, esta doctrina ha venido a ser corregida en las tres Sentencias del Tribunal Supremo en Pleno dictadas en 15 de julio de 1987 y 25 de septiembre siguiente, examinadas en el texto; ahora bien, una vez que, promulgada la Ley de Planta, ha entrado en vigor la nueva ordenación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial, con una sola Sala de lo Contencioso-Administrativo en el Tribunal Supremo, vuelve a plantearse la duda sobre el porvenir de esta jurisprudencia: ¿progresistas o involucionistas?

En la nota 1 nos hemos referido a algunas valientes Sentencias dictadas por órganos judiciales situados en instancias inferiores de la Organización Judicial, relativas al tema del posible derecho a indemnización por privación de puestos de trabajo posteriormente declarados incompatibles. Ahora bien, en materia de indem-

9. En fin, roto el «tabú» de la irresponsabilidad del Estado-legislador, es inevitable que surja asimismo una jurisprudencia limitativa de la expansión del contrario principio de la responsabilidad. Valga, pues, la referencia a la Sentencia de la Sala Tercera

nización por actos del Estado-legislador, merece una especial referencia la Jurisprudencia establecida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia, cuya doctrina ha sido difundida y comentada por las revistas de la especialidad y, en general, por la casi totalidad de la prensa nacional. Valga como ejemplo la Sentencia dictada por la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la dicha Audiencia Territorial (de la que fue Ponente un notable especialista en la materia jurídico-administrativa, el señor Blasco Esteve), que reconoce el derecho a indemnización solicitado por un funcionario de la Dirección General de Correos y Telégrafos del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, jubilado anticipadamente al cumplir la edad de sesenta y cinco años por aplicación automática del artículo 33 y concordantes de la Ley 30/1984. Empecemos por señalar que la pretensión del demandante había sido correctamente planteada: no se postulaba la anulación del acto administrativo declarativo de la jubilación (cuya cobertura legal y constitucional era evidente); lo que se pretendía era obtener indemnización por el daño sufrido por la aplicación singular de la referida Ley. «Esta pretensión —nos dice la Sentencia en su Fundamento Jurídico II— debe ser acogida por esta Sala, al amparo de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en dos Sentencias de 15 de julio de 1987 y en otra de 25 de septiembre del mismo año. Según esta doctrina, con el adelanto de la edad de jubilación forzosa se plantea la cuestión de la llamada responsabilidad del Estado legislador, responsabilidad que hay que entender existente en nuestro sistema jurídico, cuando la aplicación de la 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 causa legal en los artículos 9 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.» «Esta responsabilidad se halla huérfana de regulación específica en nuestro Derecho y su procedencia o improcedencia debe dilucidarse al amparo de los valores y principios expresamente reconocidos en nuestra Constitución y de los principios generales del Derecho (Sentencia del Tribunal Supremo 15 de julio de 1987). Por consiguiente, no puede colegirse que de tal ausencia de regulación derive la exención de responsabilidad para el Estado, ya que si a nadie le es lícito dañar a otro en sus intereses sin venir obligado a satisfacer la pertinente indemnización, menos puede hacerlo el Estado al establecer sus regulaciones generales, mediante normas de cualquier rango, incluso las Leyes; de lo que se infiere que si fácticamente se da perjuicio alguno para ciudadanos concretos, económicamente evaluables, ellos deben ser indemnizados si, además, concurren los restantes requisitos señalados en la Ley (Sentencia del Tribunal Supremo 25 de septiembre de 1987).» Hasta aquí, como se advierte, la Sentencia se limita a aplicar y reiterar la doctrina ya establecida por el Tribunal Supremo en Pleno; pero en el Fundamento Jurídico III se añade por su cuenta: «A la anterior conclusión no se le puede objetar que el daño producido es un *perjuicio justificado* al venir establecido en una Ley. La doctrina de la responsabilidad del Estado-legislador encuentra su fundamento en la producción de un perjuicio anormal o especial en la esfera jurídica de alguno o algunos administrados, perjuicio que supera entonces el nivel de tolerabilidad de las cargas comunes que implica la convivencia social y que todos debemos soportar. Cuando el daño producido adquiere esa dimensión, el perjuicio se convierte en antijurídico, deviniendo una lesión resarcible, en la terminología que emplea nuestro Derecho positivo (arts. 106.2 de la Constitución y 40 de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).» «Esta lesión o perjuicio antijurídico se puede causar perfectamente a través de una norma de rango legal; esta idea deriva tanto de la referencia del artículo 9.3 de la Constitución a las responsabilidades de los poderes públicos como, sobre todo, del dato consistente en que el ámbito de aplicación del artículo 106.2 de la misma norma no tiene por qué reducirse a la Administración Pública, sino que puede entenderse extensible a otros

del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1988, que desestima la petición de indemnización reclamada al Estado por una empresa en liquidación, por las indemnizaciones que ésta hubo de abonar a sus trabajadores en aplicación de la Ley de Amnistía 46/1977, al

poderes públicos, como es el poder legislativo, ya que la norma fundamental habla aquí de lesión consecuencia del funcionamiento de los servicios, y en el caso que aquí analizamos estaríamos en presencia de lo que la doctrina francesa llama el servicio público de legislación, del mismo modo que existen responsabilidades del Estado por el servicio público de la justicia, regulada ésta por normas especiales (art. 121 de la Constitución).»

La doctrina del «Servicio Público de legislación» podrá ser discutible, pero la conclusión a que la Sentencia llega y la exposición general de los fundamentos en que se basa constituyen una espléndida muestra de los resultados a que se puede llegar cuando en la interpretación del ordenamiento jurídico se mezclan en dosis adecuadas el sentido de la justicia, el sentido común y la preparación jurídica del juzgador. He mantenido anteriormente que, para mí, el único supuesto claro de «responsabilidad del Estado-legislador» sólo se da cuando los daños causados tienen su origen en la aplicación de una Ley declarada inconstitucional (lo cual tendría su equivalente en la tradicional «responsabilidad por falta»). Lo que ocurre es que la teoría de la indemnización (con su propio fundamento jurídico y su propia justificación) va mucho más allá de lo que la teoría de la responsabilidad abarca: por supuesto, incluye todos aquellos casos en los que la ley produce un efecto expropiatorio de indiscutibles derechos subjetivos; pero el efecto expropiatorio alcanza también, obviamente, a la alteración —aunque tenga su origen en la ley— del principio de igualdad ante las cargas públicas, que, en definitiva, es el fundamento y la justificación última que la institución de la expropiación forzosa tiene en nuestro ordenamiento jurídico, dado el alcance que a la misma se da en el artículo 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954: privación singular y coactiva, por razón de interés público o interés social, incluida la «mera cesación de su ejercicio», de «derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan».

Por último, permitámonos una consideración final. La Constitución española no sólo ha constitucionalizado las indemnizaciones expropiatorias (art. 33.3), sino, con toda la amplitud que contiene la redacción del artículo 106.2, la teoría de la responsabilidad patrimonial. Y es precisamente la colocación sistemática de este último precepto (dentro del título IV, que lleva por rúbrica «Del Gobierno y de la Administración») el argumento que se invoca para intentar demostrar que sólo la Administración Pública está legitimada pasivamente frente a la reclamación de indemnización de los administrados. El argumento, sin embargo, no es convincente. En primer lugar, como de su propia definición se desprende, el título IV incluye tanto al Gobierno como a la Administración, que, de acuerdo con el artículo 97, parecen ser dos cosas distintas, al primero de los cuales se atribuye precisamente la dirección de la segunda y se le atribuye la potestad reglamentaria; y así se explica, por cierto, que el artículo 106.1 hable de que los Tribunales controlan «la potestad reglamentaria» (sin añadir, de la Administración). Admitase, pues, cuando menos, que el precepto constitucional se refiere al Poder ejecutivo en su conjunto, verdadero núcleo del poder del Estado y, en régimen parlamentario, verdadero y real responsable de la legislación que se aprueba en el Parlamento.

En segundo lugar, el requisito de que «la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos» no excluye, como es obvio, el caso de que dicho funcionamiento se haya realizado en ejecución de lo dispuesto en la Ley. Si, por volver a los ejemplos del texto, la Ley prohíbe el desempeño de dos puestos de trabajo que antes se desempeñaban legalmente, o jubila anticipadamente a funcionarios públicos que de acuerdo con la legislación anterior no hubiesen finalizado su servicio activo, el daño real sufrido por el destinatario de la Ley no se produce hasta que, en aplicación de ésta, se declara la incompatibilidad o se decreta la jubilación. El problema únicamente se planteará cuando la Ley niegue expresamente

no poder readmitirlos por haber cesado en sus actividades. No se advierte aquí retroceso en relación con la jurisprudencia antes estudiada, pues, a nuestro juicio, el dato diferencial es decisivo; el daño no surge aquí del funcionamiento (normal o anormal) de los servicios públicos, ni tampoco de actos administrativos dictados en pura y simple ejecución de lo dispuesto en una Ley no declarada inconstitucional, sino que se trata de la aplicación de una Ley a relaciones entre particulares (empresarios y trabajadores), es decir, en las que no ha sido parte el Estado.

IV. ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA TEORÍA GENERAL

10. La fuerza expansiva del Estado de Derecho ha de chocar ciertamente en su evolución con los obstáculos inevitables que se oponen por los «defensores del Poder». Y quede establecido desde ahora que tan consustancial a la existencia del Estado es el poder, como la libertad individual y los derechos de los particulares; pues, como bien se ha observado, la clave del moderno Estado de Derecho está en la tensión «autoridad-libertad» (GIANNINI). Entre estos obstáculos se encuentran dos renuentes teorías cuya expulsión del Derecho público siempre parece topar con una última, y sutil, reserva mental: la teoría de los actos políticos o de Gobierno y la teoría de la irresponsabilidad del Estado-legislador. Es esta última el objeto de nuestra preocupación.

11. Ya hemos visto cómo nuestra jurisprudencia ha iniciado, aunque desordenadamente, los primeros pasos para acabar con la irresponsabilidad. Pero ¿hasta qué punto contamos ya con elementos para construir una teoría general de la responsabilidad?

Para empezar, digamos que se respeta la indemnización expropiatoria. Todo el esfuerzo de nuestro Tribunal Constitucional para negar el derecho subjetivo de los funcionarios a jubilarse a los setenta años da por supuesto que en la hipótesis contraria (es decir, cuando se sacrifica auténtico derecho subjetivo) habría expropiación y, por tanto, derecho a indemnización (art. 33.3 CE).

la indemnización; es entonces cuando se podrá discutir la constitucionalidad de esa Ley ante el Tribunal Constitucional y, en el caso de que sea declarada inconstitucional, es cuando estaremos en presencia de la llamada responsabilidad del Estado legislador.

Solución a la que, por cierto, podría haberse llegado sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la ley que adelantaba la edad de la jubilación: hubiese bastado con decir que, en el silencio de la misma, habría que presumir la existencia del derecho a indemnización al amparo del artículo 33.3 de la Constitución.

Esta última reflexión nos pone sobre la pista de lo que constituirá un segundo supuesto de responsabilidad: si la Ley se hubiese declarado inconstitucional y consiguientemente anulado, la procedencia de reparar el daño causado a los perjudicados por la aplicación de la ley hubiese sido indiscutible.

Hasta aquí, el hilo conductor de los casos examinados lo constituye el principio de la indemnización expropiatoria; pero, como ya observamos, lo que la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional tiene de paradójicamente equitativo es negar y afirmar al mismo tiempo (no hay derecho expropiado, luego no hay indemnización..., pero pudiese existir perjuicio digno de compensación) soluciones incompatibles. ¡A menos, claro está, que tal incompatibilidad no exista! Lo que inevitablemente nos conduce al intento de aplicar a la actividad del Estado-legislador la doble justificación en que, respectivamente, se apoyan la teoría de la expropiación y la teoría de la responsabilidad, intento que nos conduciría a no menos sorprendentes conclusiones.

En efecto, el diferente punto de partida de estas teorías arranca de la vieja (pero no por ello incorrecta) concepción de que la indemnización expropiatoria es la consecuencia de una actividad *lícita* de la Administración —es decir, desde el punto de vista del dañado, de una obligación por su parte de soportar la operación expropiatoria— con la simultánea compensación que implica el reconocimiento de su derecho a percibir el justo precio del bien sacrificado. La teoría de la responsabilidad tiene su origen, en cambio, en la idea de «falta del servicio» (idea no anulada por completo, como en otras ocasiones he creído demostrar, con la avanzada fórmula del artículo 40 de nuestra Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado); supuesto lo cual, ¿cuándo comete falta el legislador? Desde el punto de vista jurídico-positivo, *sólo cuando se trata de una Ley declarada inconstitucional*.

Al llegar aquí, éste sería el resumen de las anteriores reflexiones: a) toda carga o sacrificio impuesto por ley no declarada inconstitucional ha de ser soportado por el administrado, quien, no obstante, podrá reclamar indemnización cuando dicha carga sea

expropiatoria (art. 33.3 CE); *b*) toda ley declarada inconstitucional genera un derecho a indemnización a favor de quienes hayan sido perjudicados por la aplicación de la dicha ley.

12. El concepto de expropiación forzosa se convierte así en el concepto clave para establecer cuándo debe indemnizar el Estado en el ejercicio de su potestad legislativa. El riguroso y bien definido concepto que se diseña en el artículo 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 está pensado frente a acciones concretas y singulares de la Administración, extensibles, a lo sumo, al ejercicio de la potestad reglamentaria; pero ¿y cuando se trata de leyes formales emanadas del Poder legislativo? Aquí resulta necesario revisar las bases constitucionales del sistema, completando, hasta donde sea preciso, el artículo 33.3 de la Constitución (que no es sólo la constitucionalización del instituto de la expropiación forzosa en su versión tradicional), cuyo fundamento está obviamente en el principio solidario de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas: la indemnización no es sólo el precio de la «clásica» transferencia coactiva de bienes privados a la Administración (con el consiguiente enriquecimiento de ésta); lo que la Constitución subraya es la compensación debida a alguien que ha sido «privado de sus bienes y derechos... por causa justificada de utilidad pública o interés social». El sacrificio, cabalmente por la causa que se invoca, debe ser soportado *por todos*.

13. Dicho lo anterior, volvamos al examen de los casos concretos:

a) En cumplimiento de un reglamento o directiva de la Comunidad Económica Europea, se dicta una ley que prohíbe el cultivo vinícola en nuestro país por encima de determinados límites, obligando a arrancar las plantaciones excedentes. Sin ninguna duda se genera derecho a indemnización; y si la ley la prohibiese, sería inconstitucional. Aquí el artículo 33.3 es directamente aplicable.

b) Una ley sobre medidas económicas reduce el sueldo de *todos* los funcionarios públicos en un 10 por 100. Dada la generalidad de la carga, sería difícil tacharla de inconstitucional; aunque algunas cuestiones quedarían abiertas a la discusión: ¿se han «castigado» también las rentas del capital?; ¿se ha establecido algo análogo en relación con las rentas de trabajo del sector privado, pues que la economía afecta a todos?

c) Una ley para disminución del gasto público dispone la reducción de un 25 por 100 del personal al servicio de la Administración, para lo cual adopta alguna de estas fórmulas:

a') Cesar a cuantos funcionarios no hayan alcanzado una antigüedad de diez años de servicios efectivos. ¿Tendrían derecho a indemnización? Obviamente, mi contestación es positiva.

b') Estableciendo una jubilación anticipada a los sesenta años de edad. Esta medida afecta indudablemente a las *expectativas* de carrera de todos los funcionarios en activo; pero particularmente afecta y sacrifica los derechos e intereses de: 1) quienes, habiendo superado los sesenta años, continuaban en el servicio activo por no haber cumplido la anterior edad de jubilación (hablar aquí de *expectativas* sería un puro dislate jurídico); 2) quienes cumplen sucesivamente la edad de sesenta años, sin alcanzar el tiempo de servicios para obtener una adecuada pensión pasiva (en función precisamente de los servicios efectivamente prestados) y, en todo caso, perdiendo la diferencia de retribuciones entre los haberes activos y pasivos. En todos estos casos se impone razonablemente el reconocimiento de una compensación económica (4).

(4) La evolución del Derecho francés es también significativa. Hasta una época reciente, el principio era el de la *irresponsabilidad absoluta del Estado Legislador*. Los daños causados por una Ley no daban derecho a indemnización (Consejo de Estado, 29 de abril de 1921, *Société Premier et Henry*; la sociedad fue obligada a cerrar como consecuencia de la Ley de 16 de marzo de 1915, que prohibió la venta del ajenjo). La solución era diferente cuando la propia Ley había previsto el régimen de indemnizaciones (caso de la Ley citada en relación con ciertos productores) o, por aplicación de la teoría del «hecho del príncipe», cuando el daño se causaba a un contratista del Estado, aunque entonces se tratase de responsabilidad contractual (C. d'E., 10 de enero de 1908, *Noirè et Bayssac*).

El principio de irresponsabilidad ha sido abandonado después del *arrêt La Fleurette* (C. d'E., 14 de enero de 1938); seguido, un poco más tarde, por el *arrêt Caucheteux* (21 de enero de 1944). Las razones de este abandono residen en el progreso general realizado por la responsabilidad del poder público y, en particular, por el progreso de la idea de *igualdad ante las cargas públicas*; se ha dicho que en tal caso las viejas ideas de la soberanía de la ley y del Parlamento no deben ser obstáculo a que la colectividad compense los perjuicios que causan los textos legales o reglamentarios. El principio es, pues, actualmente, que la responsabilidad del poder público *puede ser* encontrada por el Juez Administrativo con motivo de leyes o de medidas de aplicación de la Ley (C. d'E., 28 de octubre de 1949, *Société des Ateliers du Cap Janet*). En un *arrêt* posterior (1 de diciembre de 1961, *Lacombe*), el C. d'E. ha reconocido que el perjuicio causado a un funcionario por una ley que convalidaba una medida de integración de otros funcionarios (medida que había sido anulada por exceso de poder) era susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado «sobre la base del principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas». Más notable aún: en el *arrêt Bovero* (25 de enero de 1963) el Consejo de Estado ha reconocido derecho a indemnización a los propietarios de los locales ocupados por los militares que servían en África del Norte durante la guerra de Argel por los daños causados por una Ordenanza que prohibía la expulsión de

14. Como se vio al examinar las Sentencias del Tribunal Supremo en Pleno de 15 de julio y 25 de septiembre de 1987, nuestro Alto Tribunal se planteó la necesidad de organizar un procedimiento especial para exigir responsabilidad al Estado-legislador. No comparto la creencia en tal necesidad.

La ley, en cuanto tal, no produce daños concretos; éstos nacen de su aplicación. Así, en los ejemplos citados, ordenando al viniticultor que arranque sus viñas, despidiendo al funcionario sobrante, o jubilando anticipadamente al afectado. Es entonces cuando, además, debe comenzar el cómputo del plazo de un año que establece el artículo 40 de la LRJAE. Nada empece, pues, a que se inicie y aplique el procedimiento normal (ni siquiera la consideración de que el acto, por ser mera aplicación automática de una ley, no es «fiscalizable» por la jurisdicción contencioso-administrativa), si no fuese por una consideración de tipo práctico que puede resultar

estos ocupantes. Por otra parte, una decisión de la Asamblea de 30 de marzo de 1966 (*Compañía General de Energía Radio Eléctrica*) ha extendido estas soluciones a los daños causados por Convenciones Internacionales, las cuales tienen valor de ley.

Las condiciones para que se dé la responsabilidad del Estado-legislador han sido estrictamente exigidas por la Jurisprudencia del Consejo de Estado: a) En primer lugar, es necesario que la ley no haya querido excluir la reparación, bien expresamente (por ejemplo, la Ley de 13 de abril de 1946, que ordenó el cierre de las «casas de tolerancia» precisando que «no da lugar a ninguna indemnización»), bien implícitamente, porque así lo deduzca el Juez Administrativo de la intención y circunstancias de los trabajos preparatorios (C. d'E., 7 de junio de 1940, *Syndicat du Commerce des Blés*). b) Es necesario, además, que el perjuicio sea especial y de una «gravedad suficiente». En cuanto a la primera exigencia, dado el carácter general de la ley, habría que descubrir un perjuicio especial del reclamante o de un pequeño grupo de individuos. Naturalmente, de aquí se derivaba que la responsabilidad fuese rara: en los asuntos *La Fleurette* y *Caucheteux* se trataba, efectivamente, de empresas especializadas en la producción particular, de la cual eran los únicos fabricantes. Pero decisiones más recientes (especialmente *Bovero*) demuestran que la teoría es aplicable a casos en que existe una pluralidad de víctimas, a pesar de que constituyan una categoría limitada de individuos; no sería aplicable, en cambio, al conjunto de propietarios afectados por la Ley de 3 de diciembre de 1956, que prohibía toda expulsión de inquilinos en invierno (C. d'E., 10 de febrero de 1961, *Consorts Chauche*). c) En fin, es necesario tener en cuenta también la finalidad perseguida por la ley; por tanto, «la naturaleza de las actividades a las que afecta». A tal respecto, es evidente que la responsabilidad del Estado se descarta cuando la ley tiende a suprimir actividades reprobadas o fraudulentas. La idea ha sido firmemente subrayada desde el propio *arrêt La Fleurette*; en el *arrêt Compagnie Générale de la Grande Pêche* (14 de enero de 1938) se rechazó el recurso de dicha sociedad, que introducía alcohol de contrabando en los Estados Unidos y que solicitaba reparación por los daños resultantes de un Decreto destinado a poner fin a tal fraude. Además, la Jurisprudencia parece excluir la responsabilidad cuanto la Ley actúa en «interés general preeminente», como puede serlo la protección de la salud pública o la lucha contra el alza de los precios (C. d'E., 15 de julio de 1949, *Ville d'Elbeuf*, y C. d'E., 23 de enero de 1952, *Tramways de Limoges*) (A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 5.ª ed., París, 1970, págs. 658 a 661).

decisiva: plantear la reclamación al Consejo de Ministros supone llevar la competencia jurisdiccional al Tribunal Supremo. Parece que efectivamente sea él quien se pronuncie definitivamente en estas cuestiones.