

11. Culmina el bloque y el conjunto del coloquio la aportación del Profesor SANTOS BOTELHO, relativa al acto y las nuevas pretensiones condenatorias en el proceso administrativo desde la perspectiva de la ejecución de sentencias anulatorias, es decir, las más típicas de esta jurisdicción. En ella, tras un recuerdo somero del derecho anterior, se da cuenta de las novedades vigentes desde el 1 de enero de 2004, que vienen a dar cumplimiento a las exigencias introducidas por las reformas constitucionales de 1989 y 1997, en virtud de las cuales el proceso contencioso-administrativo había de pasar a ser un sistema de tutela de derechos en el que la relación jurídica subyacente, esto es, la situación jurídica de las partes, ocupara la posición central. Desde el punto de vista de la ejecución, esta impronta queda reflejada en la posibilidad, originaria o sobrevenida, de acumular diferentes pretensiones que se adhieran a la más usual de condena, sin tener que reservar al proceso ejecutivo la exigencia a la Administración de reponer al administrado vencedor en la situación anterior a la producción del acto recurrido, eso sí, con requisitos tales como la compatibilidad sustancial de las pretensiones acumuladas o su conexión objetiva, e incluso su compatibilidad procesal, que depende de la efectiva competencia del tribunal encargado de la causa para conocer de ambas. En fin, junto a lo anterior, se enumeran sumariamente algunas garantías adicionales para asegurar el cumplimiento del fallo judicial, tales como la posibilidad de imponer la ejecución provisional de sentencias; la extensión de sus efectos a terceros; la entrega judicial de la cosa debida, si ésta es fungible, o la imposición de multas coercitivas para provocar la dación de las no fungibles; la compensación de créditos en el caso de condena al pago de cantidad líquida, y un largo etcétera que respalda la sinceridad de la decisión legislativa de asegurar la más completa sujeción de la Administración al control judicial.

12. En definitiva, sean bienvenidas iniciativas como la que ha devenido finalmente en el volumen que tenemos entre manos, sobre todo entre dos países que, por razones de vecindad geográfica, cercanía cultural y asociación intensa en

el seno de la Unión Europea, marco común que propicia la superación de desconfianzas mutuas no tan lejanas, están llamados a colaborar intensamente en el campo del Derecho administrativo sectorial —el complejo pero progresivo alumbramiento del Mercado Ibérico de la Electricidad es un buen ejemplo—, para lo cual nunca es irrelevante el conocimiento profundo de las grandes cuestiones generales.

Fabio PASCUA MATEO.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 2005.

I

La primera impresión que ofrece este libro es modesta. Se presenta como una mera recopilación de comentarios a un conjunto de sentencias judiciales que se han pronunciado sobre una oscura cuestión técnica, propia de un puñado de especialistas del Derecho. Pero las apariencias engañan. Las sentencias comentadas suponen «una importantísima innovación jurisprudencial», sin antecedentes en nuestro Derecho; innovación que atañe directamente a la estructura más profunda de nuestro sistema jurídico, hasta el extremo de poder hablar de «una transformación del sistema jurídico entero». Y los distintos capítulos del libro, bajo la humilde forma de comentarios, llevan al lector por el Derecho comparado, la historia constitucional y el análisis del Derecho español y de su marco comunitario en un recorrido deslumbrante.

El objetivo del libro es llano: llamar la atención sobre un fenómeno aparentemente menor y de interés limitado a los especialistas; y formular una crítica frontal, siempre desde el respeto y sometida expresamente a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho, a esa «extraña institución»: la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

No espere el lector encontrar una descripción detallada de la doctrina jurisper-

dencial que, en los últimos años, ha llevado a más de un centenar de condenas a la Administración general del Estado «por hecho de las leyes». El libro presupone al lector familiarizado con ella, y la labor descriptiva queda relegada principalmente a notas a pie de página (por ejemplo, en las págs. 24, 73, 135, 153 ó 230). Es cierto que algunas de esas apostillas son amplias; pero ninguna pretende ofrecer una visión completa de los distintos pronunciamientos judiciales. Las sentencias son analizadas cuidadosamente en el texto, desde luego. Pero siempre en el plano de las ideas: los fundamentos jurídicos que sostienen la posibilidad de que el Estado deba indemnizar los daños o perjuicios causados por leyes son sometidos a un estudio detenido, que forma el nervio del libro. Nunca en el plano propiamente jurisprudencial, ceñido a las circunstancias del caso y al fallo que lo resuelve, así como a las analogías o discordancias entre distintas familias de sentencias. Es, pues, una obra crítica y de análisis teórico; no descriptiva ni exegética o de análisis jurisprudencial estricto.

La descripción de la jurisprudencia contencioso-administrativa que aquí se critica debe ser buscada en otras obras, quizá las escritas por «los autores que la respaldan y la alientan». Entre ellas destacan las monografías de Consuelo ALONSO GARCÍA sobre *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador* (Madrid: Marcial Pons, 1999), primera dedicada específicamente a la nueva línea jurisprudencial, que estudia con rigor; y, sobre todo, la obra de Roberto GALÁN VIOQUE, cuyo libro sobre *La responsabilidad del Estado Legislador* (Barcelona: Cedecs, 2001) ofrece un marco de referencia al libro de GARCÍA DE ENTERRÍA. Es cierto que la obra recensionada ofrece una valoración de la jurisprudencia sobre la responsabilidad del legislador diametralmente opuesta a la de GALÁN VIOQUE: lo cual acrecienta el interés en leer ambas, pues su confrontación es la que alumbrá plenamente el debate iniciado, y sin duda esencial para un desarrollo fructífero de nuestro Derecho vigente.

Quien se enfrasque en esa tarea, empero, no debe olvidar las fuentes que nutren doctrinalmente las monografías de los profesores ALONSO y GALÁN (y que son re-

cordadas en numerosos momentos; por ejemplo, en las notas a pie de las págs. 25, 67, 79 ó 142). Son de especial relieve los artículos debidos a la pluma de GARRIDO FALLA, en particular «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la STS de 30 de noviembre de 1992» y «A vueltas con la responsabilidad patrimonial del Estado legislador: las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991 y 5 de marzo de 1992» (publicados en el núm. 118 de esta REVISTA, 1989, págs. 35-56, y en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 77, 1993, págs. 125-166, y núm. 81, 1994, págs. 111-); emocionante ejemplo de que los hombres morimos pero las ideas perviven y, si lo merecen, nutren el Derecho vigente tras la muerte de quienes las formularon: un significado esperanzado del aforismo *ars longa, vita brevis*, que es ilustrado por el eco que suscita la obra del profesor GARRIDO en el actual y vivísimo debate sobre la responsabilidad del legislador. Debate cuyas acusas fueron prendidas hace ya tiempo por un estudio debido a la pluma de Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, publicado en esta REVISTA en 1972 con el título de «La teoría de la responsabilidad del Estado legislador» (núm. 68 de esta REVISTA, 1972, págs. 57-); hoy, como ayer, pórtico obligado de cualquier estudio profundo en esta materia.

El libro recensionado ofrece una gaviña de análisis monográficos: seis en total, uno por cada capítulo que lo vertebraba. En el prólogo, el autor explica que ha preferido reunirlos, manteniendo casi intocada su redacción original, en vez de llevar a cabo la sistematización en que había pensado inicialmente. Sin duda, el autor consigue con ello una exposición más vivaz, y testimonio renovado de quien «tiende a sentir el Derecho como lucha por el Derecho más que como un artefacto lógico o sistemático». Sentimiento que muchos discípulos compartimos con el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA y que ayuda a explicar la honda influencia de sus ideas.

II

La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español puede

ser dividido en dos partes principales. La primera, que abarca los tres primeros capítulos, consiste en un análisis demoledor de tres fundamentos de la jurisprudencia que ha afirmado la existencia de dicha responsabilidad en nuestro Derecho: el principio de protección de la confianza legítima (capítulo I); el principio de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9, apartado 3, de la Constitución (capítulo II); y la jurisdicción de los Tribunales del orden contencioso-administrativo para decidir acciones de condena contra el legislador (capítulo III).

Los siguientes tres capítulos ofrecen un registro diferente: aunque cada uno de ellos es independiente, en su conjunto permiten vislumbrar el edificio conceptual que anima el pensamiento de GARCÍA DE ENTERRÍA en materia de responsabilidad legislativa. En esencia, puede decirse que su cimiento se encuentra en la garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: garantía de la que nacen las figuras paralelas, pero distintas, de la expropiación forzosa y de la responsabilidad patrimonial (como es obvio, la explicación más acabada de este planteamiento puede encontrarse en el texto clásico del *Curso de Derecho Administrativo*, escrito por el autor con Tomás Ramón FERNÁNDEZ: puede verse en el esquema mismo que ordena el tomo II del *Curso*, títulos quinto y sexto, el cual engloba bajo la rúbrica de «sacrificio y lesión del patrimonio del administrado» el estudio de la expropiación forzosa y de la responsabilidad patrimonial de la Administración, págs. 15, 209 y 357 de la 9.ª edición, de 2004).

Así, el capítulo IV del libro recensionado versa sobre «La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del legislador en el Derecho comparado». El capítulo V estudia las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional, prestando una particular atención a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en el caso de la Ley de *costas* (STC 149/1991, de 4 de julio). Finalmente, el capítulo VI y último se centra en el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional.

No tendría sentido intentar resumir el contenido de estos distintos capítulos,

cada uno de ellos digno de una lectura atenta que, sin duda, deparará numerosos frutos que desbordan el tema de la responsabilidad del legislador. El comentarista debe limitarse a incitar al lector a cumplir su papel. Cabe advertirle, eso sí, de que la primera lectura del texto, espolada por el interés del tema y la brillantez de la prosa, no será suficiente: la riqueza de materiales, perspectivas e ideas que se acumulan en las páginas de la obra demandan lecturas ulteriores, ceñidas a temas o desarrollos concretos, venero de enseñanzas y de intuiciones certeras.

Confieso mi predilección personal por los pasajes dedicados a exponer cómo la teoría de la responsabilidad patrimonial del legislador entronca con el antiguo Derecho, y sería por ende un cuerpo extraño en los sistemas jurídicos que surgen de las revoluciones liberales iniciadas en Filadelfia y en París en las postrimerías del siglo de las luces. El Antiguo Régimen mantiene todavía la premisa de «el viejo y buen Derecho», arraigado en costumbres y privilegios seculares de alcance local y privativo: ese cosmos de derechos adquiridos, los *iura quesita*, justifica la resistencia del orden jurídico ante leyes nuevas; leyes que pueden ser acatadas pero no obedecidas como «cartas desaforadas» o, al ser llevadas a efecto, dar lugar a indemnizaciones por la pérdida de los derechos preexistentes. Frente a esta concepción arcaica, el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA contrapone el Estado legislativo nacido de las revoluciones constitucionales: supremacía del legislador, que ejerce un poder que «es ya, resueltamente, un poder de innovación del Derecho existente, sin que frente a esta potestad soberana pueda ser opuesto ningún derecho subjetivo de nadie a permanecer en las regulaciones que son definitivamente derogadas y sustituidas»; y fundamento democrático del poder, que hace de la ley «la expresión por excelencia de la soberanía del pueblo» (pág. 51). Exposición de largo aliento que tiene una consecuencia ineluctable: el principio de confianza legítima no puede ensancharse hasta hacer quebrar el orden jurídico moderno, poniendo en cuestión el papel central de la ley y su condición de motor del cambio constante que caracteriza a las sociedades contemporáneas.

En este punto, el libro lanza un toque de clarín, alto y fuerte: hacer pagar al Estado indemnizaciones por los cambios legislativos, a todos aquellos que invoquen un perjuicio derivado de la derogación de las normas anteriores, conduce a la petrificación o congelación del Derecho (por ejemplo, págs. 35, 45, 67, etc.). El autor recuerda la Ley 9/2002, de 24 de abril, que ha aprobado un crédito extraordinario en los presupuestos generales del Estado para atender la avalancha de indemnizaciones reconocidas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo como consecuencia del gravamen complementario del juego de 1990. Y se hace eco de los cálculos esbozados en materia de anticipación de la edad de jubilación de los funcionarios públicos, que hubiera podido ascender a una cifra capaz de afectar al volumen del déficit público de España y, por ende, haberla alejado de la moneda única europea. Y concluye: el «principio *fiat iustitia, pereat mundus* parece excesivo como precio de una simple convicción doctrinal» (pág. 69).

También resulta deslumbrante el análisis del concepto de representación, que nuestra Constitución ha situado en su pórtico como resultado directo del sometimiento del poder público al pueblo. El libro traza con mano maestra los orígenes de esta nueva cosmovisión, en escritos de LOCKE o de JEFFERSON que luego son plasmados en textos jurídicos revolucionarios, literalmente. Resuena en esta parte del libro el eco de una de las obras señeras de la cultura española: *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa* (Madrid: Alianza, 1994), donde GARCÍA DE ENTERRÍA abordó con profundidad el marco dentro del cual esta nueva obra deja situada, de manera irrevocable, la doctrina de la responsabilidad del legislador.

El capítulo II muestra cómo todas las autoridades del Estado son fiduciarias del pueblo, ante quien deben rendir cuentas: responsabilidad política, por tanto, que en la interpretación que defiende el libro es la única que quedaría consagrada, como principio constitucional, en el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución española. Reviste especial importancia el estudio del propio término «responsabili-

dad», tanto en el idioma inglés como en español (sobre todo, págs. 90 y 106). Y el apunte sobre la aparición de la palabra en la Constitución de Cádiz, acta fundacional de nuestro atormentado constitucionalismo, así como el contraste que separa a la Constitución de 1978 con el régimen anterior: un caudillo que responde ante Dios y ante la historia, no ante el pueblo.

Cierto es que, al menos en el constitucionalismo gaditano, la responsabilidad de los oficiales del Rey no corresponde con lo que hoy denominamos, en sentido estricto, responsabilidad política. La obra recoge que nuestra primera Constitución apuntaba a la responsabilidad personal de las autoridades, especialmente los jueces, en términos que podían dar lugar a su destitución por pérdida de la «fidelidad», pero también a responsabilidades penales o civiles, como ha estudiado con detalle MARTA LORENTE SARIÑENA (*Las infracciones a la Constitución de 1812: un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988) y anota el libro reseñado (pág. 107, por ejemplo). Quizá la interpretación sistemática del propio texto constitucional de 1978, que el libro desarrolla con remisiones bibliográficas, o sus antecedentes inmediatos en el Derecho comparado, pueden ofrecer un asiento menos ambiguo a la interpretación defendida que el que resulta de nuestro primer constitucionalismo.

Los seis capítulos del libro suman estos argumentos, de fondo histórico y constitucionalista, a una amplia pléyade de razones de carácter netamente jurídico, especialmente en la segunda parte. Toda la obra dedica una especial atención al Derecho comparado, en parte por su importancia intrínseca en España y en parte porque ha tenido una especial relevancia en la jurisprudencia sobre las indemnizaciones por daños legislativos. Su estudio abarca a los Estados Unidos de América y a las principales democracias europeas: Reino Unido, Francia, Alemania e Italia. La atención se centra especialmente en el país gallo, cuna del contencioso-administrativo, del *Droit administratif* y de la propia doctrina de la responsabilidad patrimonial derivada de leyes válidas. Su análisis de la famosa sentencia *La Fleurette*

(1938) y su progenie es, simplemente, imprescindible. Lo mismo cabe decir de su observación (en págs. 56 y 172 y ss.) de que el maestro DUGUIT es, simultáneamente, teórico de una responsabilidad general del legislador y artífice de la teoría de las situaciones jurídicas objetivas, susceptibles siempre de modificación por la norma: norma general, cabría apostillar; resistente frente a derogaciones singulares.

También reviste un interés singular el análisis que la obra dedica al Derecho de la Unión Europea. Aunque el autor afirma en el prólogo que no ha estudiado en este libro la responsabilidad que se genera por infringir el Derecho comunitario, «porque se trata de un problema completamente diferente» (pág. 21), no puede por menos de dedicar páginas jugosas a las doctrinas nacidas en Luxemburgo, sede del Tribunal de Justicia (en particular las págs. 37 y ss. o 162 y ss.).

En la segunda parte del libro, como se apuntó antes, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA esboza una posible teoría general que le permite analizar de forma sistemática la responsabilidad del Estado por sus leyes. En estos capítulos finales el análisis sigue unos derroteros más jurídicos y, por ende, menos atractivos para quienes no comparten la vocación que une a los juristas profesionales. En esta parte el libro gana en densidad técnica lo que pierde en riqueza cromática. Manteniendo, en todo momento, el pulso académico y la atención del lector, que se ve confrontado con los problemas aplicativos de primer orden de la doctrina jurisprudencial, problemas que se encuentran en estado de ebullición en el Derecho vigente en España.

III

La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español abre un debate necesario y, al tiempo, lo sitúa en un elevado nivel académico y pragmático (no hay nada más práctico que una buena teoría, aprendí de su autor).

Nuestra cultura jurídica es poco dada a debates de verdad: no son infrecuentes las discrepancias entre profesores, de mayor o menor enjundia, pero siempre cercadas por la indiferencia de las restantes profesiones jurídicas: jueces, abogados y

procuradores, fiscales, abogados del Estado y otras entidades públicas, asesores fiscales, secretarios judiciales, notarios y registradores... La idea de una profesión jurídica resulta de todo punto ajena a una realidad social como la española donde, incluso, el diálogo y la carrera universitaria de los profesores de Derecho se fragmentan en áreas de especialización separadas hasta la incomunicación. Ello es especialmente lamentable en el caso de la Universidad y de la Justicia: dos ámbitos cuyo diálogo sólo puede redundar en una mejora para ambas.

La aparición de este libro culmina el diálogo crítico que el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ha entablado con una doctrina jurisprudencial novedosa y de importancia capital. Una doctrina que, hasta que empezaron a aparecer los distintos estudios que ahora ven la luz en este volumen, había sido recibida de manera predominantemente positiva por los estudiosos de nuestro sistema jurídico o, simplemente, había sido dejada en una esquina de los anaqueles (o de los lectores de discos electrónicos) como cuestión oscura de interés exclusivo para algunos especialistas en el Derecho público.

Este libro cambia drásticamente ambas percepciones. Y tiene el mérito, inusual entre nosotros, de ofrecer una crítica respetuosa y al mismo tiempo firme de «una doctrina jurisprudencial que ha consagrado una teoría general que parece firmemente establecida» (pág. 74, nota), hasta el extremo de haber dado lugar a una nueva voz en el tesoro analítico de Aranzadi, como anota el autor (pág. 77, nota). A partir de estos estudios de GARCÍA DE ENTERRÍA ya nada será igual: ni los estudios doctrinales ni la jurisprudencia. Lo primero lo atestigua algún trabajo reciente de gran calidad, como el de Juan Francisco MESTRE DELGADO («La responsabilidad del Estado legislador», en J. DÍAZ DELGADO [dir.], *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, págs. 97-179). También es posible leer alguna sentencia próxima que ha reflejado la existencia de la crítica a la jurisprudencia vigente, aunque su *ratio decidendi* (la inexistencia de daños y de nexo de causalidad en el caso planteado) haya terminado siendo ajena

al desacuerdo (por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, *Codereca SA contra Generalidad de Cataluña*, de 2 de mayo de 2003, recurso núm. 1646-1998, Aranzadi JUR 2004\34398).

Mientras los Tribunales más directamente concernidos, el Supremo y el Constitucional, pronuncian la última palabra (que nunca es la última en el plano del Derecho, sino tan sólo en el caso), es posible apuntar alguna reflexión, suscitada por la lectura de este brillante libro.

No hay duda alguna que la doctrina de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador tiene una importancia capital, capaz de alterar los cimientos de nuestro edificio jurídico y constitucional. Igualmente, que su formulación en términos absolutos es insostenible, y que su aplicación generalizada supondría una extralimitación judicial incompatible con la democracia.

A partir de esta coincidencia básica con las tesis sostenidas por el libro, queda un ancho campo de estudio y análisis teórico y de práctica jurisprudencial. Estudio y práctica que, también sin duda, dependerán asimismo de la praxis legislativa futura que, por cierto, también está evolucionando: como apunta el libro reseñado, es preciso «abordar y resolver el importante problema de los daños producidos por las Leyes (Leyes hoy abiertas a todos los Parlamentos autonómicos, que podrían en algún caso sentir la tentación de resolver por Leyes específicas o *ad hoc* sus necesidades expropiatorias...)» (pág. 213).

Campo que el propio GARCÍA DE ENTERRÍA deja abierto expresamente. Contra lo que parece desprenderse de algunas afirmaciones aisladas, quizá especialmente abundantes en sus estudios iniciales, el autor no niega de raíz la posibilidad de que los poderes públicos deban abonar indemnizaciones por razón de leyes; ni que esta responsabilidad del Estado legislador pueda ser declarada por los Tribunales judiciales, en particular los del orden contencioso-administrativo. Lo que afirma es que se trata de un supuesto excepcional, y desde luego mucho más limitado que el que ha alumbrado la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo.

Concretamente, el autor admite dos, o

incluso tres, supuestos de responsabilidad legislativa: uno, cuando una ley española infrinja el Derecho comunitario, que se somete a los principios propios de ese Derecho supranacional (págs. 134 y concordantes); dos, leyes declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional cuando, además, se encuentren pendientes procesos sin fuerza de cosa juzgada (págs. 277 y concordantes); y tres, las leyes de contenido expropiatorio que son válidas en abstracto, pero cuyo justiprecio o sistema indemnizatorio resulta ser luego insuficiente en algunos casos aislados, en los términos que el autor expone a la luz de la doctrina de la Sentencia *costas* (STC 149/1991, de 4 de julio: págs. 212-216).

La mera enunciación de estas «excepciones a la regla general» de que no cabe exigir responsabilidad al Legislador por sus actos normativos, ni deducir demanda en este sentido ante los Tribunales contenciosos, muestra que no se trata de arrancar la doctrina de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador del jardín de nuestro Derecho; sino tan sólo de podar algunas de sus ramas, que amenazan el conjunto. Pero son muchos los jardineros, incluso si se comparte el diagnóstico.

La separación entre los supuestos de leyes inconstitucionales y de leyes válidas es, sin duda alguna, esencial. Tanto que no sé en qué medida pueden seguir cobijadas dentro de una misma teoría y, menos aún, de una misma jurisprudencia. Asimismo, parece claro que el libro ha centrado su atención en leyes de contenido normativo: las leyes de caso único o las leyes medida (que incorporan decisiones que hubieran podido ser adoptadas mediante acto administrativo) reciben una atención marginal, no sin resaltar la extraordinaria importancia de la reciente Sentencia constitucional *ampliación del Parlamento de Canarias* (STC 48/2005, de 3 de marzo). Y, muy relevante en mi opinión, se le otorga una gran importancia al dato de si la ley ha sido aprobada por un Parlamento (poseedor de la «investidura democrática» de la que carecen los Gobiernos o el Consejo de Ministros de la Unión Europea, en la referencia de una nota de la página 39): pero luego no parece que se saque mayor punta a la diferencia entre los productos normativos de es-

tas dos fuentes de normas con rango de ley, que ocupan posiciones radicalmente diferentes en su sometimiento «a la ley y al Derecho» que los Tribunales deben guardar.

El paso inicial de cualquier teoría en esta materia debe abordar, en primer lugar, los daños causados por leyes inconstitucionales. En este punto, al que la obra dedica su capítulo más extenso (el VI), me temo que no coincido con su diagnóstico. Ello no es debido a discrepancias en su razonamiento, cuya lógica es impecable, sino al punto de partida: el autor asume que la doctrina constitucional es correcta, y por ende critica la solución dada por el Tribunal Supremo en el caso de la contribución especial de las tragaperras (que ha dado lugar al grueso de las sentencias de la Sala Tercera). Pero creo que es preciso repensar las premisas del razonamiento, a partir de dos axiomas:

- 1) el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, de las leyes con una grave tardanza (en el caso de las tragaperras, más de seis años: la Ley 5/1990, de 29 de junio, fue anulada por la Sentencia 173/1996, de 31 de octubre); retraso que no tiene visos de mejorar en el próximo futuro, pero que no debe ser soportado por los ciudadanos, a quienes la Constitución debe proteger con eficacia a pesar de ese defecto central en sus instituciones de garantía;
- 2) la Sentencia *Vidacar SL contra Delegación de Hacienda de Baleares* (STC 159/1997, de 2 de octubre) establece una doctrina profundamente errónea: la aplicación por un juez de una ley que vulnera la Constitución vulnera, además del precepto infringido por la norma misma, el derecho fundamental a la tutela judicial; y el recurso de amparo, mientras se encuentre pendiente, impide que el proceso judicial del que dimana pueda ser considerado fenecido con fuerza de cosa juzgada.

Ahora bien, la doctrina constitucional es la que es, mientras no la cambie el Pleno del Tribunal Constitucional. Por ende,

el cierre del recurso de amparo a todas las empresas que habían abonado un tributo inconstitucional, que habían pleiteado en todas las instancias y grados del sistema judicial, y que tenían razón aunque los Tribunales en esos casos se la negaron erróneamente, pero cuyos recursos de amparo fueron, finalmente, denegados todos en aplicación de la doctrina *Vidacar* (STC 159/1997), creó un grave problema: la inaplicación efectiva de la Constitución, por causa de la demora en enjuiciar una ley. Este problema fue resuelto por la doctrina del Tribunal Supremo de la única manera justa: condenando al Estado a abonar las cantidades percibidas con vulneración de la Constitución, con los intereses legales.

Quizá la construcción doctrinal de la Sala Tercera no fue del todo rigurosa en algunas de sus formulaciones ni, sobre todo, discernió con claridad entre los distintos supuestos creados por la diferente conducta procesal de los contribuyentes. Sin embargo, en mi opinión las vacilaciones se deben, en gran medida, a la desgraciada técnica que siguen nuestros Tribunales de última instancia de copiar y recopiar fundamentos jurídicos idénticos o similares en cada una de sus sentencias, a pesar de resolver asuntos análogos, con todo tipo de variaciones personales inspiradas por la pluma de los distintos magistrados ponentes, en vez de aprobar una sentencia de principio y remitirse a ella en las ocasiones sucesivas en que resulta determinante para la litis.

Sea como fuere, creo que la jurisprudencia que impone al legislador que repare las privaciones de derechos que luego se declaran inconstitucionales, y por ende pueden ser calificadas jurídicamente como daños y perjuicios o, en otros términos, lesiones que no existía deber jurídico de soportar, una vez anulada la ley que les dio cobertura en su momento, es sustancialmente correcta; al menos mientras no se corrija la doctrina constitucional *Vidacar* (STC 159/1997), así como la interpretación enormemente restrictiva de la declaración de nulidad de las leyes. Razonar por qué no me parecen convincentes las razones que llevan al libro a permitir solamente el resarcimiento en los casos pendientes de sentencia nos llevaría a complejas cuestiones, nacidas de

la interacción del Derecho sustantivo y procesal y de la jurisdicción constitucional con la mal llamada «jurisdicción ordinaria». Me limito a anotar que los supuestos reales en que sería posible obtener reparación serían mínimos, dados los retrasos que padece el Pleno del Tribunal Constitucional: quienes hubieran conseguido paralizar sus pleitos mediante el planteamiento efectivo de una cuestión de inconstitucionalidad. Los restantes deberían atenerse a lo que, en su día, ordenó una ley; a pesar de ser una ley contraria a la Constitución.

En este punto, creo mucho más persuasiva la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la vulneración del Derecho comunitario por una ley debe dar lugar a una reparación suficiente, incluso si ello conlleva volver atrás en el tiempo hasta el momento en el que los ciudadanos iniciaron los procesos a que se vieron obligados para defender sus derechos (ver, por ejemplo, la STJCE *Rudy Grzelczyk*, de 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99, ffjj 48-55, con abundantes referencias a su doctrina).

En conclusión: menos retrasos en el enjuiciamiento constitucional de las leyes y/o un mayor alcance temporal de las nulidades declaradas respecto a los textos contrarios a la Constitución reducirían el ámbito de la responsabilidad del legislador. Si los retrasos se mantienen o empeoran, o si se consolida la jurisprudencia constitucional de nulidades mínimas, la doctrina de la responsabilidad civil del legislador seguirá siendo, simplemente, imprescindible para mantener un sistema normativo justo, sometido en términos reales a la Constitución.

En lo relativo a leyes válidas, la doctrina de la responsabilidad patrimonial del legislador está expuesta a todos los peligros que GARCÍA DE ENTERRÍA agudamente ha puesto de manifiesto en su obra. Tan sólo anotar dos dudas.

La primera es que la garantía de los derechos patrimoniales, con ser importante, no parece ser la única matriz posible de una teoría sobre la responsabilidad del legislador: otras libertades y derechos pueden verse afectados por las leyes en términos que merezcan la calificación de daño. Algunos casos juzgados en el seno

del Derecho comunitario, que es el ordenamiento que al fin y al cabo ha introducido en España la declaración judicial de daños incluso frente a leyes, atañen a libertades económicas, como la de industria y comercio, de establecimiento o de libertad de servicios. Incluso si refundiéramos esas libertades en un concepto amplio de derechos patrimoniales, quedaría la posibilidad de lesiones en libertades que podríamos considerar morales, como la libertad de la persona o su intimidad, o incluso el derecho a la vida: derechos personalísimos que sólo de manera forzada o muy figurada cabría considerar como «garantías del patrimonio». La observación no sólo tiene una consecuencia teórica: la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 22 febrero 2000 (RJ 2000\2329), por ejemplo, enjuició la petición de indemnización planteada tras la declaración de inconstitucionalidad de una ley que vulneraba el derecho a la inviolabilidad del domicilio; derecho que no parece razonable tildar de patrimonial, en modo alguno.

La segunda duda es que el binomio regulación-privación de derechos no parece bastar, por sí solo, para encuadrar analíticamente todos los supuestos de responsabilidad legislativa. Por la misma razón por la que la insuficiencia de un justiprecio o indemnización legal, aunque haya superado en abstracto el criterio del «proporcional equilibrio» que compete al Tribunal Constitucional, puede justificar en un caso concreto una indemnización que lo complete, podría sostenerse la necesidad de indemnizar «daños incidentales» provocados por una regulación que, en sustancia o en sus términos generales, es compatible con la Constitución.

Naturalmente estas ideas, esbozadas aquí casi como intuiciones, requieren de una precisión mucho mayor que la adecuada o posible en este momento. Pero todas estas reflexiones apresuradas, y otras muchas que se quedan en el tintero, son testimonio del poderoso influjo que ejerce el libro objeto de estas líneas. No sé si es posible afirmar que, en España, la cuestión de la responsabilidad patrimonial o civil en Derecho público es un «mundo de pesadilla», como ha afirmado recientemente un *Law Lord* inglés en re-

lación con su propio Derecho (Lord Brown-Wilkinson, citado por Patrick BIRKINSHAW en *European Public Law*, Londres: Butterworths, 2003, pág. 435). Si puede afirmarse, sin género de dudas, que este libro ofrece un rayo de luz: quien quiera orientarse en el mundo de la responsabilidad patrimonial del legislador deberá seguirlo.

Ignacio BORRAJO INIESTA

GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando: *El régimen jurídico de los vinos de calidad producidos en regiones determinadas* (Prólogo del profesor Luis MORELL OCAÑA), Ed. Atelier, Barcelona, 2003, 436 págs.

El vino se encuentra ligado a nuestra cultura y a nuestra historia; nuestras vides ya tenían un reconocido prestigio en el Imperio romano, y nuestros caldos se exportaban a Roma. Por ello, lo acertado y original de esta obra hace que atrape al lector desde el título y nos acerque a un régimen jurídico desconocido, a pesar de las repercusiones económicas de los vinos de calidad de toda Europa y su renombre a nivel internacional.

La obra se encuentra prologada por el profesor Luis MORELL OCAÑA, en cuya breve exposición realiza un completo encuadre de la materia y de su inclusión dentro del patrimonio etnográfico.

La estructura de este estudio se organiza en cuatro capítulos. En el primero de ellos se aborda una breve introducción en la que se delimita el concepto de «vinos de calidad producidos en regiones determinadas» (VCPRD), caracterizados por su mayor calidad y perfectamente diferenciados de los denominados «vinos de mesa». A la vez que se ponen de relieve la importancia de la regulación comunitaria en esta materia y las dificultades que la misma ha planteado.

El segundo capítulo persigue un acercamiento a una serie de conceptos ligados a la materia objeto de estudio. La primera figura analizada es la denominación de origen, que goza de una importante tradición en el Derecho comunitario. En el caso de los productos de origen vitícola,

un nombre geográfico alcanza el rango de denominación de origen cuando designa a un vino ligado al mismo por su origen, elaboración y tradición. El autor también realiza un esclarecedor comentario sobre su naturaleza jurídica, como derecho de propiedad industrial y comercial, y las principales similitudes y diferencias con respecto a las marcas y al nombre comercial.

La Indicación Geográfica Reconocida surge a partir de la necesidad de aglutinar bajo una nueva figura a aquellos productos que no cumplían los estrictos requisitos exigidos para las denominaciones de origen. Es calificada como una categoría de «segundo género», a pesar de que la protección que se le concede es idéntica que a las denominaciones de origen. Coincidimos con el autor en que la existencia de estas dos figuras ocasiona una confusión en los consumidores, ante la dificultad de diferenciarlas.

Las relaciones entre el concepto de VCPRD y las denominaciones de origen son materia del capítulo III de la obra. Para entender sus puntos comunes hay que partir del origen de los VCPRD, que surgen con la intención de integrar en una misma figura las distintas concepciones existentes en Europa.

Las dos tendencias se caracterizaban por o bien dar primacía al origen geográfico del vino y su vinculación con el mismo (las clásicas denominaciones de origen), o bien por dar mayor relevancia a un vino de calidad, con independencia de su origen. De ahí que la categoría resultante agrupara a los vinos de *calidad* y producidos en *una región determinada*. Por tanto, es lógico que la categoría VCPRD tenga importantes similitudes con las denominaciones de origen.

Debemos tener presente que, como aclara el autor al inicio de este tercer capítulo, en la normativa vitivinícola no es aplicable el esquema tradicional denominación de origen - indicación geográfica reconocida; en su lugar, hay que referirse a los VCPRD - vinos de mesa con indicación geográfica. El autor considera que estas especialidades son lógicas por cuanto el carácter integrador del concepto de VCPRD permite englobar vinos de distintos niveles de calidad, y, además, los vinos de mesa con indicación geográfica re-