

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA  
FACULTAD DE DERECHO**



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

---

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO  
LEGISLADOR POR LAS LEYES TRIBUTARIAS  
INCONSTITUCIONALES Y EL  
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**

---

**TESIS DOCTORAL**

PROGRAMA DE DOCTORADO “DERECHOS Y GARANTÍAS DEL  
CONTRIBUYENTE”

DOCTORANDO: ITAMAR DA SILVA SANTOS FILHO  
DIRECTOR: DR JOSÉ MARÍA LAGO MONTERO

SALAMANCA, 2012

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA  
FACULTAD DE DERECHO



VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA

---

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR  
LAS LEYES TRIBUTARIAS INCONSTITUCIONALES Y EL  
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**

---

Tesis doctoral presentada por D. Itamar da Silva Santos Filho para obtener el grado de Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, dirigida por el Doctor José María Lago Montero, Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Salamanca, habiendo obtenido la Suficiencia Investigadora en el marco académico del Programa de Doctorado “Derechos y Garantías del Contribuyente”

El Director de la Tesis  
Fdo. Dr. José M<sup>a</sup> Lago Montero

El Doctorado  
Fdo. Itamar da Silva Santos Filho

Dedico esta tesis doctoral a mis padres Itamar Santos y Maria da Conceição, que siempre me han amado y apoyado de forma incondicional, y que por las lecciones de vida que me han proporcionado, deben sentirse en este momento coautores de este trabajo. A mi novia Sabrina, verdadera compañera que ha quedado a mi lado en esta odisea española. A mi familia, amigos, compañeros de trabajo y alumnos, que han creído en este intento y que han contribuido a su realización.

Agradezco al Director de esta tesis doctoral, Prof. Dr. José María Lago Montero, genuino ejemplo de persona que brilla en el campo personal y profesional, por su disposición a ayudarme en todos los momentos posibles y por sus contribuciones valiosas a la realización de este trabajo.

## SUMARIO

<b>ABREVIATURAS</b> .....	10
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	12
I. Justificación .....	12
II. Objeto de estudio .....	14
III. Estructura y contenido .....	17
<b>1. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA TEORÍA TRIBUTARIA</b> .....	19
<b>PARTE I</b> .....	19
1.1 Consideraciones generales sobre el enriquecimiento sin causa en el Derecho romano clásico .....	19
1.1.1 <i>Condictio in debiti</i> .....	23
1.1.2 <i>Condictio sine causa</i> .....	25
1.1.3 <i>Negotiorum gestio</i> .....	27
1.1.4 <i>Actio de in rem verso</i> .....	30
1.2 El enriquecimiento injusto en el Derecho Justiniano .....	32
1.3 El enriquecimiento sin causa en el Derecho intermedio.....	34
1.4 El enriquecimiento sin causa .....	36
1.4.1 <i>Introducción</i> .....	36
1.5 La configuración dogmática del instituto del enriquecimiento sin causa.....	41
1.5.1 <i>La teoría unitaria del desplazamiento patrimonial</i> .....	41
1.5.2 <i>La teoría de la ilicitud</i> .....	42
1.5.3 <i>La doctrina de la división del instituto</i> .....	43
1.6 El enriquecimiento injusto y las figuras conexas .....	45
1.7 Los requisitos básicos de la acción de enriquecimiento sin causa .....	46
1.7.1 <i>El enriquecimiento de una de las partes y el correlativo empobrecimiento de la otra</i> .....	49
1.7.1.1 Objeto de la obligación de restituir el enriquecimiento.....	52
1.7.2 <i>La conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento</i> .....	53
1.7.3 <i>La falta de causa justificativa del enriquecimiento</i> .....	56
1.8 La justificación del carácter “subsidiario” de la acción del enriquecimiento sin causa .	64
1.9 Los posibles supuestos de ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa.....	72
1.9.1 <i>Gestión de negocios ajenos</i> .....	72
1.9.1.1 Concepto.....	72
1.9.1.2 Naturaleza jurídica.....	78
1.9.1.3 Distinción entre la gestión de negocios ajenos y el enriquecimiento sin causa .....	84
1.9.2 <i>El cobro indebido</i> .....	86
1.9.2.1 <i>Introducción</i> .....	86
1.9.2.2 Concepto y el fundamento normativo .....	89
1.9.2.3 Los requisitos.....	92
1.9.2.4 Los efectos del cobro de lo indebido .....	94
1.9.2.4.1 <i>Las obligaciones del que realiza el cobro indebido</i> .....	95
1.9.2.4.2 <i>Los derechos del que cobró lo pagado indebidamente</i> .....	97
1.9.2.5 El cobro indebido y el enriquecimiento sin causa .....	98
<b>PARTE II</b> .....	99
1.1 El enriquecimiento injusto en el Derecho administrativo .....	99
1.1.1 <i>Consideraciones generales</i> .....	99
1.1.2 <i>La equidad en la prohibición del enriquecimiento injusto administrativo</i> .....	102
1.1.2.1 Consideraciones parciales.....	102

1.1.2.2 La equidad y la buena fe como medios de reproche al aprovechamiento injusto de la Administración .....	105
1.2 Presupuestos del enriquecimiento injusto administrativo .....	108
1.2.1 <i>El primer presupuesto para la aplicación de la institución del enriquecimiento injusto es el efectivo enriquecimiento del demandado, esto es, de la Administración pública</i> .....	109
1.2.2 <i>El segundo requisito es que se haya producido un empobrecimiento del actor</i> ...	110
1.2.3 <i>El tercer requisito es la existencia de una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento de ambos patrimonios</i> .....	111
1.2.4 <i>El cuarto requisito es la falta de causa del enriquecimiento y correlativo empobrecimiento patrimonial</i> .....	111
1.3 Los supuestos del enriquecimiento injusto administrativo.....	112
1.3.1 <i>La gestión de negocios a favor de un ente administrativo y el enriquecimiento injusto</i> .....	115
1.3.2 <i>El pago de lo indebido</i> .....	117
1.3.2.1 Pagos indebidos realizados por entidades administrativas .....	118
1.3.2.2 Pagos indebidos a la Administración.....	119
1.4 Sobre la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento en Derecho administrativo..	119
PARTE III .....	120
1.1 El enriquecimiento injusto en Derecho tributario.....	120
1.1.1 <i>Generalizada admisión de la condictio indebiti como supuesto del enriquecimiento injusto en el Derecho tributario</i> .....	120
1.2 Régimen en materia de tributos .....	122
1.3 Fundamentos constitucionales de la restitución tributaria.....	132
1.3.1 <i>El principio de legalidad tributaria</i> .....	134
1.3.2 <i>La capacidad contributiva como eje en la devolución de los ingresos indebidos</i> .....	138
1.3.3 <i>Principio de seguridad jurídica y valor justicia</i> .....	142
1.4 El derecho a la devolución ¿es un derecho objetivo, de un derecho subjetivo o de un interés legítimo? .....	144
1.4.1 <i>La devolución de los ingresos indebidos como un interés legítimo</i> .....	145
1.4.2 <i>La devolución como un derecho subjetivo o un derecho objetivo</i> .....	146
1.5 Contenido del derecho a la devolución de ingresos indebidos .....	153
1.5.1 <i>Importe del ingreso indebidamente efectuado</i> .....	155
1.5.2 <i>Los intereses de demora</i> .....	156
1.5.2.1 El pago de intereses en las obligaciones civiles de devolución.....	158
1.5.2.2 El pago de intereses en las obligaciones de devolución de ingresos tributarios indebidos.....	159
1.6 La declaración de inconstitucionalidad y los ingresos indebidos.....	160
2 LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR EN MATERIA TRIBUTARIA .....	164
2.1 Consideraciones propedéuticas.....	164
2.2 Una primera aproximación a función de la responsabilidad patrimonial del Estado ...	165
2.3 La autonomía de la responsabilidad del Estado Legislador .....	172
2.4 El problema de la responsabilidad civil del Estado por actos legislativos .....	178
2.5 La Doctrina tradicional de la irresponsabilidad del Legislador.....	182
2.5.1 <i>La soberanía del Parlamento</i> .....	182
2.5.2 <i>La separación de los poderes</i> .....	194
2.5.3 <i>La generalidad de la Ley</i> .....	195
2.5.4 <i>Las prerrogativas del Legislador</i> .....	197

2.6 La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador como garantía de la responsabilidad de los poderes públicos.....	198
2.6.1 Principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas: Fundamento de la responsabilidad del Estado-legislador.....	200
2.6.2 El desarrollo de la responsabilidad patrimonial legislativa en el artículo 9.3 del texto constitucional español .....	203
2.7 Régimen de la responsabilidad patrimonial por actos legislativos.....	215
2.7.1 Responsabilidad subjetiva u objetiva .....	215
2.7.2 Los elementos de la responsabilidad por actos legislativos .....	217
2.7.2.1 Elemento subjetivo .....	217
2.7.2.2 El daño indemnizable .....	220
2.7.2.3 El nexo causal.....	223
2.8 Supuestos que provocan la responsabilidad del Estado Legislador .....	224
2.8.1 Responsabilidad por “acto lícito” .....	225
2.8.2 Responsabilidad por “acto ilícito” .....	226
2.8.2.1 Responsabilidad por ley inconstitucional .....	226
2.8.2.2 Autonomía de la obligación de indemnizar por los daños causados por la aplicación de leyes inconstitucionales (un derecho fundamental del ciudadano).....	232
2.8.2.3 Responsabilidad patrimonial derivada de las leyes inconstitucionales tributarias .....	237
2.9 El principio de protección de la confianza legítima .....	243
2.9.1 Introducción .....	243
2.9.2 El desarrollo dogmático de la confianza legítima .....	244
2.9.3 La confianza legítima como fundamento de la responsabilidad patrimonial del legislador en los cambios normativos tributarios .....	249
2.10 La teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador ante el Derecho comunitario europeo .....	256
2.10.1 Introducción .....	256
2.10.2 Los fundamentos y presupuestos del régimen general de la responsabilidad comunitaria.....	260
2.10.2.1 Fundamento y caracteres sistema de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por violación del Derecho comunitario europeo .....	260
2.10.3 Los presupuestos de la responsabilidad comunitaria .....	263
2.10.3.1 El daño.....	264
2.10.3.2 La lesión antijurídica .....	264
2.10.3.3 El nexo causal.....	269
2.10.3.4 La imputación .....	270
2.10.4 El régimen de la responsabilidad por actos normativos.....	271
2.10.4.1 La doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas .....	272
2.10.4.1.1 Limitación de la responsabilidad patrimonial extracontractual por el TJCE ....	277
2.10.4.2 La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	281
2.10.5 Contenciosos de restitución de lo indebidamente pagado .....	286
2.10.6 La acción de responsabilidad comunitaria .....	288
2.10.6.1 El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad comunitaria .....	289
2.10.6.2 Cuantía de la indemnización.....	291
2.11 La acción de responsabilidad por actos legislativos internos .....	292
2.11.1 Introducción .....	292
2.11.2 El procedimiento administrativo para exigir responsabilidad legislativa.....	294
2.11.2.1 De oficio .....	295
2.11.2.2 A instancia del interesado.....	296
2.11.2.3 Las reglas del procedimiento abreviado .....	297

2.11.2.3.1 <i>Naturaleza</i> .....	298
2.11.2.3.2 <i>Supuestos de aplicación</i> .....	298
2.11.2.3.3 <i>Variaciones sobre las reglas generales</i> .....	299
2.11.2.4 El silencio administrativo .....	301
2.11.3 <i>El control jurisdiccional de la responsabilidad del Estado Legislador</i> .....	302
2.11.3.1 La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre el control de la responsabilidad legislativa.....	302
2.11.3.2 El papel del Tribunal Constitucional en relación con las reclamaciones de responsabilidad por actos del legislador.....	305
2.11.4 <i>La prescripción de la acción</i> .....	307

3 LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA .....	312
3.1 Delimitación del objetivo de la investigación .....	312
3.2 El concepto de validez jurídica.....	312
3.2.1 <i>Algunas advertencias terminológicas</i> .....	312
3.2.2 <i>Criterios de validez jurídica</i> .....	319
3.2.2.1 Criterio iusnaturalista .....	319
3.2.2.2 Criterio normativista.....	321
3.2.2.3 Criterio realista .....	325
3.2.2.4 <i>Conclusión</i> .....	328
3.2.3 <i>Juicio de validez y juicio de constitucionalidad</i> .....	329
3.3 Concepto y concepciones de la justicia .....	331
3.3.1 <i>Tres conceptos de justicia</i> .....	332
3.3.1.1 El concepto amplio: la justicia como perfección.....	333
3.3.1.2 El concepto estricto: la justicia como legalidad .....	335
3.3.1.3 El concepto intermedio: la justicia como criterio de ordenación social.....	336
3.4 Los orígenes de la justicia constitucional en Europa.....	337
3.5 El control de constitucionalidad como garantía básica del Estado de Derecho .....	341
3.6 Análisis de los valores de la norma inconstitucional.....	346
3.7 Principales efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional .....	352
3.7.1 <i>La cosa juzgada</i> .....	354
3.7.2 <i>La vinculación de los poderes públicos</i> .....	357
3.7.3 <i>La fuerza de ley</i> .....	359
3.7.4 <i>La creación de derecho</i> .....	361
3.8 Los efectos temporales de la decisión de inconstitucionalidad .....	363
3.8.1 <i>Consideraciones generales</i> .....	363
3.8.2 <i>Efecto retroactivo</i> .....	366
3.8.3 <i>Efecto prospectivo</i> .....	370
3.9 La construcción de una proposición sobre los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad en materia tributaria .....	379
3.9.1 <i>Planteamiento general</i> .....	379
3.9.2 <i>La dimensión concreta de los principios de igualdad y seguridad jurídica como base para la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad de la norma tributaria</i> .....	381
3.9.3 <i>Las consecuencias en materia tributaria sancionadora</i> .....	388
3.9.3.1 La punibilidad de los incumplimientos de una norma declarada posteriormente inconstitucional.....	388
3.10 La retroactividad tributaria en la jurisprudencia constitucional española .....	390
3.10.1 <i>Consideraciones iniciales</i> .....	390



3.10.2 <i>Fundamento del principio de irretroactividad tributaria en la jurisprudencia constitucional española</i> .....	393
3.10.3 <i>El principio de capacidad económica</i> .....	395
3.10.4 <i>Los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza</i> .....	398
3.10.5 <i>El principio de interdicción de la arbitrariedad</i> .....	403
3.11 <i>La retroactividad de las normas tributarias</i> .....	405
3.11.1 <i>Consideraciones propedéuticas</i> .....	405
3.11.2 <i>El principio de irretroactividad en el Código Civil: presunción general de no retroactividad</i> .....	407
3.11.3 <i>El principio de irretroactividad en la Ley General Tributaria</i> .....	407
3.11.3.1 <i>Retroactividad implícita o “natural”</i> .....	409
3.12 <i>Retroactividad de las sentencias en materia tributaria</i> .....	416
3.12.1 <i>La eficacia temporal de las sentencias: i) Eficacia declarativa; ii) constitutiva; iii) y condenatoria</i> .....	416
3.12.2 <i>Eficacia temporal de las sentencias que anulan normas tributarias en las declaraciones de inconstitucionalidad</i> .....	417
3.12.2.1 <i>delimitación general</i> .....	417
3.12.2.2 <i>El binomio inconstitucionalidad - nulidad</i> .....	420
3.12.3 <i>Efectos de la nulidad de la norma tributaria sobre sus actos de aplicación</i> .....	422
3.12.3.1 <i>Revisión de actos: el límite de la firmeza</i> .....	423
3.12.4 <i>La llamada “doctrina prospectiva” en las sentencias que declaran la simple inconstitucionalidad de la ley tributaria: período interino y aprobación de una nueva ley por el Legislador</i> .....	429
3.13 <i>La retroactividad de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i> .....	433
3.14 <i>Dos salidas para los efectos inconvenientes de la declaración de inconstitucionalidad en materia tributaria</i> .....	434
CONCLUSIONES .....	435
REFERENCIAS .....	447

## ABREVIATURAS

*AO Abgabenordnung* (Ordenanza Tributaria alemana)

apdo. apartado

art. artículo

Arz. Arazandi

*Bd. Band* (tomo, volumen)

BGB Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)

BOE Boletín Oficial del Estado

*BVerfG Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal alemán)

*BVerfGG Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán)

*BVerfGE Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*  
(Recopilación oficial de Sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán).

CC Real Decreto Legislativo de 24 de julio de 1889. Código Civil

CE Constitución Española de 1978

D.F. Distrito Federal

DOCE Diario Oficial de la Comunidad Europea

DOUE Diario Oficial de la Unión Europea

Ed. Editorial

ed. edición

eds. Editores

EE.UU. Estados Unidos

[et al.] varios autores

FJ Fundamento Jurídico

*GG Grundgesetz* (Constitución alemana de 1949, Ley Fundamental de Bonn)

*Giur.Cost.* Giurisprudenza Costituzionale (revista)

IEF Instituto de Estudios Fiscales

INAP Instituto Nacional de Administración Pública

IRPF Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

*JZ Juristen Zeitung* (revista)

LEF Ley de Expropiación Forzosa

LGT 1963 Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (derogada)

LGT (2003) Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

LHL Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (derogada)

LJCA Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

LO Ley Orgánica

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial

LOTC Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

LPA Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958

LRJPAC Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

n. número

Org. organizador

*op. cit.* obra citada

p./pp. página/s

p. ej. por ejemplo

*QF* Quincena Fiscal (revista)

RD Real Decreto

RDFHP Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública

REDA Revista Española de Derecho Administrativo

REDC Revista Española de Derecho Constitucional

REDF Revista Española de Derecho Financiero

STC sentencia del Tribunal Constitucional

TC Tribunal Constitucional

TEAC Tribunal Económico-Administrativo Central

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJCE Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

trad.esp. traducción española

TRLHL Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales

ss. siguientes

v. Volumen

*vid.* véase

## INTRODUCCIÓN

### *I. Justificación*

El Estado de Derecho supuso una gran conquista para el ciudadano, que se tradujo, inicialmente, como máxima expresión de la soberanía popular, la proclamación de la Ley y el sometimiento de lo que hay dispuesto en ella a todos —y también de los poderes públicos—, no es menos que éste, no se agota con su mera formulación. Paulatinamente, el Estado de Derecho ha sido configurado en virtud de nuevos principios que sucesivamente han ido incorporándose a las legislaciones de los distintos Estados. El ciudadano, sea individual o en colectivo, ha sido siempre el punto central de la atención y de la justificación de tales principios.

La traducción del Estado de Derecho pasa por la configuración de estructuras estatales capaces de proteger los ciudadanos de las investidas impropias de otros ciudadanos, bien como, del propio Estado. Sin embargo, para la efectiva manutención de este sistema de protección es necesario un presupuesto, eso es, es imprescindible una fuente financiera para el sostenimiento del aparato estatal. Y gran parte de los recursos advienen de la tributación sobre los contribuyentes.

La imposición fiscal constituye en un deber jurídico y una carga pública dónde los sujetos apuerten las cantidades definidas en ley. La legalidad en la exigencia de los tributos es una limitación formal al poder de tributar del Estado. Empero, cuando esta exacción no viene revestida de los supuestos necesarios para la creación del tributo, ella estará lesionando un derecho básico de todo contribuyente que es la garantía de propiedad. En esta hipótesis, surge para los sujetos que sufrieron el menoscabo en su patrimonio el derecho de reclamar al Estado (Juez o Administración) los perjuicios causados por el propio Estado (Legislador, Administración o Juez).

La modulación de los efectos temporales de una sentencia que declara inconstitucional una ley tributaria impositiva puede ser un supuesto concreto de daños a sus destinatarios, desde que no se respete los principios inherentes y propios que acompañan los contribuyentes, pero esto no resulta fácil. Por esta razón, esta tesis se propuso a presentar una dogmática

jurídica tributaria conducente a los principios materiales y formales que dan sustentación al desarrollo de cualquier sistema tributario.

Además, de también presentar dos medios viables para la recomposición de los daños y perjuicios, cuando los instrumentos ordinarios de reparación no fueren suficientes para su menester.

En numerosos períodos de la historia más reciente, se ha tenido la sensación de que el Estado era una pesada maquinaria que mediatizaba la libertad individual contra la cual era difícil luchar y casi imposible defender; que se había pasado del poder absoluto del Monarca al absoluto poder del Estado. Poco a poco se reconoció la necesidad de establecerse las normas pertinentes a fin de no permitir al ciudadano inerme frente a la acción del Estado que pudiera causarle daño en sus bienes o derechos.

Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se muestra como un límite del poder del Estado en favor a la libertad individual. Se erige hoy como uno de los pilares fundamentales sobre los que descansa el Estado de Derecho. Se ha considerado la presunción de licitud de los actos estatales por el mero hecho de provenir de las Instituciones del Estado, a reconocer que, como en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, el que causa daño a otro es obligado a reparar el daño causado.

Bajo el concepto de la responsabilidad del Estado Legislador se esconden una serie de cuestiones jurídicas -y también extra jurídicas- que tienen como presupuesto la posición de los ciudadanos en relación a la actuación de los poderes públicos. La complejidad del estudio abordado se ve, en buena medida, multiplicada por la indeterminación en la cual se mueve el propio poder legislativo; lo que es inherente a su principal función de crear Derecho. La circunstancia de que los Parlamentos no cuenten en el ejercicio de la función legislativa con más límites que contenido de los principios y preceptos constitucionales -a los que en el ordenamiento español, habría también que añadir el denominado bloque de la constitucionalidad y el Derecho comunitario- sumada a la legitimación democrática que, por hoy, les caracteriza hace que pueda parecer incluso insolente que nos planteemos la posibilidad de la existencia de una obligación en reparar los daños que produzcan sus leyes. Hay que destacar que el mito de la irresponsabilidad de los poderes públicos en el ejercicio de

la autoridad, afortunadamente desaparecido de la esfera administrativa, encuentra, en nuestros días, un último refugio en la figura de las normas con rango de ley.

No cabe duda, pues, de que el Poder Legislativo no está exento de responsabilidad frente a los ciudadanos cuando incumple las obligaciones que le impone la Constitución o el Derecho comunitario, razón por la cual, la ausencia o la indebida actuación de un Estado a través de su Poder Legislativo debe provocar también, de forma general, el correlativo derecho de los ciudadanos afectados en obtener la correspondiente reparación.

En efecto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, establece la obligación de éstas, de indemnizar a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que los especifiquen. Y en esta visión, vamos desarrollar el camino para aclarar las dudas que mucho proyectan se cuando tratase de norma tributaria declarada inconstitucional. Al ser proyectada esta fundamental cuestión en nuestro Estado social actual y democrático de Derecho, en relación al deber constitucional de contribuir mediante el pago de tributos, se ve un aumento en su complejidad aunque también en su atractivo.

La finalidad en las próximas páginas consiste en llevar al lector a sumergir en esta problemática, haciéndole partícipe del interés y de los obstáculos que la misma plantea, mostrándole las múltiples aristas en un tema que necesitará, aún, el esfuerzo de varias generaciones de juristas para que sea resuelto. Ante un cierto aire escéptico doctrinal sobre la cuestión, este estudio parte del convencimiento de que sea posible sistematizar y racionalizar los criterios de definición y aplicación de los efectos temporales en la declaración de inconstitucionalidad en Derecho tributario, bien como estudiar el resultado de sus consecuencias.

## *II. Objeto de estudio*

El objetivo de la presente tesis es el análisis del contenido y de los efectos de la decisión de inconstitucionalidad de la ley tributaria, determinándose algunos de los puntos fundamentales del régimen jurídico de la invalidez de la ley inconstitucional.

Sin embargo, como se examinará en la presente investigación, este asunto presenta numerosas dificultades. Las muchas interrogantes que suscita el tema no mereceran, hasta hoy, las contestaciones debidas. En razón de los muchos intereses que rodean el sistema del control de constitucionalidad, aún más, con el incremento de la limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

Buscamos analizar las vicisitudes de la aplicación de la eficacia prospectiva en las leyes tributarias declaradas inconstitucionales. Apuntándose las incomodidades de esta eficacia a los derechos y garantías de los contribuyentes.

Además de ello, apuntamos también como objeto de ese trabajo el análisis general de la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes tributarias inconstitucionales. La controversia alrededor del problema en esa pequeña investigación se pasa, esencialmente, por la determinación de los fundamentos y supuestos de esa misma responsabilidad. Ésta constituye una cuestión interesante y rica en consecuencias.

La complejidad de la materia suscita indagaciones que necesitan contestaciones adecuadas y que tienen como presupuesto el ejercicio irregular del poder Legislativo. La posición del Parlamento como órgano de más grande representatividad y legitimidad dentro de los poderes del Estado, hace que muchos defiendan la imposibilidad de la existencia de obligación de reparar los daños que produzcan sus leyes. Resultando en la última muralla de la irresponsabilidad de los poderes públicos.

No obstante, a principios del siglo XX esta muralla empezó ruinar, León Duguit<sup>1</sup> en su compendio *Traité de droit constitutionnel*, presenta la tesis de la responsabilidad del Estado por actos legislativos. Más tarde, el famoso *Arrêt* del Consejo de Estado francés *La Fleurette*, de 14 de enero de 1938, pone fin al dogma de irresponsabilidad del Parlamento. Además, demuestra soluciones plausibles frente a situaciones de clara injusticia material provocadas por un órgano que representa la máxima soberanía popular.

---

<sup>1</sup> Vid DUGUIT, Léon: *Traité de droit constitutionnel*, Tome Troisième, Ancienne Librairie Fontemoing & Éditeurs, Paris, 1930. Siendo que su primera edición data de 1911.

Plantadas las semillas de la responsabilidad del Estado Legislador, éstas no se desarrollaron el suficiente para consolidarse como una nueva teoría corriente. Sin embargo, hay importantes representantes en la doctrina española<sup>2</sup>, italiana<sup>3</sup>, francesa<sup>4</sup>, alemana<sup>5</sup> y portuguesa<sup>6</sup>, que han reconocido la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

La verdad es que la responsabilidad del Estado Legislador es un tema que necesita ser aclarado, puntuándose los medios de defensa efectivos a disposición de los ciudadanos frente a las agresiones que las leyes les puedan ocasionar. En especial, contra las leyes tributarias inconstitucionales.

Al fin, incluso como objetivo de esta tesis, analizamos, la figura del enriquecimiento injusto o sin causa, de la Administración tributaria. El eje del problema se pasa, esencialmente, en determinar si la, no repetición de los ingresos tributarios indebidos constituye una hipótesis de enriquecimiento injustificado de la Administración.

En verdad, la base del instituto del enriquecimiento injusto, como su propio nombre denuncia, se encuentra la idea que persona alguna debe aprovecharse injustificadamente del coste ajena. Al despegarse de este principio general, una pretensión de enriquecimiento es una obligación en que el enriquecedor es deudor y acreedor es aquél que sufrió la ablación patrimonial ilegítima.

Los estudios sobre el enriquecimiento injusto o sin causa de la Administración, reflejen la evolución y la complejidad del tema, desde su origen en el Derecho romano hacia la realidad presente. En cualquier caso, la construcción dogmática y completa de esta institución de origen civilista, nos hará superar las vicisitudes que plantean las nuevas cuestiones en el Derecho tributario. Tratase de una definir una fisonomía jurídica en las relaciones del Estado

---

<sup>2</sup> Vid SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: La teoría de la responsabilidad del Estado legislador, *Revista de Administración Pública*, núm. 68, mayo-agosto, 1972, pp. 57-136.

<sup>3</sup> Vid DUNI, Giovanni: *Lo stato e la responsabilità patrimoniale*, Giuffrè Editore, Milano, 1968.

<sup>4</sup> Vid CHAPUS, René, *Droit administratif général*, 5. ed., tomo I, Montchrestien, Paris, 1990.

<sup>5</sup> Vid DAGTOGLOU, Prodromos: *Ersatzpflicht des Staates bei Legislativem Unrecht?*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1963.

<sup>6</sup> Vid MEDEIROS, Rui: *Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por actos legislativos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1992.



fiscal con los particulares, en la medida que éstos sufren apropiaciones por parte de su patrimonio por medio de tributos ilegales y no son devueltos.

Una característica en nuestro objeto de estudio es la interdisciplinariedad y el análisis de Derecho comparado. La investigación tiene un marcado carácter interdisciplinar, ya que, adopta bases que ofrecen la Teoría del derecho constitucional hacia el derecho civil y administrativo, hasta llegar en el derecho tributario, definiendo así, con precisión, la dimensión de los institutos aquí estudiados; a la vez, dentro del mismo, se distinguen necesariamente los criterios aplicables, sea, en el Derecho tributario sustantivo y procedimental, sea en otras ramas del derecho. La relativa inseguridad que produce el desplazamiento entre categorías fundamentales que no sean las de la propia especialidad, muestra ser compensada por el enriquecimiento que se supone para el estudio del tema.

### *III. Estructura y contenido*

Las reflexiones anteriores sobre el objeto de estudio (su delimitación; las dificultades y condicionamientos para la investigación) son también determinantes de la estructura y contenido del trabajo, que exponemos en esta sede en líneas generales. El análisis, como hemos apuntado, se centra en la definición de los efectos temporales en la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad en materia tributaria y en los medios posibles que aplaste las consecuencias negativas que esta declaración puede traer al patrimonio de los contribuyentes. Para ello, el estudio se ha dividido en tres Capítulos, con la estructura abajo:

En el Capítulo primero, presentamos las líneas generales de la prohibición del enriquecimiento injusto, apuntando presupuestos y fundamentos originales. Luego, el estudio ingresa en la formación del instituto en el Derecho romano, en el cual no había una acción de enriquecimiento comparable a las modernas, la *condictio* fue el medio inicial de recuperar dinero u otros bienes transferidos indebidamente que luego se desmembró en varias acciones. En continuidad, señalamos la equidad y la justicia material como valores de rango superior que reprochan las actuaciones de los poderes públicos ilegales y, que se anudan, sin duda, la prohibición de enriquecimiento injusto. Para llegarnos al enriquecimiento injusto en el Derecho tributario, más específicamente, en la no restitución de tributos indebidos, los particulares no pueden soportar una ablación ilegítima por parte de la Administración tributaria. Planteamos aún, los fundamentos constitucionales de la restitución tributaria,

fundamentalmente en el principio de la legalidad y capacidad económica. Vimos a demostrar que el derecho a la devolución es un Derecho objetivo, y no un interés legítimo o un Derecho subjetivo. Hicimos una breve exposición del contenido del derecho a la devolución de ingresos indebidos, centrándose en el importe del ingreso indebidamente efectuado y en los intereses de lentitud. Y al final, analizamos los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y no devolución de los ingresos indebidos.

En el Capítulo segundo, el análisis empieza destacándose las funciones de la responsabilidad civil del Estado. Luego, comentamos sobre la doctrina tradicional de la irresponsabilidad del Legislador, para entonces reconocer la autonomía de la responsabilidad del Estado Legislador y los problemas generados por esta responsabilidad. Hay aun, el reconocimiento de la responsabilidad legislativa en el artículo 9.3 del texto constitucional español, para adentrarnos en su desarrollo dogmático, en sus presuntos, en especial, en los derivados de leyes inconstitucionales tributarias. Además, señalamos la autonomía de la obligación en indemnizar por los daños causados por la aplicación de leyes inconstitucionales, reconociendo así, como un derecho fundamental del ciudadano, bien como, el principio de protección de la confianza legítima fundamentando en la dicha responsabilidad. Presentamos la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador ante el Derecho comunitario europeo; los presupuestos de la responsabilidad comunitaria; allá del procedimiento administrativo para exigir responsabilidad legislativa; y al fin, el control jurisdiccional de la responsabilidad del Estado Legislador.

En el Capítulo tercero, el estudio empieza señalando que el control de constitucional de las normas traduce una garantía básica y fundamental de un Estado de Derecho. Más allá, estudiamos cuáles valores tiene una regla inconstitucional. Aun presentamos los principales efectos generados por las sentencias del Tribunal Constitucional, a saber: i) La cosa juzgada; ii) La vinculación de los poderes públicos; iii) La fuerza de ley; iv) La creación de derecho. Para llegarnos a los efectos temporales de la decisión de inconstitucionalidad: efecto retroactivo; y efecto prospectivo. Planteamos incluso la construcción de una proposición sobre los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad en materia tributaria, basada, esencialmente, en los principios de igualdad y seguridad jurídica. Y al final, analizamos las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad en materia tributaria sancionadora.

# 1. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA TEORÍA TRIBUTARIA

## PARTE I

### 1.1 Consideraciones generales sobre el enriquecimiento sin causa en el Derecho romano clásico

El ideal jurídico y moral que prohíbe enriquecerse sin causa a expensas de un tercero, tuvo reconocimiento y expresión en el derecho de los pueblos antiguos y particularmente en el Derecho romano. Sus comienzos, a semejanza de otros principios o instituciones jurídicas, fueron dibujados en la historia del Derecho.

Los orígenes de la teoría del enriquecimiento injusto podemos reportar a un texto del Digesto atribuido a Pomponio (Lib. L, Tit. XVII, fra. 206), que establece: *Iure naturae aequum est nemi nem cum alterius detrimentum et injuria fieri locupletiore* (por Derecho natural es equitativo que ninguno se haga más rico con detrimento de otro y con injuria)<sup>7</sup>.

La formulación de la teoría del enriquecimiento sin causa es un tema de nuestra época, pero en Roma se fue insinuando la idea que descalifica la adquisición de cosas sin justa causa a la expensas del empobrecimiento del prójimo, encontrándose como antecedente directo de esta institución la máxima de Pomponio en D. 50.17.206. Ésta es la regla básica que rige la materia, aunque este concepto sea incompleto, pues no incluye la totalidad de los elementos que requiere la figura<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Vid. BONFANTE, Pietro: *Instituciones de derecho romano*, 5. ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1979, pp. 525-526. En la obra Justiniana, el pasaje fue inserto en el Libro cincuenta, Título XVII, titulado “De diversis regulis iuris antiqui” (en castellano “De las diversas reglas del derecho antiguo”), en el parágrafo 206. Vid. GARCÍA DEL CORRAL, L.: *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Jaime Molinas, Barcelona, 1897, p. 944.

<sup>8</sup> Vid. ALTERINI, A; ÁMEAL, O; LÓPEZ CABANA, R.: *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 741- 742-743, señala que «los requisitos de la acción *in rem verso* son: a) enriquecimiento patrimonial o extrapatrimonial susceptible de apreciación pecuniaria del demandado; b) empobrecimiento del demandante producto de un empobrecimiento correlativo en su patrimonio; c) relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento (causa – efecto); d) ausencia de causa, es decir que el desplazamiento patrimonial debe realizarse sin causa jurídica que lo justifique; e) carencia de toda otra acción, se exige que no se tenga a disposición ninguna otra acción o vía de derecho por medio de la cual pueda ser determinada la indemnización del perjuicio sufrido; f) que la ley no obste a la acción, es decir, que no resulte prohibida la restitución, o no sean atribuidos los efectos al enriquecimiento».

Sin embargo, la materia sustantiva de la figura, hubo y aun hay un cúmulo de controversias que reflectan directamente en las aplicaciones en las distintas legislaciones en cuanto a la valoración y criterio para aplicarlo e interpretarlo. En este sentido, supone que puede hablarse de una línea de evolución del principio prohibitivo del enriquecimiento sin causa.

Es conocido que el proceso de evolución en las instituciones del Derecho romano se realizó principalmente por los senderos de la adaptación del Derecho a las necesidades sociales. Basándose en diversos medios, especialmente a través del Derecho pretoriano y con fundamento en los postulados de la equidad y la justicia, se humanizaron en Roma, gradualmente, los rigorismos de la fórmula y del rito que caracterizaban el Derecho primitivo; por tal camino, se dio cabida al ideal de justicia en las relaciones comerciales romanas, consagrándose consecuentemente la prohibición de obtener rendimientos patrimoniales indebidos a expensas de otra persona<sup>9</sup>.

En el Derecho romano clásico no existía una acción de enriquecimiento comparable a las modernas, pero hubo diversos recursos de la cual más tarde evolucionó tal acción. Lo más importante de ellos fue, sin duda, formado por la *condictio*<sup>10</sup>, una figura utilizada para recuperar la abstracción característica de la propiedad en la antigua ley romana. La *condictio* originalmente, como la acción de *assumpsit* en Inglaterra, era un recurso puramente contractual, en su mayor parte, destinada a la recuperación de dinero o bienes entregados en virtud de un contrato de préstamo. Es probable que sólo después este recurso se haya extendido a los pagos sin causa, para permitir la recuperación de la propiedad o el dinero entregado en virtud de un contrato nulo<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Vid. CUQU, Édouard: *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Librairie Plon, Paris, 1917, p. 536, afirma que «los romanos asociaron la *condictio* a un deber moral (*suum cuique tribuere*). En este sentido, tiende a la misma finalidad que la acción de buena fe y con la excepción contra fraude».

<sup>10</sup> Resulta obvio no confundir la *condictio* con la *condicio* (condición), correspondiendo ésta actualmente a los negocios jurídicos modales.

<sup>11</sup> Vid. GALLO, Paolo: *L'arricchimento senza causa*, Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1990, pp. 102-103; Vid. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, J. von: *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, v. I, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1903, p. 2 y ss, señala que «el hecho de que alguien enriquezca de una manera injustificada, crea para el desfavorecido el derecho de demanda contra quien se ha convertido en más rico».

El Derecho romano era eminentemente formalista; los actos jurídicos dependían, en su perfección, de la ejecutoria de ciertas formalidades aunque en el fondo éstas no. De este modo, el ámbito de aplicación de la *condictio* era bastante limitado y determinado con exactitud y precisión extrema por los jurisconsultos de la época. En particular, era una acción cuya finalidad era recuperar el dinero o los bienes entregados en virtud de un contrato nulo. Ya que la transmisión de la propiedad en el Derecho romano clásico (*traditio, mancipatio, in jure cessio*) tenía un carácter abstracto, es decir, una capacidad de transferir la propiedad, no sólo con independencia de su validez, sino también la propia existencia de la relación subyacente. A este respecto, se torna conveniente llamar la atención sobre el hecho de que el Derecho romano no conocía un concepto de nulidad comparable con el actual, los actos, o eran de hechos válidos, y, como tal, con probabilidad de efecto, o simplemente inexistentes. Quién se comprometió a transferir la propiedad en un contrato nulo podría simplemente negarse a cumplir. Debido a la abstracción de los modos de transmisión de la propiedad, también hubo cambio de propietario permanente, para que la propiedad no pudiera ser recuperada. A partir de ahí, las consideraciones de equidad, habían sugerido la extensión para estos casos del uso de la *condictio*, que comenzó como un remedio estrictamente contractual y pronto se extendió a los casos de transferencia de bienes, en virtud de un contrato nulo<sup>12</sup>.

Mediante las *condictiones*, se cuestionaba entonces, no la validez del respectivo acto, sino el enriquecimiento en sí, o sea, las consecuencias; en el fondo lo que se buscaba con estas acciones era contrarrestar o subsanar las consecuencias rigurosas de las formalidades prescritas en el Derecho romano, con fundamento en la equidad y la justicia.

Es cierto, también, que en el Derecho romano no existió una acción de carácter general contra todas las situaciones que conllevaban un enriquecimiento sin causa. Se sabe que los redactores de las Pandectas establecieron en el Digesto una serie de condiciones; ellas eran éstas: i) *condictio ob causam datorum o condictio causa data causa non secuta*; ii) *condictio indebiti*; iii) *condictio ob turpem vel iniustam causam*; iv) y *condictio sine causa*<sup>13</sup>. En la continuación, nos ocuparemos de estudiar, un poco más, la *condictio indebiti* y la *condictio sine causa*.

---

<sup>12</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Vol. 2, Las relaciones obligatorias, 4. ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 1993, pp. 149-150; Vid. GALLO, Paolo: *L'arricchimento...cit.*, pp. 103-104.

<sup>13</sup> Vid. MARRONE, Matteo: *Istituzione di diritto romano*, 3. ed., Palumbo, Palermo, 2006, pp. 494-495.

La *condictio ob causam datorum* o *condictio causa data causa non secuta* era procedente para repetir el valor de una prestación cumplida, en vista de un fin lícito y futuro que no se realizó, o sea, para conseguir la restitución de una prestación que fue hecha teniendo en cuenta un resultado futuro, cuando éste no se produce, como en el caso del matrimonio no celebrado<sup>14</sup>.

La *condictio indebiti* se concedía en los casos en que se pagaba, por error, una deuda inexistente y la otra recibe sin derecho a ello y, por tanto, se debe restituir lo indebidamente cobrado. No procedía esta *condictio* cuando provenía de una obligación natural. Ya la *condictio ob turpem vel iniustam causam* se concedía para repetir lo que se hubiera dado, en razón de una causa inmoral o ilícita. A quien da algo para evitar la comisión de un sacrilegio, un hurto o una muerte, le asiste el perfecto derecho de repetición, aun cuando, fiel a la petición, nada de inmoral o ilícito haya ejecutado. Así, si un sujeto se presentaba, amenazando con realizar algún acto ilícito o inmoral, como matar al hijo de otro, o exhibirse desnudo delante de la hija núbil de éste. Si el amedrentado cedía y pagaba lo exigido por el matón, podía recuperarlo con esta acción<sup>15</sup>.

Y por último, la *condictio sine causa* se ejercitaba cuando por una parte, la prestación se hubiera hecho sin causa desde el principio de la existencia de la obligación o cuando la causa existiendo en el comienzo, cesaba o desaparecía posteriormente. Además, la *condictio sine causa* era ejercitable en aquellos casos de enriquecimiento injusto que no estaban provistos de propia *condictio*, es decir, en aquellos supuestos que no eran incluibles en las figuras que hasta aquí hemos venido considerando. Por ejemplo, el del vendedor en cuyo poder continúa,

---

<sup>14</sup> Vid. CRISTÓBAL-MONTES, Ángel: *Curso de derecho romano: (derecho de obligaciones)*, Cursos de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 644, indica que «si persona transfería a otra determinada cosa con la finalidad de recibir otra a cambio; si el *accipiens* no cumplía la prestación a su cargo—antes de que la permuta fuese sancionada como contrato innominado—, se estaría enriqueciendo injustificadamente a costa del *tradens*. En tal situación, este último contaba con la *condictio ob causam datorum* (*condictio causa data causa non secuta*) por medio de la cual podía repetir la *res data*, tal como si hubiere verificado un pago indebido, con la diferencia de que aquí la prestación no fue realizada por error, sino en atención a una causa lícita futura que se esperaba y que no ha tenido verificación».

<sup>15</sup> Vid. GIRARD FREDERIC, Paul: *Manuel élémentaire de droit romain*, 7. ed., Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1924, p. 655, señala que «para que sea procedente el ejercicio de la *condictio* se requiere que la causa en cuya virtud se ha verificado la prestación sea deshonrosa o torpe sólo para el *accipiens*, pues cuando lo fuese también para el *tradens* no cabe repetición alguna».

después de ejecutarse el contrato y recibir todo el precio, lo que recibió como señal o arras confirmatoria<sup>16</sup>.

Además de la *condictio* como medio de recuperar el patrimonio transferido a otro por una causa indebida, aún hay otros recursos clásicos relacionados al enriquecimiento sin causa, a saber, la *negotiorum gestio* y la *actio de in rem verso* que también serán objeto de estudio posteriormente.

Sin duda que muchos fueron los senderos recorridos por el Derecho romano con el objetivo de corregir los efectos secundarios injustos de los negocios jurídicos, conservándose las formas y los institutos consagrados hasta aquella época.

### 1.1.1 *Condictio in debiti*

La categoría moderna del enriquecimiento injustificado o sin causa tiene su origen remoto en la regulación romana de las *condictiones*. Como sabemos, el texto de Digesto en su libro 12, título 6 trata precisamente de la *condictio indebiti*: es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro<sup>17</sup>.

El pago indebido que fundamentaba la *condictio indebiti* estaba vinculado a las situaciones de pago injustificado. El pago inadecuado o indebido, fue utilizado para varios supuestos, como por ejemplo: i) para el pago de alguna cosa en virtud de un testamento, que después hubiere aparecido ser falso, o inoficioso, o írrito, o invalidado<sup>18</sup>; ii) para el caso de

<sup>16</sup> Vid. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: *Istituzione di istituzioni di diritto romano*, 14. ed., Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1966, p. 367, señala la existencia de la «*condictio furtiva* que tenía por objeto lograr la restitución de las cosas hurtadas. La *condictio furtiva* no fue una acción penal, sino una acción para recuperar el enriquecimiento injusto. Es la única acción civil (es decir, patrimonial) que nace de delito».

<sup>17</sup> Vid. NÚÑEZ-LAGOS, R.: *Código civil*. T. XXX, Artículos 1887 a 1901. Vol. segundo, Cobro de lo indebido, enriquecimiento sin causa / comentado y concordado extensamente... y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961, p. 31, «ULPIANUS libro XXVI. Ad Edictum 36.—Nunc videndum de indebito soluto. § 1.—Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non deberé solvit, cessat repetitio. ULPIANO; Comentarios al Edicto, libro XXVI.—Ahora se ha de tratar de lo pagado, no siendo debido. § 1.—Y a la verdad, si por ignorancia pagó alguien lo no debido, puede por esta acción reclamarlo por condición; pero si pagó sabiendo que él no debía, deja de haber la repetición».

<sup>18</sup> Vid. NÚÑEZ-LAGOS, R.: *Código civil...cit.*, p. 32, «ULPIANUS libro XVI v. ad Sabinum.—Si quis sic solverit, ut, si apparuisset esse indebitum, vel Falcidia emergerit, reddatur, repetitio locum habebit; negotium enim contractum est inter eos. § 1.—Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum, vel inofficiosum, vel irritum, vel ruptum apparuerit, repetetur [...]».

que un procurador que hubiera pagado lo no debido, y el mandante no lo ratificara<sup>19</sup>; iii) cuando por error se paga lo no debido, se repite o lo mismo, sea otro tanto<sup>20</sup>. En general, la finalidad de la *condictio indebiti* es impedir el desplazamiento del patrimonio sin que haya una obligación legítima que determine.

En efecto, el pago constituye en la fuente inadecuada de una obligación expresa cuando alguien hace una transferencia de bienes errónea, y la otra parte recibe un rendimiento o bien indebidamente<sup>21</sup>. Desde luego, la *condictio indebiti* procedía cuando se daba por error lo no debido, en contra del que recibió el pago y hasta el monto del enriquecimiento. El que recibió el pago debe hacerlo de buena fe, es decir, debe creer que se está pagando por ser acreedor, pues aquél que sabe que no es acreedor y recibe el dinero, se la considera como hurto<sup>22</sup>. Además, tiene un fuerte sentido de equidad en que nadie se haga más rico con perjuicio de otro, es natural la *condictio indebiti* para lo que acreció a la cosa pagada<sup>23</sup>.

Para que haya configurado la *condictio indebiti* se requería: i) un pago efectivo, lo cual primitivamente, habría de consistir en la entrega transmisora de dominio (*datio*) de cosas fungibles o de una *res certa*. Pasado un espacio de tiempo la jurisprudencia procuró la aplicación de la *condictio indebiti* a prestaciones inciertas, como las *operae* indebidamente prestadas a un *patronus*; ii) la inexistencia de la deuda, entendiéndose que este requisito se da, no sólo cuando en absoluto hubiera deuda, todavía cuando, mismo que existiendo la deuda, el deudor había despedido de una excepción perpetua, contra la demanda del

<sup>19</sup> Vid. NÚÑEZ-LAGOS, R.: *Código civil...cit.*, p. 34, «PAULUS libro III. ad Sabinum.—Si procurator tuus indebitum solverit, et tu ratum non habeas, posse repeti [...]».

<sup>20</sup> Vid. NÚÑEZ-LAGOS, R.: *Código civil...cit.*, p. 35, «POMPONIUS libro IX. ad Sabinum.—Quod indebitum errorem solvitur, aut ipsum, aut tantundem repetitur», Vid. BONFANTE, Pietro: *Instituciones de derecho romano...cit.*, p. 526 señala que «la *condictio indebiti*, cuando por error se ha efectuado un pago indebidamente, o sea a base de una obligación inexistente o ineficaz. El Derecho romano requiere, para intentar la *condictio*, que el error de quien pagó indebidamente fuese excusable».

<sup>21</sup> Vid. MARRONE, Matteo: *Istituzione di diritto romano...cit.*, pp. 493-494.

<sup>22</sup> Vid. NÚÑEZ-LAGOS, R.: *Código civil...cit.*, p. 33, «PAPINIANUS libro XXVIII Quaestionum.—[...] scilicet quod bonae fidei possessor, in quantum locupletior factus est, tenetur; nec periculum huiusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinebit».

<sup>23</sup> Vid. NÚÑEZ-LAGOS, R.: *Código civil...cit.*, p. 37, «POMPONIUS libro XXI. Ad Sabinum.—nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores»; «PAULUS libro X. ad Sabinum.—Indebiti soluti condictio naturalis est; et ideo etiam quod rei solutae accessit [...]».



acreedor, y iii), el error en el que paga, pues, si lo hace a sabiendas de que no era deudor, no procede la *condictio*: error que se supone de hecho, no de derecho<sup>24</sup>.

Por fin, también correspondía al *tradens* probar el error, acreditando las circunstancias por las cuales llegó a creerse deudor de una obligación realmente inexistente. Cuando el pago hubiere consistido en la entrega de una cosa cierta, el *accipiens* estaba obligado a su restitución con frutos y accesorios (hijos de la esclava, aumentos del terreno por aluvi3n, frutos del fundo, etc.), pero tenía derecho al reembolso de los gastos necesarios y 3tiles verificados en la cosa. Finalmente, si el *indebite solutum* consistiere en alguna prestaci3n de imposible repetici3n, la *condictio indebiti* se encaminaba a obtener del *accipiens* una restituci3n monetaria equivalente al enriquecimiento por 3l experimentado<sup>25</sup>.

### 1.1.2 *Condictio sine causa*

La evoluci3n de la *condictio* a trav3s de todo el Derecho romano se caracteriza por una paulatina ampliaci3n de los casos a que se aplica. 3DOUARD CUQ<sup>26</sup> nos explica las «*contrapuestas posturas de proculeyanos y sabinianos, 3stos partidarios de llegar a la admisi3n de una condictio casi general, aqu3llos, por el contrario, defensores de limitar el ejercicio de la condictio a los casos ya conocido*».

---

<sup>24</sup> Vid. ARIAS RAMOS, J., ARIAS BONET, Juan Antonio: *Derecho romano*. Vol. II, Obligaciones, familia, sucesiones, 18. ed, Edersa, Madrid, 1986 (imp. 1997), p. 672; Vid. GIRARD FREDERIC, Paul: *Manuel 3l3mentaire de droit romain...cit.*, pp. 650-652, enumera las condiciones de existencia de la *condictio indebiti* «1. El pago. Se exige un pago, una prestaci3n cumplida. Esto implica en una entrega de valores con resultado jur3dico. 2. El indebido. Que el referido pago fuese de lo indebido, es decir, que la deuda pagada fuere, de hecho, inexistente. Ahora bien, se estimaba que el pago era indebido: Cuando la deuda a cuya extinci3n se imputaba el pago no existi3 nunca (inexistencia absoluta); Cuando la deuda, aun habiendo existido en su d3a, hab3a sido ya cancelada para el momento del pago; Cuando la deuda que se entend3a extinguir con el pago todav3a no hab3a nacido, cual suceder3a si el deudor de una obligaci3n sujeta a condici3n suspensiva pagase antes de la verificaci3n del evento en que dicha condici3n consista; Cuando, aun existiendo la deuda, el deudor dispusiese de una *exceptio perpetua* capaz de paralizar la reclamaci3n del acreedor; Cuando, aun existiendo la deuda, el pago se hubiese hecho a persona distinta del acreedor o por persona distinta del deudor; Cuando, a3n existente la deuda, el objeto pagado sea diferente al debido, o cuando se haya pagado m3s de lo adeudado. 3. El error. Que el pago se hubiese hecho por error, es decir, que quien pag3 creyese equivocadamente que era verdadero deudor. 4. Sin excepci3n. La *condictio indebiti* no pod3a ser ejercitada en aquellos casos en que la deuda, que se dec3a pagada por error, fuese de aquellas que el deudor estaba obligado a reconocer y cumplir espont3neamente pues, si la negaba, y el acreedor probaba su derecho, aqu3l era condenado *in duplum* (*lis injitiando crescit in duplum*), como suced3a en las obligaciones derivadas del *damnum iniuria datum* y del *legatum per damnationem*».

<sup>25</sup> Vid. GIRARD FREDERIC, Paul: *Manuel 3l3mentaire de droit romain...cit.*, p. 653; Vid. SCHULZ, Fritz H.: *Derecho romano cl3sico*, Bosch, Barcelona, 1960, p. 590, afirma con raz3n que «no es el error lo que determina la aplicabilidad de la *condictio*, sino que es m3s bien el conocimiento que tiene el que paga lo que impide el ejercicio de aqu3lla. En realidad, vienen a ser lo mismo una cosa y otra».

<sup>26</sup> Vid. CUQ, 3douard: *Manuel des institutions juridiques des Romains...cit.*, pp. 537-538.

NÚÑEZ LAGOS<sup>27</sup>, después de enumerar las distintas categorías de *condictio* que contiene el *Digesto*, concluye que «esas categorías fueron impuestas por las necesidades prácticas y no respondían a una sistematización profunda. Por eso la misma práctica se encargó de demostrar su insuficiencia. Había casos que escapaban a todas las categorías».

Justiniano creó la *condictio sine causa*<sup>28</sup> en un breve título del *Digesto* (el VII del libro XII). Era una categoría residual y probablemente no hubiera sido necesario atribuirle este carácter si los compiladores hubieran tenido ideas claras sobre la materia, pues admitida una *condictio sine causa* concebida en términos generales, sobran todas las demás. No obstante, la coexistencia de una *condictio sine causa* con las tradicionales *condictiones* permite dudar de que, en efecto, la primera, sancione un principio general de interdicción del enriquecimiento sin causa. Es estimado que las reformas justinianeas están presididas por la idea de que la necesidad de remover todo enriquecimiento injustificado tiene el valor de principio general, siendo que, para sancionarlo se utilicen variados tipos de acciones y medios jurídicos<sup>29</sup>.

Ejemplos del primer caso los tenemos en la dote constituida en base a un matrimonio que está prohibido por leyes; en la entrega de bienes ante el temor de una muerte inminente (*donatio mortis causa*), cuando el peligro pasó; en la entrega de una cierta cantidad en concepto de préstamo, cuando quien la recibe la estima donación, etc. Del segundo, en la retención por parte del poseedor de buena fe del precio obtenido en la venta de una cosa ajena. Y del tercero, cuando el vendedor conserva, después de haberse ejecutado el contrato, lo que en su día recibió como señal o arra confirmatoria<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Vid. NÚÑEZ-LAGOS, R.: *Código civil...cit.*, p. 708 y ss.

<sup>28</sup> Vid. NÚÑEZ-LAGOS, R.: *Código civil...cit.*, p. 34, «ULPIANUS libro XLIII. ad Sabinum.—Est et haec species conductionis, si quis sine causa promiserit, vel si solverit quis indebitum. Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem». «ULPIANO; Comentarios a Sabino, libro XLIII.—Hay también esta especie de condición, si alguno hubiere prometido sin causa, o si alguien hubiere pagado lo no debido. Mas el que prometió sin causa, no puede repetir por la condición la cantidad, que no dió, sino la misma obligación».

<sup>29</sup> Vid. CÁMARA ALVAREZ, Manuel de la: «Enriquecimiento injusto y sin causa», en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Manuel de la Cámara Alvarez, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (coords.), Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 144; Vid. ARIAS RAMOS, J., ARIAS BONET, Juan Antonio: *Derecho romano...cit.*, p. 673, afirma que la «*Condictio sine causa*.—Se hacían efectivas por medio de *condictiones*, englobadas bajo la expresión indicada, obligaciones de devolver en algunos casos de enriquecimiento injustificado que no constituían exactamente las figuras iguales».

<sup>30</sup> Vid. CRISTÓBAL-MONTES, Ángel: *Curso de derecho romano...cit.*, pp. 650-651.

Así, la *condictio sine causa* sirvió para sancionar algunos casos de enriquecimiento injusto de carácter abstracto que no indicaban supuestos concretos. Igual con de la *condictio indebiti*, la *condictio sine causa* tiene por base un principio equitativo de que quien adquiere o tiene la propiedad de otros sin justificación, está obligado a devolver<sup>31</sup>. En efecto, la *condictio sine causa* se aplicaba a todos los casos de enriquecimiento que careciera causa.

### 1.1.3 *Negotiorum gestio*

La *negotiorum gestio* se daba cuando una persona por, su propia iniciativa y sin estar obligado a ello, emprendía la gestión de un conjunto de negocios o de un negocio concreto pero de otra persona<sup>32</sup>. Su fundamento habría que encontrarlo en la idea altruista de la solidaridad, en virtud de la cual, debe ayudarse a los otros hombres, cuando éstos lo necesiten por cualquier circunstancia, de modo que los juristas romanos estimaron sumamente importante dotar de medios judiciales a los que, sin encargo, realizaban actos útiles y razonables en beneficio de otros y, viceversa, a los beneficiarios de estos actos para poder exigir responsabilidades a los que los habían realizado. En la *negotiorum gestio* intervienen dos sujetos: el *dominus negotii*, que es la persona a cuyo favor se realiza el negocio o conjunto de negocios, y el *negotiorum gestor*, que es quien lleva a cabo la gestión.

El gran desarrollo de esta figura clásica se da en el Derecho justinianeo<sup>33</sup>. Pero tiene su origen como institución pretoria y con referencia a un campo de aplicación concreta: los *negotia absentis*<sup>34</sup>.

De esa manera, llámase en sentido técnico *gestión de negocios (negotiorum gestio)* la administración de los negocios ajenos asumida sin conocimiento del principal o del administrado. La analogía de este hecho con el mandato, está en el sentido de la causa o de la relación objetiva. Esto, y no otra cosa, indican a los romanos, declarando que la obligación

---

<sup>31</sup> Vid. GIRARD FREDERIC, Paul: *Manuel élémentaire de droit romain...cit.*, p. 649.

<sup>32</sup> Vid. D'ORS, Álvaro: *Derecho privado romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, p. 447, sostiene que «La acción de gestión de negocios fue primeramente una acción pretoria *in factum*, que se daba al *dominus negotii* para exigir del representante espontáneo el traspaso de todo lo conseguido a consecuencia del proceso y la indemnización del perjuicio que hubiera podido causar con su gestión».

<sup>33</sup> Vid. RICCOBONO, Salvatore: *Scritti di diritto romano*. II, Dal diritto romano classico al diritto moderno, Università degli studi, Palermo, 1964, p. 53 y ss.

<sup>34</sup> Vid. CRISTÓBAL-MONTES, Ángel: *Curso de derecho romano...cit.*, pp. 617-618.

nace *quasi ex contractu*: falta, en cambio, completamente el acuerdo contractual, o sea la *conventio*<sup>35</sup>. Desde luego, la *negotiorum gestio* es la gestión de negocios ajenos por propia iniciativa, es decir, sin haber recibido mandato para ello. De la gestión de negocios ajenos sin mandato, surge para el *gestor* la obligación de llevarlos a cumplimiento término, y para el *dominus negotii*, la de reconocer la actividad útilmente comenzada, indemnizando al primero por razón de los gastos y de los daños sufridos. La obligación del gestor es de llevar a efecto el negocio emprendido con arreglo a la naturaleza del mismo, y de restituir al administrado los beneficios e intereses. El dueño está obligado a resarcir al gestor de los gastos y a librarlo de las obligaciones asumidas<sup>36</sup>.

Para que se diera la *negotiorum gestio*, tenían que dar una serie de requisitos: i) Ejecución de un acto o de una serie de actos que hubieron implicado gestión de negocios de otros. Estos actos podrían tener un contenido muy distinto, o podrían ser actos jurídicos (realizar un arrendamiento), o bien actos materiales (ej: llevar a cabo una reparación); ii) *Animus negotia alieni gerendi* (ánimo o intención de gestionar negocios ajenos). No se podría considerar como gestión de negocios las actividades que, de forma indirecta o parcial, beneficiasen el interés de un tercero, sino el gestor que debía realizar también en interés propio. No se hubiera llamado gestión de negocio, por ejemplo, la actuación del socio o de uno de los coherederos; iii) La *negotiorum gestio* tenía que recaer sobre negocios que afectasen a la esfera patrimonial de otra persona. Ésto implica al que no tenía validez cuando se realizaba sobre negocios propios creyendo que eran ajenos. A la hora de decidir sobre si un negocio es ajeno, el Derecho clásico se atiene principalmente a consideraciones objetivas. El elemento subjetivo, implícito siempre en la actividad del *gestor*, es tenido en cuenta en los casos dudosos. Son los compiladores quienes dan mayor realce al *animus aliena negotia gerendi*, aunque en ciertos supuestos no se vea por ninguna parte, tal elemento subjetivo; iv)

---

<sup>35</sup> Vid. BONFANTE, Pietro: *Instituciones de derecho romano...cit.*, p. 524.

<sup>36</sup> Vid. GIRARD FREDERIC, Paul: *Manuel élémentaire de droit romain...cit.*, p. 659, indica las obligaciones del gestor y del dueño «El gestor de negocios ajenos está obligado a llevar a término el negocio o asunto emprendido con arreglo a la naturaleza del mismo. La circunstancia de la muerte del *dominus* no releva al gestor de su obligación de concluir el negocio acometido. El gestor está obligado, asimismo, a rendir cuentas de su gestión al administrado. Por lo que respecta a la responsabilidad del gestor en el cumplimiento de sus obligaciones, parece ser que, originariamente, sólo era responsable de los daños causados por dolo y culpa lata. Ya el *dominus rei gestae* está obligado a reembolsar al gestor todos los gastos por éste realizados, siempre que la gestión se hubiere emprendido *utiliter* (y con *animus negotia aliena gerendi*, aunque, posteriormente, la gestión resultare fracasada por caso fortuito. El *dominus* está obligado también a liberar al gestor de todas las obligaciones que éste hubiere contraído (*in bonum domini*) en el curso de la gestión desarrollada. En fin, debe, asimismo, indemnizar al gestor los perjuicios por éste sufridos a causa y ocasión de la gestión acometida».

*Negotium utiliter coeptum*. La *negotiorum gestio* tenía que ser realizada con el fin de beneficiar al representado y creyendo que sería útil para él. Según este requisito no importaba que el resultado final de la gestión fuera útil. Era suficiente con que se actuara bajo las circunstancias en las que cualquier persona normal lo hubiese hecho; es decir, que actuase como un buen *pater familias*; v) la ausencia de mandato tácito o expreso. Si el *dominus negotii* conocía la gestión y no se oponía existía un mandato tácito. En este caso, no tenía importancia que el gestor creyese erróneo el recibimiento del encargo<sup>37</sup>.

La simple administración de los negocios ajenos, o sea el *negotium alienum*, bastará para hacer contraer una obligación al gestor con el administrado; pero el administrado o *dominus* no contraería obligación con el gestor, sólo cuando éste tenga la intención de desempeñar un negocio ajeno (*aminus* o  *affectio negotia aliena gercndi*) y lo haya emprendido útilmente (*utiliter coeptum*).

Juan IGLESIAS<sup>38</sup> señala que:

la *negotiorum gestio* una institución de raigambre civil. Creada por la jurisprudencia republicana, una acción *in ius ex fide bona*, para amparo de las pretensiones que pudieran surgir entre el procurator — *omnium rerum, o ad litem* — y el principal o *dominus negotii*, mediante la concesión de una *actio in factum*, a tutelar el caso de la representación procesal espontánea.

Toda la materia de la gestión de negocios fue sometida por la jurisprudencia posterior al régimen único de la fórmula *in ius concepta*, extendiéndola a cualesquiera clases de asuntos ajenos, y no sólo a los procesos. Finalmente, la jurisprudencia postclásica y el Derecho justiniano sustraen al campo de la *negotiorum gestio* y de su correspondiente acción lo referente al *procurator* nombrado o constituido por el *dominus negotii*, dando a la gestión de negocios la configuración teórica del casi-contrato<sup>39</sup>.

La *negotiorum gestio* debe producirse en interés objetivo del patrimonio del *dominus* o principal. Queda obligado éste cuando la gestión conviene a su propio interés, en cuanto se lo

<sup>37</sup> Vid. JÖRS, Paul: *Derecho privado romano*, Labor, Barcelona, 1937, pp. 353-354.

<sup>38</sup> Vid. IGLESIAS, Juan: *Derecho romano: instituciones de derecho privado*, 6. ed., Ariel, Barcelona, 1965, p. 462.

<sup>39</sup> Vid. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: *Istituzione di istituzioni di diritto romano...cit.*, p. 358.

evita un daño o se le proporciona un beneficio. El negocio gestionado debe ser ajeno— *negotium alienum*. No hay *negotiorum gestio* cuando alguien cuida de un negocio propio bajo la errónea creencia de que sirve al interés de otra persona. Además, la gestión debe reportar una utilidad. Basta que el *gestor* haya actuado útilmente — *utiliter gestum* —, aunque no llegue a tener efecto el negocio. Es útil la gestión cuando alguien repara una casa, que después se incendia, o sanando un esclavo<sup>40</sup>.

En definitiva, la gestión de negocios ajenos representa un paso a más para un entendimiento concreto y claro del instituto del enriquecimiento sin causa, ya que tenía como objetivo principal impedir que un tercero tuviera beneficios o sacara ventajas impropias en razón de la labor de otro.

#### **1.1.4 Actio de in rem verso**

La aparición de la *actio de in rem verso* está relacionada a las duras consecuencias del principio de no representación en los actos jurídicos en el derecho clásico<sup>41</sup>. La obligación, en particular, es una obligación contractual, en que el derecho al rendimiento se da exclusivamente al acreedor y para el deudor resta toda la carga del cumplimiento, mismo que hubiera sido su derecho de recibir la contraprestación contractual<sup>42</sup>. Originariamente tratase de una acción estrechamente vinculada al carácter centralizado y patriarcal, rígida, de la familia romana<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Vid. CRISTÓBAL-MONTES, Ángel: *Curso de derecho romano...cit.*, p. 632, explica una forma particular de gestión por medio de la *actio funeraria* «que tenía lugar cuando alguien proveía a los gastos de entierro de un difunto, sin haber recibido mandato en tal sentido y sin que obrara impulsado por meras razones de piedad (*pietatis gratia* o *causa*), sino llevado por el deseo de sustituir con dignidad a la persona sobre quien recaía semejante obligación. Quien obrare de tal manera estaba amparado por la *actio junerana*, otorgada por el pretor, para reclamar a quien incumbiera verificar las exequias (*ad quem funus pertinet*) el monto de los gastos practicados de acuerdo con el rango social y posición económica del difunto».

<sup>41</sup> Vid. GORÉ, François: *L'enrichissement aux dépens d'autrui: source autonome et générale d'obligations en droit privé français: essai d'une construction technique*, Librairie Dalloz, Paris, 1949, p. 14; Digesto – Libro XV, Título III, «1. ULPIANUS libro XXIX. ad Edictum.-- Si hi, qui in potestate aliena sunt, nihil in peculio habent vel habéant, non in solidum tamen, tenentur, qui eos habent in potestate, si in rem eorum, quod acceptum est, conversum sit, quasi eum ipsis potius contractum videatur. 1. ULPIANO; Comentarios al Edicto, libro XXIX.— Si los que están en ajena potestad no tuvieran cosa alguna en el peculio, o la tuvieran, los que los tienen bajo su potestad se obligan, aunque no por el todo, si se hubiera convertido en utilidad de ellos lo que se recibió, cual si pareciera que más bien se contrató con ellos mismos».

<sup>42</sup> Vid. GIRARD FREDERIC, Paul: *Manuel élémentaire de droit romain...cit.*, pp. 706-707.

<sup>43</sup> Vid. GALLO, Paolo, *L'arricchimento senza causa...cit.*, p. 108.

El centro de la familia romana era en realidad el padre de familia, el cual era propietario de todos los activos y pasivos de la familia. Incluso, tenía el poder de vida o muerte sobre sus niños y esclavos (*ius vitae et necis*). Siguiendo este pensamiento, éstos eran considerados una especie de brazo patrimonial del *pater familias* que podrían ser utilizados para hacer negocios.

Para limitar y forzar el *dominus* en respetar los derechos de las personas bajo su mando, se introdujo la *actio de in rem verso*. Por medio de esta acción era posible recuperar del *pater* la medida de enriquecimiento obtenido en una negociación de un esclavo o hijo.

Así, la acción *de in rem verso*, era una acción de repetición del enriquecimiento, ya que como se advirtió, estaba fundamentada particularmente, en la idea del provecho o beneficio procurado al padre o dueño, a raíz de las operaciones comerciales del hijo o del esclavo. Cuando el hijo o el esclavo contraían obligaciones sin intervención de la voluntad o conocimiento del padre o del dueño y estas reportaban un provecho o una utilidad, el tercero contratante tenía derecho a accionar hasta donde alcanzara la ganancia obtenida, para el cubrimiento de la obligación y si ello no alcanzaba a tomar hasta los límites del peculio del incapaz; el que si no era suficiente, llevaba pérdida del faltante para el acreedor en razón de que el padre o dueño, dada la independencia patrimonial que se la daba a estos peculios, no estaban obligados a completar<sup>44</sup>.

De esa manera, cuando el hijo operando con bienes del peculio había hecho entrar en el patrimonio del *pater* algún provecho, los eventuales acreedores podían dirigir la acción contra el *pater* por el negocio realizado. Esta acción se dirigía de *eo qui in rem patris versus est*: por lo que el *pater* adquirió a cuenta del peculio del *filius*<sup>45</sup>. Esta acción presuponía un enriquecimiento del *pater* por los negocios realizados por el *filius*.

---

<sup>44</sup> Vid. NIEDERLÄNDER, Hubert: *Die Bereicherungshaftung im Klassischen römischen Recht: der Ursprung der Haftungsbefreiung durch Wegfall der Bereicherung*, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1953, p. 37 y ss.

<sup>45</sup> Vid. TORRENT, A: *Manual de Derecho Privado Romano*, Librería Central, Zaragoza, 1987, p. 522, señala que «Si el esclavo que había invertido el dinero que pidió en préstamo para pagar a un acreedor del *dominus*; o para refaccionar un edificio ruinoso, o comprar para la casa del *dominus*, o un fundo u otra cosa necesaria (I. 4.7.4). El valor del enriquecimiento en el momento de la condena determina el límite de la responsabilidad del *pater* o del *dominus*».

Esta acción *de in rem verso*, buscaba la repetición de todo aquello con que el padre o el amo hubieran aumentado su caudal a la sombra del peculio del incapaz, con base en el principio de adquisición pero no de obligatoriedad, ha llegado a constituir la denominación universal en el derecho civil moderno con la cual se designa las acciones, que fundadas en el instituto del enriquecimiento injusto o sin causa, buscan la obtención o reembolso de las cosas objeto del enriquecimiento.

Es notoria que la denominación a esta acción es impropia, ya que ella no tuvo en el Derecho clásico un carácter tan amplio; esa denominación estaba sólo circunscrita a uno de los tantos supuestos de enriquecimiento sin causa previstos en el Derecho romano. Lo cierto es que a partir de estas figuras jurídicas clásicas, se desarrolla el concepto actual de enriquecimiento injusto o sin causa, que servirá para reajustar las situaciones donde ha roto el equilibrio de transferencia y obtención de patrimonio.

### *1.2 El enriquecimiento injusto en el Derecho Justiniano*

En el Derecho clásico, el enriquecimiento injusto es vinculado a cuatro presupuestos básicos, que se diferencia según el sujeto y cómo se logra tal enriquecimiento, a saber: i) un enriquecimiento por el mero hecho de empobrecimiento; ii) el enriquecimiento debido a la cooperación entre las partes; iii) el enriquecimiento por el mero hecho de la apropiación o utilización de la propiedad de otro sin permiso; iv) y el enriquecimiento indirecto<sup>46</sup>.

En el período clásico se utilizaba de la *condictio* como un recurso que permite sólo la recuperación de los bienes transferidos sin causa. Además, no había ningún recurso específico para los casos de apropiación de la propiedad o de la posesión, pero se podría acudir a las acciones posesorias y reivindicatorias. La simple prueba de una transferencia injustificada de riqueza no era suficiente para quedarse una obligación de restitución, se hizo necesario buscar medios específicos para cada caso. Si la búsqueda hubiera sido fructífera, se hacía posible exigir la devolución del enriquecimiento injusto logrado por el que se aprovechó.

---

<sup>46</sup> Vid. KUPISCH, Berthold: *Über das römische Recht hinaus: Beiträge zum Zivilrecht* (Mit einem Verzeichnis sämtlicher Veröffentlichungen), C. F. Müller, Heidelberg, 2002, p. 239 y ss; Vid. CORTESE, Barbara: *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato: modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Cedam, Padova, 2009, p. 211 señala que «el hecho común de las situaciones se refería a la existencia de un acto de atribución, en particular, la posesión de bienes, lo que llevó a una situación de aumento de los requisitos de capital para un sujeto, con la disminución concomitante de otra persona».



El rigor con que fueron concebidas las figuras en este período impedía que su alcance se extendiera más allá de su ámbito específico de aplicación. Con el Derecho de Justiniano, la situación cambia significativamente, probablemente la compilación de Justiniano, sea en éste sea en otros sectores, representa la culminación de una gran evolución que ya estaba en la era post-clásica, y que había comenzado a afectar a la pureza original y la linealidad de los institutos. Este proceso de dilución y distorsión de las instituciones llega a su clímax con la compilación de Justiniano, que se distingue por ser una indulgencia en lugar del rigor típico del Derecho clásico<sup>47</sup>. Toda la cuestión fue especialmente tratada por Salvatore RICCOBONO<sup>48</sup> quien señaló que:

La compilación de Justiniano es sobre todo la institución de la gestión de negocios ajenos que necesitaba cambiar su sentido y asumir el carácter de una acción por enriquecimiento. En primer lugar se admitió que el mandatario pudiera actuar incluso sin todos los poderes de dirección, pero en los intereses del *dominus*, de esta manera parece estar constituido por un titular del derecho, que se abonará por las mejoras introducidas de su actuación.

Así, se superó las limitaciones del Derecho clásico, que en estos casos no presentaba ningún recurso para superar la transferencia o aprovechamiento injustificado de la riqueza. Otra aplicación de este instituto estaba en el sentido inverso de la situación anterior, en que el mandatario se aprovecha de su encargo para lograr beneficios. En estos casos, el Derecho Justiniano posibilitaba que el *dominus* demandase a través de la acción de gestión contra los que habían dispuesto indebidamente de su propiedad para recuperar lo que se embolsaron<sup>49</sup>.

Desde luego, el instituto de la *negotiorum gestio* en el Derecho Justiniano parece exactamente lo contrario de lo que había en el Derecho clásico. Las razones de esta distorsión radica en el hecho que, la acción *negotiorum gestio* estaría mucho más cerca de una acción propia de enriquecimiento injusto en lugar de la *negotiorum gestio* clásica. La configuración de la *negotiorum gestio* en el Derecho Justiniano se desprende de una idea rigurosa y tiende a cambiar en el sentido de permitir la recuperación de la riqueza que habría podido lograr. Todo

---

<sup>47</sup> Vid. GALLO, Paolo: *L'arricchimento senza causa...cit.*, p. 112; Vid. NIEDERLÄNDER, Hubert: *Die Bereicherungshaftung im Klassischen römischen Recht...cit.*, p. 169, «La característica del enriquecimiento clásico estaba sujeta a *ius civile*. Sin embargo, la tendencia en el derecho justiniano no era reformular el *ius civile*, sino adecualo a los nuevos problemas existentes que la rígida estructura del *ius civile* no contemplaba».

<sup>48</sup> Vid. RICCOBONO, Salvatore: «La gestione degli affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno», *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Milano, 1917, p. 371.

<sup>49</sup> Vid. RICCOBONO, Salvatore: *Scritti di diritto romano...cit.*, p. 66.

esto contribuyó para el desarrollo de la acción de enriquecimiento injusto que tenemos ahora<sup>50</sup>.

En el Derecho Justiniano es conocida no sólo por la ampliación del ámbito de la *negotiorum gestio*, sino también de la *condictio* y de la *actio de in rem verso*. La *condictio* se aplica en favor del poseedor de buena fe para recuperar los gastos realizados, y otros casos en los que los juristas clásicos nunca hubieran permitido el uso de cualquier reparación que estaban estrictamente limitado a los casos de la recuperación de los bienes transferidos sin causa. El mismo discurso se puede repetir para la *actio de in rem verso* que empieza a trascender los límites que le eran característicos, a saber, en el ámbito de los actos realizados por una persona vinculada a la autoridad de otro<sup>51</sup>.

Como sucede a menudo, la aparición de nuevas necesidades no se hace inmediatamente acompañada por el desarrollo de nuevas instituciones. Al principio, casi siempre trata de hacer frente a la emergencia a través de las viejas instituciones adaptadas a las circunstancias del caso. Esto es especialmente cierto en respecto del enriquecimiento sin causa en los compiladores del Digesto, que por la incapacidad o imposibilidad de admitir abiertamente la existencia de una acción de enriquecimiento, han preferido ocultarlas bajo el disfraz de una *negotiorum gestio* insuficiente.

### 1.3 El enriquecimiento sin causa en el Derecho intermedio

Las tendencias que ya habían comenzado a ocurrir en la compilación de Justiniano, en distorsionar y tergiversar la linealidad de las instituciones clásicas, se acentúan en el período intermedio en que muchas soluciones post-clásica y justinianeas se consolidan para convertirse en aplicación general<sup>52</sup>.

La atención de los juristas en el período intermedio se concentra esencialmente en dos problemas: i) el mejoramiento del contenido del enriquecimiento injusto frente la creencia

<sup>50</sup> Vid. RICCOBONO, Salvatore: «*La gestione degli affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno*»...*cit.*, p. 386.

<sup>51</sup> Vid. RICCOBONO, Salvatore: «*La gestione degli affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno*»...*cit.*, p. 398.

<sup>52</sup> Vid. GALLO, Paolo: *L'arricchimento senza causa*...*cit.*, p. 115; Vid. RICCOBONO, Salvatore: *Scritti di diritto romano*...*cit.*, p. 319; Vid. KUPISCH, Berthold: *Über das römische Recht hinaus*...*cit.*, p. 240.

errónea utilizada anteriormente; ii) la asignación de los beneficios relativos a la propiedad en su uso o disposición.

La solución de estos nuevos planteamientos antes eran vistos por la consulta en el Digesto, el compendio, por excelencia, de los juristas intermedios. Sin embargo, muchos pasajes del Digesto pueden haber sido alteradas por los compiladores de Justiniano, y por lo tanto, no reflejan el derecho clásico en su autenticidad<sup>53</sup>.

La interpretación del Digesto seguía la literalidad del texto. De esta manera, Pomponio ya sostenía la prohibición general de enriquecimiento sin causa a expensas de otro, paso que, comenzó a ser tomada literalmente por los juristas del intermedio<sup>54</sup>.

Los mayores problemas, sin embargo, consistían en hacer un principio común y operante presente en el Digesto, aplicable a la *condictio*, a la *negotiorum gestio*, y a la *actio de in rem verso*. El Digesto, en su amplitud y complejidad, podría ofrecer más de una solución para cada problema, bien como una estructura propia para cada situación. En particular, la *negotiorum gestio* podría ser utilizada tanto para apoyar una concepción subjetiva y estricta, como una objetiva, menos rigurosa, fruto de una evolución más tardía. De esa forma, los juristas del intermedio se dividieron entre los partidarios de ambas concepciones. Empero, esta distinción no se hace muy diferente de las soluciones prácticas adoptadas por enriquecimiento ilícito. Los partidarios de la concepción objetiva de la gestión negocios ajenos se aprovecharon de este instituto para imponer la obligación de restitución en los casos en que no sería sencillo recurrir a la *condictio* o a la *actio de in rem verso*. Esto dicho, la mayoría de los juristas eran favorables a un concepto objetivo menos riguroso de la gestión negocios ajenos<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Vid. CANNATA AUGUSTO, Carlo: *Historia de la ciencia jurídica europea*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 65, señala que «en el derecho intermedio el culto del texto del Digesto se coloca en la base de cualquier investigación. Como la Biblia es el texto de los teólogos por excelencia, el Digesto es el texto básico en que es posible encontrar la solución a cada problema».

<sup>54</sup> Vid. Corpus juris civilis. Español-Latín, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino. T. 1. T. 1, Instituta ; Digesto / publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona, Jaime Molinas, 1897, p. 708, «POMPONIUS libro XXI. ad Sabinum.—nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem. POMPONIO; *Comentarios á Sabino, libro XXI.*— porque es equitativo naturalmente, que nadie se haga más rico con perjuicio de otro».

<sup>55</sup> Vid. RICCOBONO, Salvatore: «*La gestione degli affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno*»...*cit.*, p. 400.

Un segundo grupo de cuestiones sobre las que se centró la atención de los juristas intermedios fue la manera de garantizar la recuperación de sus propiedades, o por lo menos, su valor, en el caso de alguien apropiarse indebidamente del bien de forma gratuita u onerosa. En estos casos, ya en el Derecho romano clásico había la posibilidad de reclamar la propiedad del activo, incluso cuando fue adquirido a título oneroso por terceros de buena fe. Los mayores problemas podrían surgir cuando la propiedad fuera destruida, consumida, o de otra manera no se pueda recuperar su naturaleza. Una vez más los juristas intermedios hicieron un amplio uso del instituto de la gestión de negocios ajenos con el fin de imponer a los demás, que habían inutilizado el bien, la obligación de restituir el valor patrimonial del mismo. De manera que, los juristas intermedios se servían de la gestión de negocios para la recuperación de un activo que se fueran consumidos y/o convertidos en dinero<sup>56</sup>.

Así que las soluciones provisionales que ya habían empezado a asomarse tímidamente a la codificación de Justiniano, se solidifican, siendo generalmente aceptadas y aplicadas. Este curso no es el signo de una ruptura con el pasado, sino continuidad con la tradición romana. En este período no hubo, en realidad, una sustancial innovación del enriquecimiento sin causa, que siguió moviéndose en los institutos clásicos romanos: *condictio*, *actio de in rem verso* y *negotiorum gestio*. Lo que se pasó, fue una rememoración de estas figuras, que propició, posteriormente, que fuesen unificadas en un sólo sentido, a saber, la acción de enriquecimiento injusto.

#### *1.4 El enriquecimiento sin causa*

##### **1.4.1 Introducción**

En las relaciones entre privados ocurre con cierta habitualidad que los beneficios obtenidos por un sujeto, derivados de las relaciones con los otros sujetos que operan en el tráfico jurídico, adolecen de ciertas características que los hacen indeseables, aunque no se produzca un perjuicio en otro sujeto, o el perjuicio sufrido no sea de la misma cuantía que el beneficio, incluso puede ocurrir que el beneficio obtenido por un sujeto no produzca perjuicio en otro sino todo lo contrario.

---

<sup>56</sup> Vid. GALLO, Paolo: *L'arricchimento senza causa...cit.*, p. 118 afirma que «esta solución era basada en los escalones del Digesto que ya había sido acogida».

En definitiva, la casuística que se genera en la práctica real produce, a veces, alteraciones patrimoniales sin causa, que no pueden ser resueltas mediante la técnica de las indemnizaciones por daños y perjuicios, lo que pone en evidencia la necesidad de una técnica jurídica que ponga la atención no en el daño producido al otro sujeto, sino en el beneficio obtenido torticeramente por los sujetos que actúan en el tráfico jurídico, y que obtenga que los incrementos patrimoniales generados por este mismo tráfico tengan una causa ilegítima o no existan.

Por supuesto, la causa lícita es un requisito de todos los contratos, de manera que el ordenamiento establece un mecanismo para que los desplazamientos patrimoniales producidos en las relaciones contractuales entre privados, tengan una causa permitida y válida en Derecho; sin embargo, hay supuestos en que, aun respetándose la regulación legal del contrato que causa el desplazamiento patrimonial, se produce un enriquecimiento indeseable; y otros supuestos en que el desplazamiento patrimonial se produce sin contrato entre las partes, por lo que resulta inoperante la garantía de la causa lícita de todo contrato, para controlar la aceptabilidad de ese desplazamiento patrimonial, ya que por hipótesis, en estos casos no existe contrato. Así, las acciones derivadas de la regulación legal de la causa de los contratos son, también, insuficientes, necesitándose una nueva técnica que, aun basándose en la teoría de la causa, no se circunscriba a la regulación positiva existente sobre la misma: Esta técnica es la del *enriquecimiento sin causa*.

La doctrina considera a la teoría del enriquecimiento sin causa como uno de los aciertos más notables de la técnica jurídica, pues sin duda, lo que se pretende amparar con tal figura son —precisamente— todos los casos de enriquecimiento sin causa que pasaron inadvertidos al legislador, motivo por lo cual los afectados no encuentran solución alguna en la norma; pero, no obstante ello, los principios de la moral, la equidad, la justicia y la eficiencia no aceptan que exista una persona que se beneficie a expensas de otra, sancionando así tal situación a través de la acción de enriquecimiento sin causa que se otorga al perjudicado.

Así, cada persona tiene su patrimonio, que es la suma de los bienes de la vida, de valor económico, que le pertenecen. Si uno retira, por acto suyo, o no, del patrimonio de la otra, para si, o para de tercero, o de su propio para lo de otro, algún bien de la vida, o parte de ello, hay que existir justificación para éso, y si no la hay, el enriquecimiento es injustificado.

Ocurre frecuentemente que un individuo no enriquece sino a expensas del prójimo: el acrecentamiento de un patrimonio implica normalmente el empobrecimiento correlativo de otro patrimonio. Pero de ordinario este fenómeno se justifica, tanto en derecho como en equidad; hay un fundamento, una causa legítima; procede de un acto jurídico respaldado por el orden jurídico. A veces, sin embargo, se opera independientemente a toda causa jurídica, a toda razón válida, un desplazamiento de riqueza, en el sentido más amplio de la palabra: una persona efectúa un pago al que no estaba obligada; que se enriquece así injustamente a expensas del ilegítimo acreedor, como, en el caso precedente, el accipiens se ha enriquecido sin causa en detrimento del solvens. En tal caso, más una vez, existe enriquecimiento injusto o sin causa, o para emplear una otra terminología, enriquecimiento ilegítimo.

De esa manera, se entiende por enriquecimiento injusto o sin causa aquel incremento que percibe el patrimonio de una persona, a costa de otra, sin razón jurídica que lo justifique. En otras palabras, es la institución jurídica que impide el desequilibrio patrimonial injustificado, cuando éste se produce por el incremento de uno en perjuicio de otro, si esta traslación no aparece jurídicamente motivada<sup>57</sup>.

El fundamento del enriquecimiento sin causa está en el derecho patrimonial, pues éste busca una regulación justa y equitativa de las relaciones patrimoniales, siendo el enriquecimiento sin causa una pretensión que se vuelta contra el enriquecido, para que entregue aquello en que injustificadamente se enriqueció.

Enriquecimiento sin causa es la situación en la que una persona se beneficia o enriquece a costa de otra sin que exista una causa o razón de ser que justifique este desplazamiento patrimonial.

Francesco MESSINEO<sup>58</sup> afirma que la figura del enriquecimiento sin causa (fórmula genérica), representa los casos en que alguien convierta en beneficio propio un bien ajeno, o

---

<sup>57</sup> Vid. RUIZ VADILLO, Enrique: *Introducción al estudio teórico práctico del derecho civil*, 14. ed., Ochoa, Logroño, 1984-1985, p. 316-317. Igualmente, BARASSI, Lodovico: *La teoria generale delle obbligazioni*. Vol. II, Le fonti, 2. ed., A. Giuffrè, Milano, 1948, p. 361, donde afirma que, «cualquier forma de enriquecimiento a costa de los demás y sin una causa que jurídicamente la justifique, determina un desequilibrio que, desde el derecho romano hasta hoy, el sistema legal ha respondido, o más exactamente, ha autorizado las personas reaccionaren contra el enriquecimiento que se produjo indebidamente».

<sup>58</sup> Vid. MESSINEO, Francesco: *Manual de derecho civil y comercial*, T. VI, Relaciones obligatorias singulares: (párrafos 153 ter a 169 bis), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 465.

se beneficie de alguna actividad ajena con daño ajeno, sin que exista una razón que justifique el provecho o el beneficio: en otras palabras, sin que exista una relación jurídica, ya constituida, que haga de causa que legitime el provecho, o el beneficio, del enriquecido.

Hay dos líneas que separan el enriquecimiento: i) el enriquecimiento *permitido*; ii) y el enriquecimiento *no permitido* (= contrario al Derecho). Éste último, es la línea que se confirma la *ilicitud*, la línea que se confirma el *injustificado*<sup>59</sup>.

No obstante, hay que delimitarse la idea expuesta para evitar que el enriquecimiento tenga una desmesurada extensión e invada el amplio campo los negocios y relaciones jurídicas, donde, en cierto momento, las partes intervinientes persiguen un lucro, una ganancia, un enriquecimiento derivado de la relación jurídica en cuestión, en otra ocasión, cuando no haya estos objetivos, lo que se intenta es, solamente, impedir un desplazamiento ilegítimo de patrimonio.

La obligación de restituir los enriquecimientos injustificados o sin causa, posee un marcado carácter de excepcionalidad: la excepcionalidad misma de todas las obligaciones restitutorias<sup>60</sup>.

Podemos decir que el enriquecimiento injusto existe cuando la norma jurídica no ha previsto una situación en la que se produce un desplazamiento patrimonial raro, que no encuentra una explicación legítima y razonable en el ordenamiento, ya que si tal desplazamiento se regula en una figura jurídica específica, a esta normativa ha de atenderse<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Vid. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti: *Tratado de direito privado*: parte especial, T. XXVI, 3. ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1971, p. 122, señala que «el fundamento de las relaciones jurídicas personales por enriquecimiento injustificado está en exigencia de justicia material, que impone la restitución de aquello que se recibió de otro, sin causa jurídica».

<sup>60</sup> Vid. RIPERT, Georges: *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*. T. II, Obligations, droits réels, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1957, p. 488.

<sup>61</sup> Vid. GASTON FRIEDMANN, Wolfgang: *Die Bereicherungshaftung im angloamerikanischen Rechtskreis in Vergleichung mit dem deutschen bürgerlichen Recht*, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1930, p. 147, el mencionado autor haciendo un estudio comparativo del enriquecimiento ilegítimo en el sistema jurídico alemán y anglo-estadounidense, concluye que la falta de fundamento jurídico es un punto de intersección entre los sistemas antes señalado.

La acción de enriquecimiento es siempre personal, dirigida a la recuperación de un *valor* situado sin causa en poder de un concreto sujeto, y del que, igualmente sin causa, fue privado otro sujeto: es la identidad del valor reclamado y de la falta de causa, que pone en relación personal a ambos, creando en el primer, la obligación de restituir y en el otro la exigencia.

El enriquecimiento injusto puede considerarse como un principio general de derecho que informa todo el ordenamiento jurídico, principio complementario del fundamental axioma *suum cuique tribuere* (*dar a cada uno lo suyo*)<sup>62</sup>.

Pasa a primer plano de fuente jurídica el principio de que a nadie le es lícito enriquecerse a costa de otro, reconocido unánimemente como derivación del Derecho natural<sup>63</sup>. Además, tiene no sólo la significación de un principio general de Derecho aplicable como fuente de carácter subsidiario, sino muy acusadamente de una institución jurídica. De esa manera, es preciso demostrar y justificar en cada caso, la procedencia concreta de la acción de enriquecimiento en relación con las particularidades que representa el respectivo desplazamiento patrimonial y con los elementos y requisitos que ha de reunir la acción, para que sea un saludable postulado de equidad y justicia, y no una razón de grave perturbación y trastorno en la seguridad de las relaciones jurídicas<sup>64</sup>.

En efecto, lo que se plantea, es evitar que el equilibrio entre los dos patrimonios enfrentados sea roto injustamente; es impedir que haya lesión injusta. Consistirá solución, dar

---

<sup>62</sup> Se trata en realidad de una frase muy célebre en latín, del jurista romano Ulpiano, uno de los más grandes creadores del Derecho romano clásico. En un pasaje muy citado de una de sus obras, recopilado posteriormente en el Digesto de Justiniano, este autor proporciona una brillante definición de la justicia: D. 1.1.10pr «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere alterum non laedere, suum cuique tribuere*». «La justicia es la voluntad constante de conceder a cada uno su derecho. Los preceptos del derecho son estos: Vivir honestamente, no dañar a otros y dar a cada uno lo suyo». Vid. CORTESE, Barbara: *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato...cit.*, p. 450 y ss.

<sup>63</sup> Vid. ROUAST, André: «L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile», *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, Sirey, 1922, p. 54, señalaba que «el principio del enriquecimiento sin causa es un principio de derecho natural aplicado por la jurisprudencia. Empero, inferior al derecho natural, el derecho positivo es preferible en la práctica, dada la certeza y seguridad que revierte por comparación con aquello. De este modo, sólo se puede recorrer al derecho natural en la ausencia de un texto de derecho positivo sobre lo cual el juez pueda asentar la su decisión, o cuando haya un obstáculo a la aplicación del derecho positivo independiente de la voluntad de las partes».

<sup>64</sup> Vid. SANTOS BRIZ, Jaime: «El enriquecimiento injusto o sin causa», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*-Manuel Albaladejo, coord., t. XXIV, Artículos 1887 a 1929 del Código civil, Editorial Revista de derecho Privado, Madrid, 1984, p. 11.



al empobrecedor un crédito contra el enriquecedor, hacer así, del enriquecimiento ilegítimo una fuente de obligaciones<sup>65</sup>.

De estas exposiciones doctrinales no quedará alguna duda que la problemática que intenciona resolver el enriquecimiento sin causa consiste en restituir la ventaja ganada frente a una retención sin causa. Ello, independientemente de cuál sea el motivo o la causa por la cual se pretenda restablecer el equilibrio, pues como se ha podido apreciar en los conceptos esbozados sobre enriquecimiento sin causa, algunos crean su concepto al rededor del hecho ilícito, otros, en torno del restablecimiento patrimonial y, otros basados en la causa, en la equidad o en la moral.

### *1.5 La configuración dogmática del instituto del enriquecimiento sin causa*

La configuración dogmática del enriquecimiento sin causa ha planteado cierta controversia en la doctrina, señalando los siguientes razonamientos: i) teoría unitaria del desplazamiento patrimonial; ii) la teoría de la ilicitud; iii) la doctrina de la división del instituto.

#### ***1.5.1 La teoría unitaria del desplazamiento patrimonial***

De acuerdo con la tradicional doctrina unitaria del desplazamiento patrimonial, la cláusula general de enriquecimiento sin causa instituyó una pretensión de aplicación directa, bastando para tal, única y simplemente, a verificación de un enriquecimiento injustificado al coste de otro<sup>66</sup>.

Esa concepción está basada, esencialmente, en la doctrina de SAVIGNY, según la cual la pretensión de enriquecimiento se constituye siempre al verificarse un desplazamiento

---

<sup>65</sup> Vid. JOSSERAND, Louis: *Derecho civil*. T. II. Vol. I, Teoría general de las obligaciones, Bosch, Buenos Aires, 1950, p. 451. Igualmente, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo: *La obligación*: (concepto, estructura y fuentes), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, p. 113, señala que, «con la inclusión del enriquecimiento injusto entre las fuentes de las obligaciones, de arbitrar un procedimiento para restablecer posibles desequilibrios económicos. Puede, en efecto, ocurrir que la realización de determinados hechos o actos ilícitos puedan dar lugar al enriquecimiento de una persona con un empobrecimiento correlativo en otra persona. Surge así una obligación con un contenido o prestación concreta: reparar el daño o perjuicio producido».

<sup>66</sup> Vid. VON MAYR, Robert: *Historia del derecho romano*, V. 2, Labor, Barcelona, 1926, p. 162 y ss; Vid. PLESSEN, Richard: *Die Grundlagen der modernen conditio*. Deichert, Leipzig, 1904, p. 28; Vid. SOHM, Rudolph: *Historia e instituciones del derecho privado romano*, La España Moderna, Madrid, 1920, p. 539.

patrimonial sin causa, directamente entre el enriquecedor y el empobrecedor, independientemente de la forma que como ocurre este desplazamiento<sup>67</sup>.

Tal regla valdría para todas las categorías de enriquecimiento sin causa, una vez que el fundamento común de todas ellas sería la restitución de todo lo que salió de determinado patrimonio. Desde luego, no habría falta la creación de tipologías de pretensiones de enriquecimiento<sup>68</sup>.

Así, de acuerdo con esa teoría, el fundamento común de todas las pretensiones de enriquecimiento estaría en la oposición entre la adquisición de una ventaja y la legitimidad de su manutención. La pretensión de enriquecimiento estaría condicionada siempre en la verificación de dos presupuestos: un desplazamiento patrimonial directo entre dos personas, produciendo enriquecimiento en una y correlativo empobrecimiento en otra; y la ausencia de causa jurídica para ese desplazamiento patrimonial<sup>69</sup>.

### ***1.5.2 La teoría de la ilicitud***

Según Fritz SCHULZ<sup>70</sup>, todas las acciones originadas por una intromisión ilícita en los derechos ajenos y dirigidos al restablecimiento de la situación que existiría si no fuera esta intromisión, integrarían las *pretensiones al lucro de la intervención*. Ésta resultaría de la intromisión ilícita en los derechos ajenos y no presupondría más del que una ventaja patrimonial al autor de la intromisión en la esfera jurídica ajena. Además, SCHULZ exige una relación de causalidad entre la intromisión y el lucro, de modo que sólo sería de restituir el lucro causado por la intromisión.

---

<sup>67</sup> Vid. SAVIGNY, Friedrich Karl von: *Sistema del derecho romano actual*, V. VI, 2. ed., Centro editorial de Góngora, Madrid, 1930, p. 23 y ss.

<sup>68</sup> Vid. PLESSEN, Richard: *op. cit.*, p. 45 y ss.

<sup>69</sup> Vid. HECK, Philipp: *Grundriss des Schuldrechts*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1929, p. 417 y ss.

<sup>70</sup> Vid. SCHULZ, Fritz: «System der Rechte auf den Eingriffserwerb», *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen, Mohr, 1909, p. 420 y ss.

La crítica que se hace a doctrina de SCHULZ es el rigor que lleva entre la intromisión y el lucro obtenido, exigiéndose una relación de *conditio sine qua non* entre éstos supuestos<sup>71</sup>.

Para SCHULZ<sup>72</sup> la base del instituto del enriquecimiento no reside en el desplazamiento patrimonial sin causa jurídica, sino en una acción contraria al derecho. Nadie debería obtener una ventaja por intervención ilícita en el derecho de otro, en cambio, éste debería restituir el resultado de esa intervención. Así, por la referencia al concepto de ilicitud, SCHULZ acerca el enriquecimiento sin causa de la responsabilidad civil, cualificando la obligación de restituir el enriquecimiento como una sanción para todo tipo de comportamientos ilícitos.

### **1.5.3 La doctrina de la división del instituto**

Otra concepción corresponde a la doctrina de la división del instituto del enriquecimiento en categorías autónomas y distintas. Esa doctrina tiene esencialmente su origen en los trabajos de Walter WILBURG<sup>73</sup> y Ernst VON CAEMMERER<sup>74</sup>. La tesis principal de esos autores reside en la división del instituto del enriquecimiento sin causa en dos categorías principales: una relativa las situaciones de enriquecimiento generadas con base en una prestación del empobrecedor y otra las situaciones de enriquecimiento no fundadas en la prestación, y sí, un enriquecimiento por intervención.

En la opinión de WILBURG, nunca fue demostrado que las restituciones fundadas en la realización de una prestación sin causa y las basadas en un enriquecimiento sin prestación,

---

<sup>71</sup> Vid. PEREIRA COELHO, Francisco Manuel: *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1955, p. 232 y ss, donde afirma que, «sería injusto, por ejemplo, que el industrial que mandó fijar en la pared de otro un cartel de publicidad de sus productos fuera obligado a restituir todos los lucros que no tenía obtenido si la intromisión no tuviera ocurrido. El transeúnte, movido por la fuerza sugestiva del cartel, se dirige al establecimiento comercial a comprar un producto anunciado. Esta su decisión debese, en parte cuyo el peso relativo será difícil determinar con exactitud, a la óptima posición de la pared que hacía resaltar el cartel, a la sugestión que emanaba de la composición de este, y a la excelente embalaje del producto. El lucro obtenido dependerá de estos tres factores. Si es verdad que el anunciante jamás tendría lucro sin la colocación del cartel en aquella pared (*conditio sine qua non*) no es menos cierto que, si no fueron los demás elementos, no tenía obtenido ese mismo lucro. Por tanto, no se ve motivo para obligar el enriquecedor a restituir la totalidad del lucro, por los menos aquella parte que es imputable a los dos últimos elementos. Es verdad que la relación de causalidad exigida por SCHULZ (*conditio sine que non*) ayuda fundamentar la injusticia apuntada».

<sup>72</sup> Vid. SCHULZ, Fritz: «System der Rechte... *cit.*, p. 445.

<sup>73</sup> Vid. WILBURG, Walter: *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Kritik und Aufbau. Graz, Leuschner & Lubensky, 1934.

<sup>74</sup> Vid. CAEMMERER, Ernst von, «Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause», *Revue internationale de droit comparé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1966.

tuvieran lo mismo fundamento, existiendo antes, entre ellas, una diferenciación de presupuestos, por lo que no habría cualquier posibilidad de las reconducir a un principio genérico común. El enriquecimiento por prestación, sería basado en un acto voluntario del autor, constituyendo una forma de impugnación jurídica de este acto, siendo la base de tal impugnación, sobre todo, el error sobre la causa jurídica de su prestación. Ya el enriquecimiento no fundado en una prestación tenía como fin la recuperación de un derecho afectado por la adquisición del enriquecido<sup>75</sup>.

Ya Ernst VON CAEMMERER, parte del concepto central de “contenido de la destinación” en su construcción de la teoría del enriquecimiento sin causa. El autor entiende que la prohibición del enriquecimiento injustificado consiste solamente en una máxima de justicia conmutativa que se encuentra a un nivel de abstracción tal, que carece de ser rellenado por el juzgador, efectuado por la integración del caso en una categoría específica de enriquecimiento sin causa<sup>76</sup>.

Así, presenta una tipología de hipótesis de enriquecimiento sin causa distinguiéndolas entre el enriquecimiento por prestación (*Leistungskondiktion*), que sería una repetición de una prestación sin causa (el pago indebido); el enriquecimiento por intervención (*Eingriffskondiktion*), en que estaba fundamentada en la idea de disconformidad con el derecho, por medio de la función de ordenación de la propiedad; el enriquecimiento por liberación de una deuda paga por tercero (*Rückgriffskondiktion*), este grupo de pretensiones de enriquecimiento residiría en el pago de deudas ajenas. En este caso, el enriquecimiento sería injustificado, en virtud de la liberación del deudor contrariar las responsabilidades jurídicamente establecidas; y el enriquecimiento resultante de las despensas efectuadas por cosa ajena (*Verwendungskondiktion*), el cuarto grupo de casos residiría en el enriquecimiento por mejorías hechas en una cosa ajena. Esa tipología no es considerada como cerrada, en la medida en que necesitar posteriores situaciones empíricas el surgimiento de nuevas categorías<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Vid. WILBURG, Walter: *Die Lehre von der...cit.*, p. 49 y ss.

<sup>76</sup> Vid. CAEMMERER, Ernst von: «Problèmes fondamentaux de l'enrichissement ... *cit.*, p. 573.

<sup>77</sup> Vid. CAEMMERER, Ernst von: «Problèmes fondamentaux de l'enrichissement...*cit.*, p. 578 y ss. Vid. NICOLUSSI, Andrea: «Bereicherungsrechte arricchimento senza giusta causa», en *I cento anni del Codice Civile Tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*: atti del Convegno di Ferrara, 26-28 settembre 1996, CEDAM, Padova, 2002, p. 462 y ss.

Sin embargo, entendemos que las proposiciones antes expuestas tienen más una utilidad didáctica que empírica. Con excepción de la teoría de la ilicitud<sup>78</sup>, las demás, solamente, amplían o reducen el foco inicial de visión del instituto, pero que, al final resulta en el mismo objetivo: *reconducir un desplazamiento patrimonial roto sin justa causa, a su dirección debida*.

### 1.6 El enriquecimiento injusto y las figuras conexas

Importa destacar algunas figuras que están conexas a la idea de enriquecimiento ilegítimo, pero que, no se puede confundir o resumir este instituto para la simple averiguación de aquellas figuras.

Algunos señalan que enriquecimiento injusto siempre deriva de acto ilícito. Rodolfo SACCO<sup>79</sup> sostiene que, en la culpa aquilina, la limitación de la indemnización no debe quedar reducida al daño, sino que debe comprender *todo el enriquecimiento* obtenido o derivado del acto ilícito. Y, que la consecuencia del hecho ilícito consiste en esto: que surge a cargo del autor del hecho ilícito la obligación de resarcir *el daño* patrimonial irrogado al sujeto del derecho lesionado.

Sin embargo, a pesar de que, entre el enriquecimiento injustificado y el acto ilícito, tiene el poder de generar el deber de indemnizar, que puede tener la misma formación fáctica, ya que en ambas situaciones hay una alteración en el estado de las cosas entre los sujetos. Pero, luego se percibe que solamente por ser contrario al Derecho no es requisito que se encuentre en todos los casos de pretensión por el enriquecimiento indebido.

Aun se puede observar, que el acto ilícito puede generar deuda, por la ilicitud, sin que el ofensor tenga cualquier provecho. Así como el daño ni siempre se haga en el mundo jurídico como soporte fáctico del acto ilícito, así también ni todo enriquecimiento deriva de una ilicitud.

---

<sup>78</sup> En efecto, la teoría de la ilicitud no ayuda en el desarrollo dogmático del instituto del enriquecimiento sin causa, y sí, mezclar supuestos de figuras jurídicas distintas, resumiendo el enriquecimiento injusto a los mismos supuestos de la responsabilidad civil.

<sup>79</sup> Vid. SACCO, Rodolfo: *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*: contributo alla teoria della responsabilità estracontrattuale, Unione Tipografico-editrice torinese, Torino, 1959, p. 12.

Es frecuente confundir el empobrecimiento de la teoría del enriquecimiento sin causa con la lesión. Estas teorías tocan, más o menos directamente, el problema de la causa. En el enriquecimiento sin causa, el concepto de causa es un problema de calidad y no simplemente de cantidad. La existencia o inexistencia de causa, su licitud o su ilicitud, nada tiene que ver con la cantidad, cuantía o valor pecuniario de las prestaciones. De esa manera, la causa del enriquecimiento torticero, repetimos, pertenece a la categoría lógica de calidad, al paso que la lesión pertenece a la categoría lógica de cantidad.

Siguiendo esta misma línea, no se puede mezclar la pretensión por daños y perjuicios que se orienta siempre al agente provocador dónde son indispensables los conceptos de culpa<sup>80</sup> e imputabilidad para determinar el obligado a indemnizar, con la pretensión de enriquecimiento que se encamina siempre contra el enriquecido sin causa, prescindiendo en absoluto de las nociones de culpa e imputabilidad y dejando en la penumbra al agente de la atribución patrimonial<sup>81</sup>.

### *1.7 Los requisitos básicos de la acción de enriquecimiento sin causa*

De lo que hemos visto se infiere, que el mérito principal de esta teoría consiste en haber incorporado al derecho positivo, con fundamento en la equidad y la justicia, la obligación de resarcir al que fue damnificado o empobrecido sin causa, el importe del empobrecimiento que ha sufrido o la ventaja obtenida a costa del desmedro de este, por aquel que se ha beneficiado o enriquecido.

En términos generales se puede decir que no existe acuerdo sobre los elementos característicos e integrantes del enriquecimiento sin causa, motivado principalmente por la

---

<sup>80</sup> Vid. CHIRONI, G. P.: *La culpa en el derecho civil moderno*: culpa extra-contractual, Hijos de Reus, Madrid, 1906, p. 402; Vid. FISCHER, Hans Albrecht: *Los daños civiles y su reparación*, Biblioteca de la Revista de derecho privado, Madrid, 1928, p. 38.

<sup>81</sup> Vid. NÚÑEZ-LAGOS, R.: *Código civil...cit.*, p. 387, apunta con maestría que «la pretensión por daños necesita fijar la relación de causa a efecto entre el agente provocador y el daño. La pretensión por enriquecimiento fija dicha correlación entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido. En la primera, la reparación se extiende al daño total, o sea, a la totalidad del interés, sin limitación de derecho, salvo algunas excepciones legales. En la segunda, la restitución tiene su objeto y su medida la cuantía del enriquecimiento. La pretensión por daño nace siempre de un hecho ilícito (delito civil y cuasi delito). La pretensión de enriquecimiento nace normalmente de un hecho jurídico lícito, pero puede nacer también de un acto ilícito. El concepto de culpa es el eje central de la pretensión por daños. La noción «sin causa» es aún más importante y definitiva para la pretensión por enriquecimiento. El daño se puede producir por acción o por omisión. El enriquecimiento, como es secundario el agente provocador sólo positivamente, por desplazamiento de valor de un patrimonio a otro».

confusión existente entre los requisitos del ejercicio de la acción y los elementos que conforman la figura. Empero, no se debe aceptar que la acción de enriquecimiento no puede estar sometida a requisito alguno. Mismo que, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, no coinciden en todos los elementos, exigen necesariamente el concurso de ciertos y determinados requisitos para el integramiento de la institución.

Según Julien BONNECASE<sup>82</sup>, para que exista un enriquecimiento sin causa solo se requieren dos requisitos, uno de hecho y otro, de derecho. El elemento de hecho, es constituido en la pérdida o desplazamiento en favor de un patrimonio de un valor perteneciente a otro patrimonio, y el elemento de derecho, es la no justificación en derecho de tal pérdida o desplazamiento.

Louis JOSSERAD<sup>83</sup> afirma que se requieren cinco condiciones para que la acción de enriquecimiento conduzca a una recuperación: i) es preciso que haya habido *enriquecimiento*; ii) también *empobrecimiento* correlativo; iii) que el enriquecimiento debe ser injusto, ilegítimo, *sin causa*; iv) que es preciso que el enriquecedor no tenga otro medio de obtener satisfacción: la acción *de in rem verso* tiene carácter *subsidiario*; v) en fin, la acción *de in rem verso* no podría intentarse jamás con ánimo de burlar una disposición imperativa de la ley.

En toda enumeración de requisitos o presupuestos de la acción de enriquecimiento sin causa suelen hallarse presentes los siguientes elementos: i) *la adquisición de un provecho o ventaja patrimonial del demandado con el correlativo empobrecimiento del actor*; ii) *la debida conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento*; iii) *y la carencia de causa que*

---

<sup>82</sup> Vid. BONNECASE, Julien: *Elementos de derecho civil*. T. II, Derecho de las obligaciones de los contratos y del crédito, Jose M. Cajica, J.r., Puebla (México), 1945, pp. 315-316.

<sup>83</sup> Vid. JOSSERAND, Louis: *Derecho civil...cit.*, p. 456. Vid. HEDLEY, Steve: *A critical introduction to restitution*, Butterworths, London, 2001, pp. 11-12, la doctrina británica, en su estilo pragmático, señala sobre los elementos del enriquecimiento injusto, a saber, «el enriquecimiento (o 'beneficio' - las dos expresiones son prácticamente sinónimos) se define como tomar muchas formas, algunas de las cuales eran más fáciles de identificar que otros. Que sea a expensas de quién se recibió el beneficio. Este requisito se cumple, obviamente, cuando el demandado recibió una transferencia de riqueza directamente de la demandante. Es también satisfecho cuando el demandado obtuvo un beneficio mediante la adopción de la riqueza que debería haber ido a la reclamante. Y, por último, la injusticia de mantener el enriquecimiento. Los "factores injustos" fueron un intento de describir qué tipo de circunstancias justifica la anulación de la regla básica de no responsabilidad, para establecer un derecho de restitución». Dentro de éstos "factores injustos", la *ilegalidad*, sea de un contrato o de una obligación general, asumir un importante papel en el Derecho inglés, como un fundamento frente a una demanda de enriquecimiento sin causa, Vid. SWADLING, W. J.: «The role of illegality in the English law of unjust enrichment», en *Unjustified enrichment: key issues in comparative perspective*-edited by David Johnston, Reinhard Zimmermann, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 308.

*justifique dicho enriquecimiento.* No obstante, la aceptación más o menos generalizada de estos requisitos, en ocasiones, se ha discutido la fuerza de alguno de ellos a la hora de otorgar carta de naturaleza a la acción de enriquecimiento injusto, al tiempo que a tal elenco se han añadido, a veces, otros nuevos como, por ejemplo, la necesidad de que el enriquecimiento del demandado no haya venido impuesto por el actor empobrecido o de que aquél haya actuado de mala fe al enriquecerse a costa de otro<sup>84</sup>.

Dado que la acción de enriquecimiento ilegítimo tiene carácter subsidiario (como veremos más adelante) y el que esta acción no pueda ejercitarse con el fin de soslayar una disposición imperativa de la ley, son indudablemente condiciones para el ejercicio de la acción ante la justicia y no elementos estructurales del principio. Al respecto, bien es conocido y aceptado en el derecho, que dicha acción no procede libre y preferencialmente; el reembolso de lo que se ha dado o pagado indebidamente hay de adelantarse ante todo por los caminos adecuados, directos y comúnmente eficaces que da la ley para las distintas situaciones; esta acción en consecuencia solo es procedente cuando se carece de otro recurso legal para el restablecimiento del equilibrio patrimonial que injustamente se ha alterado.

Desde luego, las normas de equidad y de justicia material que deben reflejar el Derecho informan que la prohibición de enriquecimiento a costa de otro exige requisitos esenciales, donde la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado puede producirse tanto por un aumento del patrimonio (*lucrum emergens*) como por una no disminución del mismo (*damnum cessans*)<sup>85</sup>. Además, se requiere una conexión de enriquecimiento y empobrecimiento, en virtud del traspaso directo del patrimonio del actor, al del demandado, y una falta de causa o justificación, lo que es compatible con la buena fe; no

---

<sup>84</sup> Vid. RAGEL SÁNCHEZ, Luis-Felipe: *Estudio legislativo y jurisprudencial del derecho civil: obligaciones y contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 400-401.

<sup>85</sup> Vid. TUHR, Andreas von: *Tratado de las obligaciones*, Comares, Granada, 2007, p. 300 y ss, afirma que, «de igual forma que el daño, el enriquecimiento es la diferencia entre el estado actual de un patrimonio y su estado si un desplazamiento ilegítimo de bienes no se hubiere producido. Lo mismo que se distingue en el daño la disminución del patrimonio (*damnum emergens*) y el no aumento de patrimonio (*lucrum cessans*), así el enriquecimiento puede producirse de dos maneras: 1) Por un aumento de patrimonio (*lucrum emergens*); este aumento se refiere: a) Bien al activo del patrimonio, cuando un nuevo derecho (propiedad, crédito, etc.) se agrega a la fortuna de B, o que un derecho ya existente aumente de valor (por ejemplo, un inmueble sin edificios, sobre el cual se levante una construcción); b) O bien al pasivo de este mismo patrimonio, cuando grava el patrimonio de B alguna deuda y se extingue sin causa jurídica, por ejemplo, si el acreedor hace remisión de la deuda, o si un tercero paga sin causa jurídica la deuda de B. 2) Por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*): B evita una expensa que normalmente le incumbe, o la constitución de una deuda o de una carga sobre la cosa, por ejemplo, merced a que otra persona, sin ninguna causa jurídica, ha efectuado una expensa».



enriquece torticeramente él que adquiere en virtud de un contrato legal que no ha sido invalidado, o en virtud de un legítimo derecho que se ejercita sin abuso o en virtud de una sentencia que lo estima procedente en Derecho. Podemos aun añadir como requisito, la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa.

### ***1.7.1 El enriquecimiento de una de las partes y el correlativo empobrecimiento de la otra***

Tanto el concepto de enriquecimiento, como el de empobrecimiento, gozan de enorme amplitud, de modo que, como fue dicho, el primero puede consistir o en un aumento del patrimonio del enriquecido (*lucrum emergens*), o en la evitación de una disminución del mismo (*damnum cesans*)<sup>86</sup>, en tanto que el empobrecimiento del actor se entiende producido cuando éste ha sufrido un daño positivo (*damnum emergens*) o cuando ha visto frustradas sus expectativas de lucro (*lucrum cesans*)<sup>87</sup>. Tan amplia concepción de ambos términos, ha permitido que en tales nociones se incluya toda adquisición y correlativa pérdida de derechos de todo tipo, reales y de crédito, así como el aumento o disminución del valor de las cosas concretas que integran un patrimonio o, finalmente, el ahorro que determina el no tener que hacer frente su titular a alguna carga u obligación que pesaba sobre su patrimonio. Por lo tanto, los casos en que sea posible identificar el enriquecimiento de uno a costa del empobrecimiento de otro son variadísimos<sup>88</sup>.

Un enriquecimiento por parte del demandado, representa una obtención de una ventaja patrimonial; es la mejora o incremento de la situación patrimonial de una persona, un desplazamiento patrimonial, por tanto, es un requisito imprescindible<sup>89</sup>. Así lo presuponían las

<sup>86</sup> Así lo afirman las SSTS de 13 de abril de 2000 (RJ 2000/2152) y 26 de junio de 2002 (RJ 2002/5499).

<sup>87</sup> Cfr. SSTS de 29 de mayo, 26 de junio y 31 de julio de 2002 (RJ 2002/7160,5499 y 8436).

<sup>88</sup> Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: *El enriquecimiento sin causa*, 3. ed., Comares, Granada, 1993, pp. 83-84, quien sostiene que «la definición del concepto de enriquecimiento es sumamente difusa, con todo, él lo conceptúa como la adquisición por una persona de una ventaja patrimonial a la que no se corresponde una recíproca desventaja equivalente. Y si la noción de enriquecimiento es amplia, tanto debe serlo necesariamente la de empobrecimiento, puesto que éste se configura a partir de aquél, como el anverso de la misma moneda».

<sup>89</sup> Vid. FRATTOROLO, Vittorio: *L'azione di arricchimento nella giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 1974, p. 15, para quien, «el enriquecimiento puede consistir en un incremento patrimonial directo como una ventaja indirecta, que se manifiesta, en su mayor parte, en la eliminación de un elemento pasivo del patrimonio, o un fracaso o la pérdida de la riqueza en el ahorro y el gasto». Vid. ESSER, Josef: *Lehrbuch des Schuldrechts*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1949, p. 436, apunta que, «El enriquecimiento exige que el enriquecido ha adquirido algo lo que mejora su patrimonio neto. Este enriquecimiento puede incluso estar en la adquisición de un derecho a una situación jurídica formal, la situación de hecho protegidas (posesión, por ejemplo) o un otros beneficios

*condictiones* del Derecho romano. Hablase al respecto de ventaja patrimonial objetiva o aisladamente considerada (enriquecimiento real) o ventaja traducida en la proyección concreta del acto sobre la situación patrimonial del beneficiario (enriquecimiento patrimonial), consistente en la diferencia entre la situación actual del beneficio (situación real) y aquélla en que estaría si no fuera por el desplazamiento patrimonial (situación hipotética)<sup>90</sup>. No es suficiente que el patrimonio haya recibido un valor. Necesitase un aumento, un superávit. Es el enriquecimiento neto en absoluto.

El enriquecimiento debe existir o subsistir en el momento en que se entabla la acción. Es lo que se llama enriquecimiento *actual*, excluye el futuro y el pasado. No cabe invocar un enriquecimiento *futuro*. No cabe invocar un enriquecimiento *pretérito*. No hay acción si el enriquecimiento ha desaparecido con anterioridad a la demanda<sup>91</sup>.

De hecho, el enriquecimiento será indispensable, ya que es el primer efecto en la sistemática del enriquecimiento injusto. Sea que derive de la adquisición de un nuevo derecho sea del aumento de un derecho ya existente<sup>92</sup>.

Entre empobrecimiento y enriquecimiento hay que existir una conexión, en virtud del traspaso directo o indirecto del patrimonio del actor al del demandado. Es decir, el enriquecimiento hay que hacerse «a costa» del actor. Un enriquecimiento cualquiera, material, intelectual o moral; no se hace necesario que haya entrado en el patrimonio del enriquecido un valor positivo y pecuniario<sup>93</sup>. Son admisibles dentro del concepto «enriquecimiento» los

---

financieros, además, en la liberación de las obligaciones (deudas) y cargas (en reales), y en tercer lugar en el ahorro de los gastos que de otro modo se han hecho».

<sup>90</sup> Vid. SANTOS BRIZ, Jaime: «El enriquecimiento injusto...*cit.*, p. 28.

<sup>91</sup> Vid. GORÉ, François: *L'enrichissement aux dépens d'autrui...cit.*, pp. 64-65, al señalar dos ejemplos de la jurisprudencia francesa, enriquecimiento futuro «la jurisprudencia francesa ha decidido que en caso de construcciones hechas por encargo del arrendatario, el contratista de la obra no tiene acción de enriquecimiento contra el propietario del inmueble, pues dichas construcciones no entrarán por accesión en la propiedad del arrendador mientras subsista el arrendamiento, porque mientras tanto el arrendatario tiene la libre disposición de las construcciones»; enriquecimiento pretérito, «un subarrendatario reclama del propietario el aumento de valor de la finca rústica o subarrendada por las *expensas* hechas por aquél. El propietario alega que el enriquecimiento había desaparecido al hacerse el cargo del inmueble, pues el arrendatario había causado deterioros superiores al importe de las mejoras».

<sup>92</sup> Vid. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de: *Direito das obrigações*, 9. ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2004, p. 450, añade el autor portugués que, «enriquecimiento también se puede realizar, no por el aumento del patrimonio activo, pero con una disminución de pasivos (por ejemplo, si alguien paga una deuda de los demás sin ningún tipo de obligación de hacerlo), o incluso evitar los gastos».

provechos de carácter moral, cuando entrañen consecuencias pecuniarias, cuando trasciendan al patrimonio en forma apreciable, en dinero, cuando se trate de una situación jurídica ventajosa. No se exige tampoco que el enriquecimiento haya sido directo; aun realizado indirectamente, tiene fuerza obligatoria; y este principio es de doble significación. El enriquecimiento puede consistir, bien en una ganancia realizada, bien en un gasto evitado.

Es preciso que haya habido *empobrecimiento* correlativo en el enriquecedor. Esta segunda condición se aprecia en función de la primera y quizá con mayor liberalismo todavía, no se exige que haya habido pérdida material; basta que se haya prestado un servicio, que se haya efectuado un trabajo, que se haya ocurrido un encargo oneroso. El empobrecimiento debe producirse contra la voluntad del empobrecido. Hay que saber si ante la ausencia inicial de causa, el consentimiento posterior del empobrecido no convierte el desplazamiento en una adquisición a título legítimo.

Sin embargo, la existencia de un enriquecimiento de una persona, procurado por otra, no sería suficiente para fundar una pretensión por enriquecimiento. Es necesario que el enriquecimiento se verifique a costa de otro. Al enriquecimiento debe corresponder (cualitativamente) un empobrecimiento de otro patrimonio. El que no sufre este empobrecimiento no tiene interés, porque nada ha perdido<sup>94</sup>.

El empobrecimiento debe ser sufrido por el patrimonio del demandante. Este es el hecho básico que lo legitima *ad causam* para entablar la acción. Carece de pretensión el que ha provocado el desplazamiento de valores, si al mismo tiempo su patrimonio no ha sufrido perjuicio<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Vid. JOSSERAND, Louis: *Derecho civil...cit.*, p. 458. En sentido contrario, Vid. RENARD, Jean: «Etude sur les conditions d'application de l'action d'enrichissement sans cause dans le droit français moderne», en *Revue trimestrielle de Droit civil*, Paris, 1920, p. 248, que excluye toda ventaja de orden moral del concepto de enriquecimiento, «la ventaja moral es más bien una dichosa suerte para su beneficiario que un provecho materialmente apreciable. En tal sentido escapa a los supuestos de la *actio de in rem verso*, que no busca más que el enriquecimiento efectivo traducido patrimonialmente por un acrecimiento de valor».

<sup>94</sup> Vid. SCHLECHTRIEM, Peter: *Schuldrecht*, besonderer Teil, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1987, p. 233.

<sup>95</sup> Vid. NÚÑEZ-LAGOS, R.: *Código civil...cit.*, p. 704. para quien, «es normal la correspondencia exacta entre el objeto de los dos fenómenos enriquecimiento y empobrecimiento. A la pérdida de una cosa o de un derecho por un patrimonio corresponde una correlativa adquisición en el otro patrimonio. Puede suceder también que el objeto de ambos fenómenos sea diferente en cuantía y en naturaleza. Si A presta sus servicios a B sin remuneración, dejando un empleo que le produce 1.000, pero no ahorra a B más que un sueldo de 500, el perjuicio de B es de 1.000, pero no podrá reclamar más que 500, que es el montante del total enriquecimiento de

El empobrecido, es, si se pondera, el fin último de las cosas, el objeto de la institución, la situación del empobrecido es lo que, ante todo, se trata de proteger. A lo que se aspira es a darle al empobrecido lo que le pertenece, lo que es suyo, lo que, por hechos del hombre o de la naturaleza, ha perdido en provecho ajeno y sin mediar causa justa.

Todo lo que se exige es que el empobrecimiento del enriquecedor sea obra suya; si procede en realidad del azar, de una circunstancia puramente fortuita, no se debe la indemnización por que, en suma, si hay entonces un *empobrecido*, no hay, propiamente hablando, enriquecedor.

#### 1.7.1.1 Objeto de la obligación de restituir el enriquecimiento

El objeto de la obligación de restituir con fundamento en el enriquecimiento sin causa es mensurado por el enriquecimiento a costa de otro. Son posibles dos concepciones de enriquecimiento: i) la real; ii) y la patrimonial. En el primer caso, la ventaja es objetiva y aisladamente considerada<sup>96</sup>. El enriquecimiento corresponderá al valor objetivo de la ventaja real adquirida, consistirá en la propia cosa, o en su valor en el caso de tener sido consumida. Si el bien es enajenado, la obligación de restituir pasa a tener como objeto la suma obtenida como correspondiente logrado o como indemnización de los daños<sup>97</sup>.

Ya el enriquecimiento patrimonial se exprime por la diferencia entre la situación en que el beneficiario se encuentra (situación real) y aquella en que estaría si no fuera el desplazamiento patrimonial ocurrido (situación hipotética)<sup>98</sup>. Ahora se llevan en cuenta las eventuales disminuciones patrimoniales conexas con el enriquecimiento. Éste resultará,

---

A. Si una persona vende a un tercero de buena fe un objeto del que no es propietaria, el enriquecimiento es el precio que el vendedor ha obtenido; el empobrecimiento del dueño, la pérdida de la posesión o de la propiedad».

<sup>96</sup> Vid. ANTUNES VARELA, João De Matos: *Das obrigações em geral*, V. I, 10. ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 477.

<sup>97</sup> Propiedad y derechos reales limitados constituyen por lo tanto el marco en el que es segura la concesión de la acción de enriquecimiento injusto. Pero aún hay más supuestos protegidos, así ocurre con las especiales propiedades sobre aguas, minas, caza y pesca, el derecho a la ocupación, el derecho de posesión, y algunos supuestos de derechos de crédito, como el derecho del arrendatario frente a quien disfruta indebidamente de la vivienda arrendada, y demás derechos pasivos de evaluación económica. Vid. BASOZABAL ARRUE, Xabier: *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998, p. 129.

<sup>98</sup> Vid. ANTUNES VARELA, João De Matos: *Das obrigações em geral.. cit.*, p. 478.

así, de un saldo en que el obtenido a coste de otro será un elemento activo a ponderar contra elementos pasivos.

Sólo una evaluación dinámica del enriquecimiento permitirá que el instituto del enriquecimiento sin causa realice sus funciones específicas: remover todo lo enriquecimiento, y sólo ello, del patrimonio del enriquecedor<sup>99</sup>. Correspondiendo *enriquecimiento la utilidad*, hay que determinar cuál la utilidad que el beneficiario con el desplazamiento patrimonial retiró de ésta. Desde ya, consideramos preferible la idea del enriquecimiento patrimonial. Pues, sólo a través de la restitución de esta utilidad, puede decirse que el instituto del enriquecimiento ilegítimo obró su función de apartar el enriquecimiento del patrimonio del beneficiario, de modo que éste, se quede en la misma situación en que estaría si el hecho generador del enriquecimiento no tuviera ocurrido. De este modo, el enriquecimiento (sin causa) será un diferencial entre dos situaciones patrimoniales, un saldo (positivo) de patrimonio del beneficiario, derivado del desplazamiento patrimonial. Sólo este saldo reflejará aquella utilidad.

Entendemos que el enriquecedor tendrá que restituir al empobrecedor aquella parte del enriquecimiento que sea imputable económicamente a los bienes jurídicos ajenos. Se trata de un punto de vista que parte de una concepción que podemos llamar dinámica del derecho de propiedad. La acción de enriquecimiento visa proteger de un modo dinámico, los bienes, la libertad de los disponerlos, adquirirlos, y destinar varios usos con ellos o sobre ellos, en toda su utilidad. Es decir, conservar todos los resultados útiles de las actividades productivas.

### ***1.7.2 La conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento***

El desplazamiento patrimonial sin causa produce dos consecuencias paralelas y conexas por un cierto vínculo de causalidad: el enriquecimiento, de una parte; el empobrecimiento, de

---

<sup>99</sup> Vid. ŁĘTOWSKA, Ewa: «Unjust enrichment in eastern european countries», en *International encyclopedia of comparative law*, Peter Schlechtriem, chief editor, Vol. X, Restitution, unjust enrichment and negotiorum gestio. Chapter 4, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Dordrecht [etc.], Martinus Nijhoff, 1997, pp. 34-35, donde señala que en los países del este de Europa el instituto del enriquecimiento injusto presenta tanto una función preventiva como protectora, a saber, «el derecho civil de los países de Este de Europa enfatiza la función preventiva y protectora del enriquecimiento, de hecho, éste puede decirse que es un rasgo característico del sistema. La institución del enriquecimiento sin causa, por consiguiente, se dice que tienen una influencia beneficiosa sobre "la formación de las relaciones humanas compatibles con la ética socialista". La segunda función de esta institución es la protectora. Se enfatiza la protección de la propiedad, y en especial, la propiedad socialista. El Enriquecimiento sin causa, por tanto, sirve para proteger no sólo el derecho de propiedad en *stricto sensu*, pero también derechos de propiedad en general».

la otra. Aún en esta idea, afirmamos anteriormente que en una situación de enriquecimiento ilegítimo hay que tener un enriquecimiento de una de las partes y el correlativo empobrecimiento de la otra. Es necesario que la falta de causa produzca estos dos fenómenos, para que la pretensión por enriquecimiento sea concedida. Sin enriquecimiento actual, falta la legitimación pasiva para la acción. Sin empobrecimiento del demandante, falta el interés para la acción. En realidad, enriquecimiento y empobrecimiento, para que sean apreciados por el derecho, son las dos caras de un mismo fenómeno producido por la atribución sin causa.

Si enriquecimiento y empobrecimiento son independientes entre sí, si pertenecen a distintos planetas, no hay lugar a la pretensión de enriquecimiento. De otra manera, cualquier empobrecido resultaría legitimado activamente para reclamar todos los enriquecimientos sin causa de que tuviera noticia. En efecto, es necesario el vínculo de conexión. Las discrepancias comienzan al apreciar en qué consiste ese vínculo.

Lo cierto es, que es más frecuente embeber su exigencia en la afirmación de que lo empobrecimiento del actor debe ser correlativo al enriquecimiento del demandado, dándose por sentado que se trata de extremos mutuamente determinados, lo que excluye la necesidad de recalcar el nexo de causalidad entre ellos. Pero esto no significa que no deba existir tal relación, al contrario, el análisis de la posible concurrencia de un supuesto de aplicabilidad de la acción de enriquecimiento injusto, requiere un nexo de causalidad que resulta entre el deterioro y el beneficio alcanzado, de modo que aparezca la ventaja de uno como una derivación con causalidad eficiente y recíproca de la desventaja del otro patrimonio, en otras palabras, es una relación de causa y efecto, en la que se debe concurrir entre los dos extremos. Si lo miramos desde el punto de vista del patrimonio del que sale el bien, es un perjuicio o desventaja; si lo miramos desde el punto de vista del patrimonio al que entra el bien o derecho, es un beneficio.

La conexión entre empobrecimiento y enriquecimiento, a la cual hemos referido ya repetidamente, indica que el primero hay que ser ,precisamente, la causa del segundo; el enriquecimiento es efecto del empobrecimiento. Ello da lugar a que sólo hasta donde uno coincida con el otro, procede la restitución al perjudicado, y no en el exceso. Existe empobrecimiento de una persona cuando su patrimonio disminuye, bien por una pérdida de

sus activos, por un aumento de su pasivo, bien por una disminución en cuanto a los valores, los servicios y los trabajos no recibidos o compensados.

El enriquecimiento de un patrimonio a expensas de otro, puede llevarse a efecto de una manera directa o de una manera indirecta.

Habrá enriquecimiento directo o inmediato en el supuesto de que el beneficio o aumento del patrimonio se realice sin intermediación de factores (personas o patrimonios) en la lesión o empobrecimiento del perjudicado<sup>100</sup>.

Evidentemente, el nexo de causalidad entre el enriquecimiento de una parte y el empobrecimiento de la otra se constata con mayor facilidad en los casos en que es posible demostrar una relación directa entre la conducta desplegada por quien se enriquece a costa de otro y el quebranto patrimonial que éste sufre. Pero, ni siempre que se demuestra un nexo de causalidad entre un empobrecimiento y un enriquecimiento se otorga la protección de la acción. Es inviable la misma, en aquellos casos en que el enriquecimiento del demandado ha venido impuesto por la conducta desplegada por el propio actor, sobre todo, cuando consta la voluntad en contrario del enriquecido. Se trata de supuestos en los que el enriquecimiento es consecuencia de la actuación del empobrecido en nombre y beneficio propio.

Por el contrario, existe enriquecimiento indirecto o mediato, cuando el movimiento patrimonial se realiza con la intermediación de patrimonios o personas ajenas a las que forman la relación causal. Corresponden a este modo de acrecentamiento, las ventajas adquiridas a través de terceros representantes que sirven de medios para la transmisión entre dos patrimonios<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> Vid. ENNECCERUS, Ludwig: *Tratado de derecho civil*, Segundo t., Derecho de obligaciones, 3. ed., Bosch, Barcelona, 1950, pp. 958-959, entiende que «para la estructuración del enriquecimiento, que el desplazamiento patrimonial tiene que haber acontecido "inmediatamente", es decir, que ha de conseguirse sin rodeos sobre un patrimonio ajeno o en negocios jurídicos en que intervenga un tercero. La expresión "inmediatamente" no significa sin embargo, que deba existir identidad del acreedor del enriquecimiento con las personas que de hecho hicieron y recibieron la prestación, sino que ha de entenderse en el sentido de la unidad de la circunstancia origen de la ganancia y de la pérdida».

<sup>101</sup> Vid. GALLO, Paolo: *L'arricchimento senza causa...cit.*, p. 505 y ss; Vid. JOHNSTON, David; ZIMMERMANN, Reinhard: *Unjustified enrichment: key issues in comparative perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 715 y ss.

Pero, tal vez, éste sea el aspecto más problemático del establecimiento de la relación de causalidad entre el incremento patrimonial de una parte y el decremento de la otra. Es lo de los desplazamientos indirectos, es decir, aquellos casos en que el demandado obtiene el enriquecimiento a través de la actuación de una persona distinta del empobrecido y no como consecuencia directa de una actuación o desplazamiento patrimonial decidido por éste. En estos casos, se admite el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa, siempre y cuando el tercero a quien el empobrecido debía demandar por vía contractual, resulte ser insolvente y no quede entonces al empobrecido otra forma de resarcirse<sup>102</sup>.

### ***1.7.3 La falta de causa justificativa del enriquecimiento***

La ley reacciona en su eficacia frente al hecho jurídico que reproduce en la realidad el supuesto de hecho. En presencia del hecho jurídico, el supuesto de hecho en estado hipotético o potencial en la ley, pasa a ser actual, dando vida a la disposición contenida en la norma. Se forma así una relación jurídica, modelada en el molde de la norma, pero concreta, destacada de ésta y con vida autónoma. Toda relación jurídica agradece su existencia a un hecho jurídico precedente.

La ley es, pues, una fuente de derechos y obligaciones. Ciertas obligaciones nacen directamente de la ley: son los derechos y obligaciones *ex lege*. El hecho jurídico hace reaccionar directamente la norma, sin intervención de la voluntad humana. Otras veces, el hecho jurídico es voluntario, pero ilícito (homicidio, por ejemplo) y la norma actúa, también directamente, poniendo en movimiento los órganos jurisdiccionales. Pero la mayoría de los derechos y obligaciones nacen a través de una actividad voluntaria y lícita que se llama acto jurídico. La relación jurídica, destacada del ordenamiento jurídico, se hace intersubjetiva, o sea, es un vínculo entre dos sujetos, se individualiza, produciendo derechos y obligaciones personales, y se concreta, ciñéndose a sus sujetos, su objeto y su acto jurídico, con exclusión de otra situación análoga que quepa en el mismo supuesto del hecho de la ley. La situación objetiva, de la norma, se ha transformado en una situación subjetiva. En ésta, siendo ella de una relación jurídica concreta, es donde hay que encontrar la causa—por lo menos la causa genérica—, aunque se llame esa causa objetiva o eficiente.

---

<sup>102</sup> Vid. CASTILLA BAREA, Margarita: «La acción de enriquecimiento sin causa en el ordenamiento jurídico español: la justificación de su carácter subsidiario», en: *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*: VI Convegno Internazionale ARISTEC, Padova, Verona, Padova, 25-26-27 settembre 2003, Torino, G. Giappichelli, 2005, p 115.



De esta forma, el enriquecimiento que se deriva del ejercicio de un derecho legítimo del enriquecido, el que viene reconocido o impuesto por una Sentencia judicial, el que se produce a consecuencia del cumplimiento de un contrato o, en definitiva, aquel que se fundamenta en un precepto legal determinado que respalda la atribución patrimonial que recibe el enriquecido, no es nunca un enriquecimiento sin causa. Desde luego, en el giro de las relaciones económicas se observa con frecuencia que unas personas se enriquecen en desventaja o a costa de otras, que esas alteraciones implican disminuciones de un patrimonio en beneficio de otro; estos desequilibrios generalmente reciben consolidación y en nada son objetables por el derecho, dado que tienen una causa o un antecedente jurídico que les justifica.

Por consiguiente y en sentido contrario, la acción sólo prosperará cuando el enriquecimiento experimentado por el demandado, no provenga de una de las fuentes citadas, cuando la atribución patrimonial recibida no se base en la existencia de un negocio jurídico válido y eficaz o en una disposición legal que autorice aquella consecuencia. Así, estas atribuciones patrimoniales que se verifican independientemente de todo fundamento legitimador, es decir, carentes de causa, ocurren por ejemplo, en los supuestos de pago de deudas inexistentes. Esta ausencia de causa es la condición jurídica que da a la teoría y a la doctrina de la institución, su tradicional calificativo, la verdadera fisonomía que marca las fronteras con otras figuras similares del ordenamiento jurídico positivo. En el tránsito de valores sin causa de un patrimonio a otro, está el eje cardinal, el centro de gravedad del enriquecimiento sin causa y para restablecer el equilibrio patrimonial, en cierta medida, se hace necesario ejercer una acción o pretensión restitutoria que averigüe un desplazamiento en sentido contrario<sup>103</sup>.

Cabe preguntarse, pues, ¿qué concepto de causa damos por sobrentendido al hablar del enriquecimiento injusto o sin causa?. Sin duda alguna, la causa en el sentido de precedente causal o negocio legitimador, pues se trata de un desplazamiento patrimonial que carece de base, por falta de precedente obligacional legitimador. Por lo tanto, la expresión 'sin causa', significa falta de antecedente justificativo del desplazamiento patrimonial; esto es, falta de precedente obligacional. No se trata del concepto de causa que aparece en la fase de formación de los negocios jurídicos (causa final), que es la que opera en el momento de

---

<sup>103</sup> Vid. JOSSERAND, Louis: *Derecho civil...cit.*, p. 459.

considerarse las partes, lo que pretenden conseguir, sino la causa legitimadora, esto es, la que se pone de manifiesto al confrontar un resultado alcanzado mediante la negociación jurídica con el vínculo obligacional creado para ello<sup>104</sup>.

Aunque en nuestra materia interesa, más que nada, el concepto *negativo* «sin causa», un buen orden lógico exige que primero estudiemos el concepto *positivo* de causa. Concepto polémico en el Derecho. En efecto, causa es la razón justificativa de la eficacia jurídica de un acto humano. La causa es siempre el *porqué*, reconocido por la ley, de una pretensión particular. En estas perspectiva, «causa» es, pues, en última instancia, la autorización legal para pedir. En este plano, la ley es la única fuente de la causa. La causa, en este aspecto, es siempre legal. Queda caracterizada así la causa como situación de derecho objetivo, que se confunde fácilmente con los supuestos de hecho de la eficacia de la norma. No es suficiente con esta situación de derecho objetivo: hace falta, además, una concreción de esa situación abstracta, en una situación de derecho subjetivo, en una relación jurídica intersubjetiva, destacada con vida propia de la norma jurídica (relación jurídica relativa inter partes)<sup>105</sup>.

Como hemos mencionado, el concepto de causa del enriquecimiento es muy controvertido, y varía según la naturaleza del acto que le sirve de base. En general, cuando el desplazamiento patrimonial se efectúa a través de una prestación, carecerá de causa cuando la relación jurídica que pretendía extinguir no existía ya en la titularidad del *accipiens*. Si la obligación tiene carácter de negocio (por ejemplo, las procedentes de venta, arrendamiento,

---

<sup>104</sup> Vid. ROCA SASTRE, Ramón María: *Estudios de derecho privado*. T. I, Obligaciones y contratos, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 559-560.

<sup>105</sup> Vid. GUASP, Jaime: «Indicaciones sobre el problema de la causa en los actos procesales», *Revista de Derecho procesal*, Madrid, año IV, n. 3, Julio-septiembre-1948, pp. 406 y ss, que señala que, «De las múltiples acepciones que la noción de causa recibe en el orden jurídico, debe retenerse aquí la idea exclusiva de causa motora o eficiente, el *cur agitur*, descartando, como figuras que pertenecen a otra serie de cuestiones, las llamadas causas materiales, causas formales o causas finales del acto mismo. La causa de un acto jurídico es su motivo o porqué en cuanto *jurídicamente* relevante. Todavía dentro de la causa eficiente o motora, aisladamente concebida, habría que observar la posibilidad de coexistencia de una pluralidad de factores determinantes del acto causado. Ello quiere decir que la causa jurídica de un acto, aun de un acto único, puede no ser única a su vez, sino múltiple, y esto, tanto si los motivos se hallan en un mismo plano de importancia o trascendencia (*concausas*) como si se hallan en grados distintos en cuanto a la influencia que sobre el acto ejercen (*causa principal, causas secundarias*). El encadenamiento de las diversas motivaciones de una actividad puede ofrecer aún la hipótesis de una causa que no opera inmediatamente, sino a través de la producción de otros factores inmediatos del acto (causa primera y causas segundas o sub causas). En cambio, no son verdaderas causas la pura inexistencia de obstáculos para el acto, ya que la remoción de los impedimentos no puede considerarse como un verdadero motivo del acto no dificultado. Esta compleja posibilidad de la motivación de un acto cualquiera cobra importancia jurídica cuando el derecho objetivo hace de ella, es decir, de su presencia o ausencia, un requisito (positivo o negativo, respectivamente), un factor determinante de la eficacia normal del acto mismo».

préstamo o permuta) su causa consiste en el fin típico del negocio en que se integra. Cuando ese fin falla por cualquier razón, las obligaciones resultantes del contrato quedan sin causa. Por último, en desplazamientos patrimoniales de otra clase, la situación de enriquecimiento no proviene de prestación del empobrecido o de tercero, ni de la obligación asumida por otro, sino de un acto de intromisión del enriquecido en derechos o bienes jurídicos ajenos o de actos de otra naturaleza, incluso materiales, efectuados por el deudor o por tercero. En estos casos no habrá causa cuando de admitir el enriquecimiento se falte a una correcta ordenación de los bienes en base a la interpretación o integración de las disposiciones legales aplicables. De lo dicho puede deducirse que la causa de que se habla en el enriquecimiento no coincide con la causa como elemento esencial de los contratos<sup>106</sup>.

Lo que de verdad la teoría del enriquecimiento injusto requiere para su aplicación es que exista no sólo mala fe, negligencia, acción culpable de ningún género ni conducta ilícita por parte del enriquecido, sino simplemente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, es decir, sin causa y sin derecho, pues la acción de enriquecimiento sin causa se independiza de cualquier idea de culpa.

Sin embargo, a esta idea, las dificultades que la doctrina y la jurisprudencia encuentran al intentar fijar el concepto de causa del enriquecimiento son las mismas al tratar de la causa del negocio jurídico. La compleja tipología del instituto genera propuestas que varían entre un casi casuismo que no es satisfactorio, a una generalidad vacía de contenido que no permite obtener lo que se espera de la causa. Es decir: se impone al instituto jurídico de la prohibición de enriquecimiento sin causa supuestos fijos y de ámbito determinado, para evitar una posible “subvención” de la orden jurídica o un contenido basado únicamente en el sentimiento de equidad que prohíbe el enriquecimiento injusto<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> Vid. SANTOS BRIZ, Jaime: «El enriquecimiento injusto o sin causa», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales..cit.*, pp. 31-32, donde afirma, «la causa de la obligación que se establezca» (art. 1.261, 3, como requisito esencial del contrato), regulada en los artículos 1.274 a 1.277, no se identifica en sentido estricto con la «justa causa» a que se refiere el artículo 1.901; sin embargo, ha de convenirse en que la delimitación será confusa en muchos casos prácticos, y que sólo los Tribunales en cada caso podrán deslindar si enriquecimiento injusto o sin causa es siempre concepto ajeno a contrato sin causa».

<sup>107</sup> Vid. LEITE DE CAMPOS, Diogo José Paredes: *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 391.

La causa en el derecho francés está conectada a una estructura jurídica preexistente de las modificaciones patrimoniales. El enriquecimiento será justo si se fundado en un título legítimo justificativo. Este título puede ser constituido por un contrato entre el enriquecedor y el empobrecedor o entre el enriquecedor y un tercero. Además de esto, el enriquecimiento tendría una causa justa cuando fuera adquirido por medio de una contrapartida de su titular. Esta contrapartida podría darse de tres maneras: la contraprestación inmediata, en los actos a título oneroso<sup>108</sup>; la razón de la atribución, en los contratos a título gratuito; o una ventaja personal del empobrecedor. La causa es, por lo tanto, la contrapartida, que consiste en la consideración de una contraprestación, de una ventaja personal o de una razón moral, a que el sujeto considera compensar su empobrecimiento o su enriquecimiento<sup>109</sup>. Con base en esto, la pretensión de enriquecimiento sin causa es denegada cuando el enriquecimiento es justificado por una ventaja personal o derivado de culpa del empobrecedor.

No obstante, para Georges RIPERT<sup>110</sup> el problema de enriquecimiento es de orden moral. Para el autor, es necesario buscar en qué casos hay violación del deber de no enriquecerse a la costa de otro, a fin de saber cuándo el enriquecimiento es sin causa. Por tanto, deja al juez sólo guiado por la regla moral, toda la libertad en la apreciación de la justicia del enriquecimiento.

En la doctrina italiana, intenta elaborar un concepto de causa del enriquecimiento, en una tentativa para contener el principio en límites adecuados. CHIRONI<sup>111</sup> predica por la equidad y por la justicia. Ya Giorgio GIORGI<sup>112</sup> recorre a la ausencia de voluntad y de culpa

---

<sup>108</sup> En esta situación no se puede hablar de enriquecimiento, ya que la prestación es compensada por la otra contrapartida.

<sup>109</sup> Vid. PLANIOL, Marcel: *Tratado práctico de derecho civil francés*, T. Sexto, Las obligaciones, Cultural, La Habana, 1946, p. 356; Vid. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel: *Traité théorique et pratique de droit civil*. XV, Des obligations. 3. ed., Librairie de la Société du recueil, Paris, 1908, p. 529; Vid. SAVATIER, René: *La théorie des obligations: vision juridique et économique*, Dalloz, Paris, 1967, pp. 302-303.

<sup>110</sup> Vid. RIPERT, Georges: *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol...cit*, pp. 481 y ss.

<sup>111</sup> Vid. CHIRONI, G. P.: *Istituzione di diritto civile italiano*, 2. ed, v. II, Fratelli Bocca, Torino, 1912, pp. 243-244.

<sup>112</sup> Vid. GIORGI, Giorgio: *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno: expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc.*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1911, v. VI, p. 26-27.

del empobrecedor para determinar cuándo falta la causa. GRAZIANI<sup>113</sup>, distinguiendo entre transferencia patrimonial y enriquecimiento, señala que el enriquecimiento sería desprovisto de causa cuando, a pesar de ser la transferencia patrimonial conforme al derecho, el enriquecimiento no fue pretendido por aquellas normas que lo determinarían.

Emilio BETTI<sup>114</sup> distingue entre *titulus acquirendi* y *titulus retinendi*, y considera que el enriquecimiento es desprovisto de causa siempre que, a pesar de ser legítima la su adquisición por existir un *titulus acquirendi*, le falta el *titulus retinendi*, la inherente justificación de su conservación.

Para Lelio BARBIERA<sup>115</sup> el enriquecimiento sin causa integra una hipótesis de transgresión al ordenamiento jurídico, transgresión sustanciada en un estado de facto deforme al derecho que traduzca una contrariedad objetiva del enriquecimiento frente al criterio de proporción de los valores en circulación de la riqueza. La ley justificaría la transferencia patrimonial pero ya no el enriquecimiento.

Pietro TRIMARCHI<sup>116</sup> afirma que el enriquecimiento derivado de la prestación o, en general, de la actividad ajena, es desprovisto de causa cuando la prestación o la actividad no fueran debidas al enriquecedor con base en título procedente del empobrecedor, o al cual tuviese referencia. El enriquecimiento derivado de la utilización de cosa ajena no tendría causa siempre que el uso de la cosa no fuera justificado por un derecho limitado del

---

<sup>113</sup> Vid. GRAZIANI, A.: «L'azione di ingiustificato arricchimento», *Rivista di diritto civile*, Milano, Società editrice libraria, 1922, p. 53 y ss. Para este autor, no se puede hablar de enriquecimiento injusto siempre que haya un enriquecimiento contrario al derecho. Sólo se puede hablar de enriquecimiento injusto en sentido técnico cuando surge una situación por la cual el desplazamiento patrimonial es en sí, legítimo, pero determina un enriquecimiento que no tiene razón justificativa. Si el desplazamiento patrimonial no es conforme al derecho, entonces no estarían reunidos todos los elementos necesarios a la acción de enriquecimiento. Sin embargo, la incisión entre justificación del desplazamiento patrimonial, por un lado, y justificación del enriquecimiento, por otro, figura lógicamente extraña. El enriquecimiento nada más es que el desplazamiento patrimonial bajo la óptica de la situación patrimonial del beneficiario de esta. Por otras palabras: el incremento patrimonial de un cierto sujeto imputable al desplazamiento patrimonial. Por tanto, lo mencionado autor, termina, por exigir una dupla justificación para lo mismo fenómeno, o, cuando mucho, para dos aspectos del mismo fenómeno.

<sup>114</sup> Vid. BETTI, Emilio: *Teoría de las obligaciones*, tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pp. 164-165.

<sup>115</sup> Vid. BARBIERA, Lelio: *L'ingiustificato arricchimento*, Jovene, Napoli, 1964, p. 197.

<sup>116</sup> Vid. TRIMARCHI, Pietro: *L'arricchimento senza causa*, A. Giuffrè, Milano, 1962, p. 38.

enriquecedor sobre la cosa, ni por su derecho personal delante lo empobrecedor, ni por un acuerdo contractual con éste último.

Además, la jurisprudencia italiana tiene entendido que el instituto del enriquecimiento sin causa sólo puede actuar cuando un principio general de derecho, una norma específica, o un contrato, no sancionen la transferencia de la utilidad económica entre la partes. Con base en esta directiva general se tiene intentado determinar los casos de existencia e inexistencia de causa, agrupándose la variada casuística jurisprudencial de manera a proveer directivas más concretas al nivel de cada problema presentado <sup>117</sup>.

En el derecho alemán, el instituto del enriquecimiento sin causa marchó por muchos senderos. Una corriente proponía dejar al mando del juez la facultad de rellenar la noción de injusto a través de los principios de la equidad <sup>118</sup>.

Ya Erich JUNG <sup>119</sup> partía de la distinción entre enriquecimiento sin el concurso de la voluntad del empobrecedor, y enriquecimiento generado por una prestación del empobrecedor cumplida en vista de un fin que no se realizó. Estarían desprovistas de causa jurídica y, por tanto, sujetas la repetición, las transmisiones patrimoniales que tuvieran lugar sin que lo empobrecedor quisiese efectuar una prestación, o en la ausencia de fin de la prestación. Fin de la prestación significaría la influencia jurídica buscada sobre las relaciones que la prestación visaba satisfacer. Otros autores buscaran la directiva en la contraposición entre: ordenamiento jurídico general y particular <sup>120</sup>; situación jurídica formal y exigencias sustanciales de la equidad <sup>121</sup>. Sin embargo, las muchas proposiciones que hizo la doctrina alemán resultaron en fracaso por la imposibilidad de proveer un criterio válido para todos los casos <sup>122</sup>.

---

<sup>117</sup> Vid. TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero: *Manuale di diritto privato*, 10. ed., A. Giuffrè, Milano, 1978, p. 645.

<sup>118</sup> Vid. PERNICE, Alfred: *Marcus Antistius Labeo: Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1873, t. III, p. 219.

<sup>119</sup> Vid. JUNG, Erich: *Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes*, Hirschfeld, Leipzig, 1902, p. 127 y ss.

<sup>120</sup> Vid. KOHLER, Josef: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.*, Carl Heymanns, Berlin, 1906, pp. 462-463.

<sup>121</sup> Vid. ENDEMANN, Friedrich: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts: Einführung in das Studium des Bürgerlichen Herfetzbunchs*, 9. ed., Karl Henmanns, Berlin, 1903, p. 894.

<sup>122</sup> Vid. FIKENTSCHER, Wolfgang: *Schuldrecht*, 4. ed., De Gruyter, Berlin, 1972, p. 566.

Así, distribuidos los casos de enriquecimiento por cierto número de clases homogéneas, se torna más fácil fijar para cada una de estas un concepto unitario de causa, que a pesar de todo, no pasa muchas veces de una directiva.

Desde luego, Karl LARENZ<sup>123</sup> distingue entre adquisición por medio de la prestación de otro y por otro modo. Habrá que distinguir entre causa de una obligación y causa de una prestación. Causa de una obligación es el fin del negocio típico expresado en el contenido del negocio constitutivo de la obligación. Causa de una prestación es el fin subjetivo por el cual se hace la prestación, o la relación jurídica que funda la adquisición de la prestación por su receptor. Es ésta última la noción de causa idónea para el enriquecimiento derivado de una prestación. Éste será desprovisto de causa cuando incumple la relación jurídica que la prestación tenía que satisfacer.

Según Ernst von CAEMMERER<sup>124</sup>, el carácter injusto o sin causa del enriquecimiento resulta, en el caso de una prestación, de faltar la obligación que esta visaba satisfacer. En los casos de intromisión en bien ajeno, de la apropiación por parte del enriquecedor de las ventajas que estaban reservadas, según el derecho en cuestión, al respectivo titular. Cuando alguien paga una deuda ajena se trata de un dispendio hecho por una persona que soportó, de este modo, un encargo que, según el derecho, lo verdadero deudor debería soportar. Estos juicios de valor, al mismo tiempo que ilustran la noción de *causa*, tornan posible su utilización práctica, permiten formar un término de referencia para el juicio de valor a emitir sobre otros casos que van surgiendo con pretensiones a entrar en el ámbito del instituto del enriquecimiento sin causa.

Para Ludwig ENNECCERUS<sup>125</sup> hay que distinguir tres clases principales: i) el enriquecedor logró lo obtenido por la voluntad y, por tanto, a través de una prestación del perjudicado; ii) consiguió sin el concurso de la voluntad del empobrecedor pero por el acto de una persona; iii) obtuvo el enriquecimiento sin la voluntad del empobrecedor y sin el acto de otra persona, y apenas en virtud de una disposición legal. En el primero grupo existe normalmente una causa en sentido subjetivo pues las declaraciones de voluntad y las

---

<sup>123</sup> Vid. LARENZ, Karl: *Derecho de obligaciones*,...cit., p. 515.

<sup>124</sup> Vid. CAEMMERER, Ernst von: «Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause»,...cit., p. 578.

<sup>125</sup> Vid. ENNECCERUS, Ludwig: *Tratado de derecho civil*...cit., pp. 969 y ss.

prestaciones correlativas que disminuyen el patrimonio no se ejecutan, en regla, sin fundamento y sin fin. Así, el enriquecimiento sólo será injustificado, en estas hipótesis, si: faltar una fijación válida del fin; habiendo sido establecido válidamente un fin, este no es alcanzado; a pesar alcanzado lo fin, este caduca posteriormente. En el segundo grupo de casos de enriquecimiento, este es injustificado cuando la adquisición, según el ordenamiento jurídico de las atribuciones patrimoniales, pertenece al perjudicado. Si el enriquecimiento fue generado por un acto del propio enriquecedor, el perjudicado tendrá derecho a la *condictio* siempre que el enriquecedor no tuviese derecho a la realización de tal acto. También es injustificado un enriquecimiento en virtud del acto de un tercero, a menos que tuviese un derecho a esta intervención en el patrimonio del perjudicado. En el tercer grupo hay que distinguir: si el fundamento y fin de la disposición legal permite concluir que la ley se proporciona, no sólo una transferencia del derecho, empero provocar también la correspondiente transferencia del valor patrimonial, se excluye la *condictio*. Si el fundamento y finalidad de la disposición sólo justifican una transferencia del derecho, pero no una transferencia patrimonial, habrá de concederse la *condictio*.

Delante del sencillo panorama, las exigencias del enriquecimiento habrían sido obtenida a costa de otro y privado de una justa causa, lleva a situar el recurso de la “causa” en una fijación de una directiva general sobre el carácter injusto del enriquecimiento.

### *1.8 La justificación del carácter “subsidiario” de la acción del enriquecimiento sin causa*

En el ámbito europeo existen sistemas jurídicos, como el italiano<sup>126</sup> y el portugués<sup>127</sup> donde la acción de enriquecimiento sin causa goza de reconocimiento legal y en cuyas normas se la configura como una acción subsidiaria. En contraste con ello, hay otros sistemas jurídicos europeos en los que la acción no tiene un reconocimiento explícito a nivel positivo,

---

<sup>126</sup> El art. 2042 del Código Civile, cuya rúbrica proclama el «carácter subsidiario de la acción» dice así: «La acción de enriquecimiento no es proponible cuando el dañado puede ejercitar otra acción para hacerse indemnizar del perjuicio sufrido». Vid. FALQUI MASSIDDA, Carlo; JACCHIA, Mario: *Promesse unilaterali, gestione d'affari, ripetizione dell'indebito, "soluti retentio", arricchimento senza causa*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1968, p. 878, señala que, «este principio en cuestión no representa sólo una sencilla modalidad o característica de la acción de enriquecimiento injustificado, pero es um verdadero y propio elemento constitutivo».

<sup>127</sup> También el art. 474 del Código Civil portugués reconoce la «naturaleza subsidiaria de obligación.- No habrá lugar a la restitución por enriquecimiento, cuando la ley concede al empobrecido otro medio de ser indemnizado o restituido, niega el derecho a la restitución o atribuye otros efectos al enriquecimiento».



como sucede en Francia y España, por lo que ha sido labor de la jurisprudencia y de la doctrina definir sus contornos y establecer el elenco de supuestos en que se aplica<sup>128</sup>.

Tanto en unos y otros sistemas, la subsidiariedad se presenta como una característica de la acción de enriquecimiento sin causa o como un presupuesto de funcionamiento y aplicación de la misma<sup>129</sup>. En los Ordenamientos donde la acción está legalmente reconocida, no cabe discutirlo, sino únicamente plantearse cuál es el fundamento de tal decisión, que bien podría situarse en el principio de especialidad, en cuya virtud la ley especial deroga o desplaza a la general. En contrario, en los sistemas jurídicos como el español, la falta de respaldo y definición de la acción por un precepto legal, ha propiciado que, frente a la tradicional afirmación de su carácter subsidiario, vaya ganando espacio en la actualidad la opinión que lo desmiente. En el fondo de la polémica subyacen cuestiones prácticas relativas a la posible concurrencia de la acción de enriquecimiento sin causa con otras acciones que canalizan obligaciones y derechos de restitución pero que, o cuentan con un plazo de prescripción o caducidad más breve, como singularmente sucede con la acción de indemnización por daños y perjuicios derivada de la responsabilidad aquilina, o exigen para su ejercicio la cumplida demostración de extremos que el actor no está en situación de acreditar - como sucede con la acción reivindicatoria. Y así, al negar la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa, se intenta buscar un cauce para remediar ciertos desplazamientos patrimoniales que repugnan a un elemental sentido de justicia pero que quedarían consagrados con el transcurso del breve período de prescripción o caducidad de aquéllas, o con las dificultades probatorias de estas acciones.

---

<sup>128</sup> Vid. MALAURIE, Philippe; AYNES, Laurent: *Cours de droit civil*. Tome VI, Les obligations, 7. ed., Cujas, Paris, 1995, p. 550; Vid. MAZEAUD, Henri; CHABAS, François: *Leçons de droit civil*. T. deuxième. Premier vol., Obligations: théorie générale, 6. ed., Montchrestien, Paris, 1978, p. 815; Vid. FLOUR, Jacques: *Les obligations*. 2, Le fait juridique: quasi-contrats, responsabilité délictuelle, 6. ed., Armand Colin, Paris, 1994, p. 51. Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Estudios de derecho privado, común y foral*. Tomo II, Obligaciones y sucesiones, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España: Centro de Estudios Registrales, Barcelona, 1992, p. 324-325, donde señala que, «El carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento viene proclamado por diversas sentencias, como las de 12 de enero de 1943, 5 y 28 de enero de 1956 y 22 de diciembre de 1962».

<sup>129</sup> Ya se apuntó la necesidad de la economía de medios como justificante del carácter subsidiario. Cuando hubiera otro medio más simple a la disposición del lesionado no sería invocado el enriquecimiento sin causa. Esta orientación comienza por errar luego cuando pretende justificar la subsidiariedad con la presencia de otro medio más simple. En efecto, la pretensión por enriquecimiento es excluida por la presencia de otro cualquier modo de derecho, sea él más o menos complejo. Vid. DEMOGUE, René: *Traité des obligations en général*. I, Sources des obligations: (suite). T. IV, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1924, p. 286.

Por consiguiente, en la doctrina y jurisprudencia españolas existe en la actualidad una división de opiniones con respecto al carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa<sup>130</sup>. No obstante, estimamos que, una vez analizados los argumentos que se esgrimen en apoyo de una y otra opinión, puede extraerse una conclusión que adelantamos: pese a su aparente contradicción, ambas posturas no son inconciliables y conducen, a fin de cuentas, a *confirmar la subsidiariedad de la acción en cuestión*.

Como se ha apuntado con anterioridad, junto a referencia al enriquecimiento del demandado y correlativo empobrecimiento del actor y a la ausencia de una causa que justifique el desplazamiento patrimonial operado entre el patrimonio de uno y otro, no es difícil encontrar en las enumeraciones al uso de los requisitos o presupuestos de la acción de enriquecimiento sin causa uno o varios elementos más, entre los que destaca el de su carácter subsidiario.

Sin embargo, precisamente esta nota de subsidiariedad constituye uno de los aspectos más candentes y controvertidos que presenta la acción de enriquecimiento sin causa, puesto que al tiempo que unos la afirman, otros la niegan. Los autores de una y otra tendencia dan noticia de la existencia de una jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo acerca de la cuestión pero, incluso al coincidir en tal afirmación, dan idea del desconcierto que reina en la materia, pues mientras los partidarios de la subsidiariedad de la acción afirman que las sentencias que la proclaman son mayoritarias y desdeñables, en cierto sentido, las que

---

<sup>130</sup> Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: *El enriquecimiento sin causa...cit.*, pp. 34-35, señala que, «la consideración de una acción independiente de la teoría del cuasicontrato, es decir el reconocimiento de una acción autónoma, se produce en el Arret Boudier (1892). La sentencia declara «esta acción derivada del principio que prohíbe enriquecerse a costa de otro, no habiendo sido sancionada por ningún texto de nuestras leyes, su ejercicio no está sometido a ninguna condición determinada... basta para que sea aplicable que el demandante alegue y pruebe la existencia de una ventaja debida a un sacrificio o a un hecho personal procurado a aquél contra quien se litigia». Esta fórmula demasiado vaga y genérica —conducía a la aplicación directa de un principio general de Derecho— fue criticada unánimemente por la doctrina; por ello, en sentencias posteriores, la Corte de Casación francesa busca una fórmula susceptible de delimitar su aplicación, y toma de AUBRY ET RAU, en sentencia de 2 de marzo de 1915, la siguiente fórmula «la *actio in rem verso* fundada en el principio que prohíbe enriquecerse en perjuicio de otro, debe ser admitida en todos los casos en que el patrimonio de una persona, encontrándose sin causa legítima enriquecida en perjuicio de otra, ésta no tuviese para obtener lo que le es debido ninguna otra acción que naciese de un contrato, de un delito, de un cuasicontrato o de un cuasidelito». A partir de esta sentencia, se delimitan los caracteres que, en adelante, va a tener la acción de enriquecimiento en el Derecho francés: la ausencia de causa y la subsidiariedad. Si nos detenemos a examinar el origen de la doctrina de la subsidiariedad, vemos que se justifica únicamente en función de la necesidad de limitar la acción con objeto de evitar que sea desmesurada en su alcance, pero dicho requisito no obedece a unos antecedentes históricos concordantes, ni tiene una explicación lógica y uniforme; conduce, además, de ser llevada a sus últimas consecuencias, a una inutilidad de la acción».

contradican tal característica, justamente lo inverso sostiene el sector que propugna el carácter principal, específico e independiente de la acción de enriquecimiento sin causa<sup>131</sup>.

<sup>131</sup> Partidarios del carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa, *Vid.* NÚÑEZ-LAGOS, R.: *Código civil...cit.*, p. 391; *Vid.* HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Derecho de obligaciones*, Editorial CEURA, Madrid, 1983, p. 265. **Jurisprudencia a favor de la subsidiariedad:** «La STS 12 marzo 1987 (EDJ 1987/2006), tras afirmar (en un motivo anterior) que un contrato de renta vitalicia en el que fundaban su derecho los demandantes no era nulo, rechaza también el argumento del pretendido enriquecimiento de los mismos tras la disposición de la cosa, pues el enriquecimiento sin causa «*configurándose, desde el punto de vista procesal, como una acción subsidiaria y que ha de ceder ante laya inoperante del mil trescientos dos del Código Civil en que impugnaba el título de los actores*». Aunque el precio acordado en la renta vitalicia era irrisorio (como parece deducirse en la sentencia), la sentencia parece argumentar que había después de todo un contrato valido de renta vitalicia que justificaba el enriquecimiento de los actores; lo cual, a mi juicio, no significa que la acción sea subsidiaria, sino que no se aplica al supuesto de hecho concreto. La STS 23 noviembre 1987 tras reconocer el derecho de los demandados a resolver un contrato de venta de un solar porque no se había cumplido la condición resolutoria expresa de recibir la licencia urbanística del Ayuntamiento de Móstoles antes del 15 de marzo de 1979, afirma que «*La diferencia de precio en la compraventa ulteriormente convenida con otra sociedad... no significarían nunca un enriquecimiento injusto en el sentido de la doctrina de esta Sala para la cual se configura como subsidiaria*». La STS de 3 marzo 1990 (EDJ 1990/2389), afirma igualmente la subsidiariedad. La Caja de Ronda que ha concedido un préstamo de 40.000.000 Ptas. a los socios de Aceites A con la previsión expresa de que pagaran un talón de 19.975.584 Ptas. previamente devuelto, que correspondía a una operación de compra de aceite avalada por el Banco V, pretende ante la no devolución del préstamo, dirigirse contra el Banco V afirmando que «el Banco de Vizcaya se benefició con una operación de aval, sin posteriormente desembolsar lo que debía», la sentencia afirma que pagado el precio de la compra de aceite se extingue el aval prestado a la operación de compra y que en consecuencia no hay enriquecimiento injusto, pues «*como bien dice la recurrida sentencia, la acción que del mismo se deriva es subsidiaria de las expresamente concedidas por el Ordenamiento jurídico*». En el mismo sentido la STS 12 junio 1994 [R.4811], relativa a los efectos del pago por el banco de un cheque cuando el librador había previamente retirado los fondos de la cuenta contra la que se libró el cheque, y que representaba el pago parcial por adelantado de una operación luego resuelta por incumplimiento del vendedor, estima que el librador del cheque no se enriquece, y que el banco ha perjudicado la acción cambiaría por no ejercitarla en el plazo legal, y concluye que la acción de enriquecimiento no es proponible por ser subsidiaria. También sostienen incidentalmente la subsidiariedad de la acción otras muchas sentencias, entre las más recientes SSTS 12 diciembre 1999, EDJ 1999/37872; 23 noviembre 2004, EDJ 2004/183468; 21 octubre 2005, EDJ 2005/197583; 30 noviembre 2005, EDJ 2005/ 213905; 3 enero 2006 EDJ 2006/1861; 31 julio 2007 (EDJ 2007/152374)». **Jurisprudencia contra la naturaleza subsidiaria:** « En dos recientes sentencias se muestra cuanto puede llegar a distorsionar la doctrina de la subsidiariedad. En la STS 14 abril 2005 (EDJ 2005/40617), «Comercial Castelló, SL.» libró varias letras de cambio domiciliadas en el Banco central hispanoamericano, que fueron aceptadas por «Elrad Española»; la libradora en virtud de su contrato de descuento bancario percibió la cantidad correspondiente a cada una de las letras, y llegado el día de la presentación de las letras, los tenedores las cobraron a través de la Cámara de Compensación Bancada; trasladadas las cambiales al Banco domiciliario, dejó este transcurrir el plazo de dos días previsto. normativamente por dicha Cámara sin devolverlas, perjudicándose definitivamente las letras. El «Banco Central Hispanoamericano, S.A.» reclama entonces en procedimiento ordinario las cantidades abonadas solidariamente del librador y aceptante, en base al Art. 65 de la Ley Cambiaría y del Cheque. El juzgado y la audiencia entendieron que como permanecían subsistentes las acciones causales contra «Elrad Española, S.A.», no se ha cumplido la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto del artículo 65, y frente al recurso de casación en que el banco afirma que en todo caso sería proponible la acción general de enriquecimiento injusto, que no es subsidiaria, puesto que el banco ha pagado una deuda que no le correspondía, afirma el Supremo que esta es una cuestión nueva y rechaza la acción. Para mi es una sentencia difícil de entender, porque me parece que se daba un supuesto de libro para aplicar el Art. 65 de la LCCh, y porque entiendo que, en todo caso, dicho Art. 65 LCCh es solo un supuesto de aplicación de la doctrina general del enriquecimiento sin causa. También es para mi difícil de entender la STS 15 diciembre 2005 (EDJ 2005/230413), que aunque no declara expresamente la subsidiariedad de la acción lo resuelve en función de dicho principio. Una Compañía de electricidad había suministrado energía eléctrica para el local en que el abonado tenía establecido un restaurante, y a consecuencia de un error administrativo en la facturación, le había cobrado menos de lo que debía, y por ello ejercita acción de enriquecimiento sin causa, por considerar que el demandado se había beneficiado del error, sin causa y a su costa. Pretensión rechazada por la sentencia pues después de afirmar que al demandado no era un consumidor, a los efectos de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, pues la energía fue suministrada para un restaurante y su costo se repercutía a los clientes, desestima la acción ejercitada

En efecto, la doctrina ha puesto de manifiesto que, ya en la época inmediatamente posterior a la guerra civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo comienza a sufrir una escisión en torno a dos tendencias: la primera concibe la acción de enriquecimiento sin causa como un remedio subsidiario, que sólo actúa en defecto de una norma específicamente aplicable; en la segunda se aprecia la negación de este carácter subsidiario, siendo en realidad, por lo que hemos podido constatar, los pronunciamientos que niegan tal cualidad se vierten, principalmente, cuando se trata de delimitar la acción de enriquecimiento injusto respecto de otras acciones, especialmente, respecto de la de indemnización por daños y perjuicios derivados tanto de responsabilidad contractual como aquilina. Hoy por hoy, esta situación no ha sufrido grandes modificaciones. En la jurisprudencia creada desde de los últimos años noventa hasta el presente, siguen pudiendo identificarse ambas corrientes: junto a sentencias que afirman sin ambages la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto y que niegan su aplicabilidad, cuando existe un régimen legal concreto que decida el problema de autos; conviven otras, quizá en menor número, en las que se sostienen su independencia y carácter principal<sup>132</sup>.

La subsidiariedad de pretensión revierte el problema a la subsidiariedad de norma. Porque si hay un precepto legal directamente aplicable, allí hay también, a su amparo, una pretensión.

Sin embargo, en términos generales hemos de convenir con José Luis LACRUZ BERDEJO<sup>133</sup> en que la hipótesis de concurso de acciones es clásica en el procedimiento civil,

---

porque estima se debió ejercitar la acción de cumplimiento contractual, olvidando a mi entender que en nuestro derecho procesal el nombre de la acción que se ejercita no define la acción misma que se define causalmente por la pretensión ejercitada, aunque el demandante la hubiera calificado impropriamente, lo que en todo caso no sería un problema de subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa sino de inadecuada calificación de la acción».

<sup>132</sup> Vid. ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa...cit.*, p. 129. Desde luego, la subsidiariedad parece imponerse como consecuencia lógica cuando se la entiende como lo hace el Tribunal Supremo: «Es una pura contradicción pretender mantener junto a cada norma positiva que otorga acciones y fija plazos de ejercicio la vigencia coetánea de la doctrina del enriquecimiento sin causa, que deja aquélla reducida a la nada. De ahí que la acción de enriquecimiento deba entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento». (STS de 19 de febrero de 1999, RJ 1999/1055).

<sup>133</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Estudios de derecho privado, común y foral...cit.*, p. 326. Vid. NICHOLAS, Barry: «Subsidiarity», en *Unjustified enrichment*, Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 430, entiende que, «hay una considerable superposición entre las exigencias de subsidiariedad y de la causa. En el caso ordinario de enriquecimiento directo de la parte demandada a expensas del demandante la exigencia de

y la solución de principio es que el titular de diferentes acciones tiene derecho a ejercerlas sucesivamente o escoger entre ellas. La concesión de una acción, fundada en un concreto derecho o situación o supuesto de hecho, no impide la existencia de otra dirigida a un resultado práctico semejante o distinto, sobre una base jurídica o fáctica que contempla ese mismo derecho o hecho desde otro ángulo. Se ha de admitir, por tanto, la acción de enriquecimiento, en tanto su ejercicio no suponga, con otro nombre, el de otra acción distinta, negada o prescrita. Así habrá de examinarse en cada caso: a) Si se pide exactamente lo mismo o no. b) Si el Derecho, al conceder la específica acción recuperadora o de crédito, elimina, expresa o implícitamente, cualquier otra que tenga idéntico fundamento, o incluso cualquier otra que, teniendo fundamento distinto, persiga el mismo resultado u otro parecido. c) Si, al menos, al señalar a la acción específica un plazo de prescripción, ha pretendido el legislador hacer cesar, desde su vencimiento, cualquier posibilidad de reclamación referida al mismo objeto, o sus subrogados, o parte de él.

La regla «nadie puede enriquecerse sin causa a costa de otro», como principio general del derecho, tiene un doble papel: i) de interpretación integradora, como principio inspirador o informante, o estructura interna de muchos preceptos y hasta instituciones, explícitos en el Código. Estas estructuras tienen un doble juego: i.1) *exportador*: sirven para montar analogías de ley o de derecho en el campo sin normas codificadas del enriquecimiento sin causa; i.2) *importador*: las reglas no codificadas del enriquecimiento sin causa, a su vez, llenan las lagunas de los preceptos e instituciones mencionados en el Código civil. ii) de normas subsidiarias, como sistema positivo de doctrina legal o jurisprudencial, supletorio del Código civil (principios generales del derecho, art. 6.º Código civil)<sup>134</sup>.

Planteado así en el terreno de las fuentes formales, el problema del carácter subsidiario de la institución, de las reglas que rigen el principio «nadie debe enriquecerse...», hay que estudiar su significado y alcance prácticos. La doctrina extranjera, principalmente francesa, traduce el problema al derecho de acción civil o pretensión sustantiva. Subsidiariedad

---

subsidiariedad superfluo. En este contexto, la subsidiariedad, a diferencia de la causa, sólo es pertinente en los casos de enriquecimiento indirecto».

<sup>134</sup> Vid. NÚÑEZ-LAGOS, R.: *Código civil...cit.*, p. 393. Vid. BONNECASE, Julien: *Elementos de derecho civil... cit.*, p. 310, que ve «en la prohibición del enriquecimiento sin causa un principio de equidad, entiende que el principio de la legalidad que domina el derecho civil francés impide, no sólo que las reglas del enriquecimiento sin causa contradijeran las normas legales, como mismo que concurren con ellas. El dominio de aplicación del enriquecimiento sin causa está, por tanto, delimitado negativamente por el conjunto de las instituciones jurídicas del derecho positivo».

significa «en defecto de otra acción». La pretensión de enriquecimiento procede en aquéllos casos en que el actor no dispone de ninguna otra acción. Claramente se ven aquí dos posiciones lógicas: i) *objetiva*.- el actor no dispone de ninguna otra acción, porque su supuesto de hecho no está previsto en ninguna norma del derecho positivo. Entonces procederá la pretensión de enriquecimiento sin causa. ii) *subjetiva*.- no sólo procederá en el caso anterior. También en todos aquéllos en que el actor no haya podido ejercitar la acción pertinente. Los obstáculos que se lo hayan impedido pueden ser de derecho o de hecho, independientes o debidos a su voluntad, con o sin culpa o negligencia, etc.

De los argumentos que se han esgrimido para fundamentar la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa, tal vez el más extendido sea el de que, como ya se ha dicho, tal carácter viene dado por el hecho de que esta acción no tiene su origen en una norma positiva que expresamente la reconozca y establezca sus presupuestos y alcance, sino que se basa en el principio general del Derecho que veda el enriquecimiento de uno a costa de otro cuando no existe causa que lo justifique.

Admitida tal premisa, la subsidiariedad de la acción puede considerarse como un reflejo del carácter de fuente subsidiaria del Derecho Civil que tienen los principios generales, ya que, a tenor del art. 1.4 C.c. y «*sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*», éstos únicamente resultan aplicables en defecto de ley o costumbre.

Siguiendo el orden de prelación de fuentes instaurado en el art. 1.1 del mismo cuerpo legal, y llevando también a sus últimas consecuencias el principio de jerarquía normativa, sólo cabe extraer dos conclusiones: en primer, que la acción de enriquecimiento sin causa, en tanto que fruto o plasmación concreta de un principio general del Derecho, sólo será aplicable cuando no exista otra acción expresamente prevista en una norma de rango jerárquico superior, señaladamente, en una norma de rango legal (*ex art. 1.4 C.c.*).

Además, caso de que la acción prevista en la ley y la de enriquecimiento sin causa presentaran una absoluta identidad, tanto en el supuesto de hecho contemplado, como en la consecuencia jurídica atribuida en uno y otro expediente, la calificación carecería de trascendencia práctica; no obstante, desde el punto de vista teórico, habría de partirse de la base de que se aplicaría la acción legalmente consagrada, puesto que la aplicación de la derivada del principio general, además de innecesaria, es excluida por la meridiana regla de

que éste sólo es fuente del Derecho *en defecto* de ley aplicable. Con todo, desde luego cuesta imaginar que algún litigante prefiriera esgrimir una pretensión basada en la acción sin plasmación positiva - siempre más sujeta a vaivenes interpretativos, siempre más indefinida en sus contornos-, pudiendo obtener para sus pretensiones todo el respaldo de la ley.

Así, pues, contemplada a través de este prisma, y siempre partiendo de la base de que sea cierto que deriva de un principio general del Derecho, lo expuesto hasta aquí sólo puede confirmar la opinión de que la acción de enriquecimiento sin causa es subsidiaria.

Ahora bien, esta subsidiariedad debe entenderse en sus justos términos: no es que la acción de enriquecimiento sin causa, así configurada, sirva para hacer valer las pretensiones de aquellos que, en los estrictos márgenes de otras acciones, no obtendrían el respaldo del Ordenamiento o lograrían una solución diferente al conflicto de intereses planteado, ni tampoco para encauzar las de aquellos que han visto caducar o prescribir las acciones que podrían haber ejercitado en un momento anterior; sino simplemente, que aquélla no puede ejercitarse en tanto otra acción contemple idéntico supuesto de hecho atribuyéndole una determinada consecuencia jurídica.

Desde este punto de vista, la acción de enriquecimiento sin causa se configura como una acción general, precisamente porque a ello conduce la amplitud de su supuesto de hecho, susceptible de concurrir con otras a las que podemos tildar de «especiales» porque mantienen un elemento de unión más directo con la situación enjuiciada, y esta concurrencia sólo puede solucionarse aplicando el principio de especialidad.

Puede decirse que la subsidiariedad, enjuiciada desde el punto de vista del principio de jerarquía normativa, conduce a una conclusión gruesa, tal vez no muy perfilada ni definida, que se cincela después, cuando se la entiende como una manifestación del principio de especialidad. Y es que, atendiendo al diseño del sistema de fuentes del Ordenamiento Jurídico español, la conclusión es que habrá que agotar el sistema legal de acciones antes de recurrir a la de enriquecimiento sin causa, en tanto que, atendiendo al principio de especialidad, la conclusión es que habrá que agotar el sistema legal de acciones *que contemplan exactamente el mismo supuesto de hecho* antes de recurrir a la de enriquecimiento sin causa.

Así pues, la acción de enriquecimiento sin causa será el remedio normal de aquellos supuestos en que el desplazamiento patrimonial producido no está respaldado, ni impuesto, ni regulado en cualquier forma, por una norma de rango legal. Y es que, la falta de sanción positiva, no basta, a nuestro juicio, con invocar el principio de especialidad - que, fundamentalmente, designa la norma aplicable de entre dos de igual rango jerárquico-, y que adquiere una relevancia trascendental en los Ordenamientos en que la acción es consagrada por la propia ley; en nuestra opinión, resulta preferente el principio de jerarquía normativa, abonado por la idea fundamental de que si la ley no presenta lagunas, no hace falta integrarla, sino aplicarla.

### *1.9 Los posibles supuestos de ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa*

#### **1.9.1 Gestión de negocios ajenos**

##### 1.9.1.1 Concepto

Tradicionalmente la gestión de negocios ajenos ha resultado de utilidad para la instrumentación jurídica de muchas situaciones en las que se trataba de administrar los intereses de personas que por razones diversas no se hallan en situación de hacerlo por sí mismas. Todo ello ha conducido a que la tradicional visión del gestor de negocios ajenos como intruso haya de ser revisada para dar cabida a otras situaciones en las que su actuación obedece a razones o motivos distintos<sup>135</sup>.

La gestión de negocios ajenos supone la actuación de una persona que, sin ninguna razón jurídica que lo legitime, gestiona o administra los asuntos de otra<sup>136</sup>. En su actividad

---

<sup>135</sup> Vid. JIMÉNEZ CLAR, Antonio: «Obligaciones y contratos», en *Instituciones de derecho privado*/Juan Francisco Delgado de Miguel, coord., tomo III, v. 3, Thomson Civitas, Madrid, 2005, p. 669, que opina «la gestión de negocios ajenos ha sido una forma secundaria en la teoría civil contractual. Su centro de gravedad se hallaba en las relaciones entre el *dominus* y el gestor, pero, que ahora la eficacia jurídica de esta figura refleja, también, sobre los terceros que han contratado con el gestor. Esta ampliación del ámbito de radiación de los efectos de la gestión de negocios impone a la doctrina y a los tribunales la necesidad del estudio de la relación que se produce entre el *dominus* y el tercero que ha contratado con el gestor oficioso».

<sup>136</sup> Vid. TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero: *Manuale di diritto privato...cit.*, p. 643, que dice que «la gestión de negocios ajenos es en el caso de que alguien, sin compromiso, que deliberadamente interfieren en los asuntos de otro, que no tiene autorización de hacerlo». Vid. MESSINEO, Francesco: *Manual de derecho civil y comercial*. T. II, Doctrinas generales, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pp. 404-405, donde señala que «la declaración de voluntad es obra del sujeto *interesado* (se dice, en tal caso, que la declaración se hace "en persona propia" o "en nombre propio") y produce efectos en el círculo jurídico de él. En tal caso, *sujeto de la declaración* de voluntad y *sujeto del interés* por el cual la declaración es emitida, coinciden. Pero éste no es un dato constante: cuando la voluntad sea declarada por un sujeto, no para sí, sino *para otro* sujeto, esto es, para servir el *interés de otro* sujeto, falta la coincidencia antes observada. La no-coincidencia



pueden distinguirse claramente entre los efectos que la gestión va a producir entre el gestor y el *dominus*, regidos fundamentalmente por la *actio gestorum negotiorum contraria* y las situaciones jurídicas nacidas por motivo de tal actuación frente a terceros.

En el primer supuesto la gestión se refiere a la realización de actos materiales que quedan fuera del ámbito del mandato y que pueden resolverse mediante los principios que regulan el enriquecimiento sin causa, pero que no es confundido con éste. Sin duda el segundo caso, en el que el gestor opera jurídicamente frente a terceros, es donde la gestión de negocios ajenos entra en contacto con el expediente jurídico de la representación. Pero la relevancia de la gestión de negocios ajenos se sitúa históricamente en la idea de injerencia o intromisión en los asuntos de otro.

En materia de gestión de los asuntos de otro o de intromisión en su esfera jurídica, el Derecho puede fijarse de dos maneras. La primera, absolutamente prohibitiva, consiste en impedir cualquier intromisión en los asuntos de otra persona, si no se ha recibido de ésta un encargo específico o si no lo ha consentido. Sería ésta la cota máxima de protección de la esfera personal, para la cual debe existir un cierto velo de intimidad. La segunda vía es admitir con paliativos una espontánea gestión de los negocios ajenos, en aras del principio de solidaridad entre las personas, casi una *gestión altruista*<sup>137</sup>.

La regla de la injerencia en la esfera jurídica ajena veda el que los efectos de un determinado negocio jurídico puedan ser imputables a una persona que ni ha participado personalmente en el mismo ni ha autorizado a otra u otras personas para que actúen en

---

entre el autor de la declaración de voluntad y el interesado a quien sirve la declaración, se da en la figura de la gestión de negocio ajeno».

<sup>137</sup> Vid. SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: *La gestión de negocios ajenos*, Civitas, Madrid, 2000, p. 27, resalta que «de entre los variados principios, que como fruto de la revolución francesa, son consagrados en el *Code*, pocos brillan con tanta luz como los que se dedican a proclamar la autonomía individual y que se manifiestan, entre otras formas, en la tutela de una esfera propia, considerada sagrada e inviolable de cada individuo y que prohíbe las intromisiones de terceros»; Vid. PASQUAU LIAÑO, Miguel: *La gestión de negocios ajenos: estudio crítico de sus caracteres y de su función práctica en el ordenamiento jurídico español*, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 34, apunta que «la importancia del principio de autonomía de la voluntad, tendente a preservar la libertad e independencia económica de los particulares, obliga a considerar como excepcional y restrictivo cualquier supuesto que produzca el efecto contrario. Señala este autor, que el citado principio de no injerencia conlleva dos corolarios fundamentales: a) la ilicitud de la actuación sobre los negocios de otro, determinante de la responsabilidad civil extracontractual; b) la irrelevancia de lo actuado sobre la esfera ajena y la no producción de efectos vinculantes sobre el patrimonio ajeno».

nombre de aquélla<sup>138</sup>. La referida regla, que constituye una norma en la práctica de los ordenamientos jurídicos tiene su plasmación positiva en la figura jurídica de la gestión de negocios ajenos<sup>139</sup>.

El uso que el Tribunal Supremo ha hecho de la gestión de negocios ajenos apenas ha servido para perfilar los contornos de esta institución, «*siempre difusa en sus líneas de limitativas*», según expresión de la STS 27 abril 1945. Han sido muy pocos los supuestos en que al menos una de las cuestiones centrales debatidas fuese la concurrencia o no de los requisitos de la gestión de negocios, como aspecto determinante del fallo. Con las excepciones y matices que después se dirán, casi siempre la gestión de negocios ajenos ha sido invocada lateral y subsidiariamente por alguna de las partes del litigio, y no ha obligado al Tribunal Supremo a pronunciarse sobre ello, con rango de *ratio decidendi*. Por otra parte, en las ocasiones en que se han vertido afirmaciones con pretendido alcance de doctrina general sobre algún aspecto de esta institución, se ha hecho sin seguir una línea uniforme, como desentendiéndose de los pronunciamientos anteriores, de tal modo que, como se verá, conviven en la jurisprudencia modelos distintos de gestión de negocios, haciéndose uso alternativo de los mismos en función de las peculiaridades de cada caso, en particular, de las

---

<sup>138</sup> Vid. BADENAS CARPIO, Juan Manuel: *Apoderamiento y representación voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 199.

<sup>139</sup> Dice el párrafo primero del artículo 1.888 del **Código Civil español**: «El que se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de éste, está obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que le sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí»; **Código Civil brasileño** en el artículo 861 señala que «aquel que, sin autorización del interesado, interviene en la gestión de negocio ajeno, dirigiéndolo según el interés y la voluntad presumible de su dueño, queda responsable a éste y a las personas con que tratar». **Código Civil alemán** en el párrafo 677 afirma que «quien gestiona un negocio para otro sin haberle sido encargado por éste o sin estar legitimado de otro modo por éste, debe gestionar el negocio como lo requiere el interés del titular del negocio tomando en consideración su voluntad real o presunta». **Código Civil francés** designa en el artículo 1372 la figura de la gestión de negocio ajenos que «cuando se gestionen voluntariamente los asuntos de otro, ya conozca el interesado la gestión, ya la ignore, el que administre contraerá la obligación tácita de continuar la gestión que comenzó y de acabarla hasta que el interesado esté en condiciones de atenderla por sí mismo; y deberá encargarse igualmente de todas las incidencias del mismo negocio. El gestor quedará sujeto a todas las obligaciones que resultarían de un mandato expreso que le hubiese sido dado por el interesado». **Código Civil italiano** en el artículo 2028 dice que «quién, sin obligación alguna, asume sabiendo la gestión de un negocio ajeno, está obligado a continuar y a conducirlo hasta el final en razón de que el dueño sea incapaz de hacerlo por sí. La obligación de obrar la gestión subsiste incluso si el dueño muere antes de que la gestión se cierre, hasta que el heredero puede gestionar directamente». **Código Civil portugués** en el artículo 464 señala que «la gestión de negocios ocurre cuando una persona asume la gestión de negocio ajeno en el interés y por cuenta del respectivo dueño, sin para tal estar autorizado por éste». **Código Civil de chileño** en el artículo 2286 apunta que «La *agencia oficiosa* o *gestión de negocios ajenos*, llamada comúnmente *gestión de negocios*, es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos». **Código Civil japonés** en el artículo 697 razona así «El que haya iniciado la gestión de un asunto en favor de otra persona sin estar obligado a ello, habrá de realizarla conforme a la naturaleza del asunto y de la manera más beneficiosa para el dueño del negocio».

pretensiones esgrimidas. Puede ponerse como ejemplo el contraste existente entre las dos sentencias que de manera más completa han intentado una definición general de la *negotiorum gestio*<sup>140</sup>.

José Luis LACRUZ BERDEJO<sup>141</sup> define la gestión de negocios ajenos «*como la invasión consciente y sin poder específico de la esfera patrimonial de otro, realizada a través de una actividad gestora*».

El acto realizado por el *negotiorum susceptor* es, en principio, ineficaz por falta de legitimación y es además ilícito por suponer la invasión de una esfera jurídica ajena. En este sentido la gestión de negocios ajenos constituye un caso específico de *negotiorum susceptio*<sup>142</sup>.

Sin embargo, hay determinados supuestos de la gestión de negocios ajenos en los que, basándose fundamentalmente en el principio de solidaridad, se reconocen determinados

---

<sup>140</sup> Vid. De un lado la STS 2 febrero 1954 [Repertorio Aranzadi, n. 322], dijo que «son en nuestro derecho las características del 'cuasi contrato' de gestión de negocios ajenos, que los actos que se realicen con esa finalidad respecto a bienes que estén de hecho abandonados, lo sean espontáneamente, y sin mandato ni conocimiento del dueño de los mismos, obrando por lo tanto sin autorización expresa ni tácita y sin su oposición, con desinteresada voluntad, pero sin el propósito de realizar un acto de mera liberalidad, y no siendo admisible tampoco, como ha declarado nuestra jurisprudencia, que se haga por codicia de ganancia», mientras que de otro lado la STS 27 abril 1945 [R. 685], abrió ostensiblemente el marco de esta institución, diciendo que «si bien la doctrina clásica apreció el '*animus aliena gerendi*' como característica primordial de la actuación del intruso, es de tener en cuenta que en el proceso histórico de la gestión sin mandato, siempre difusa en sus líneas delimitativas, adquiere auge en el orden científico el parecer de quienes, prescindiendo del elemento subjetivo, aplican el tratamiento y efectos propios de la gestión oficiosa, con criterio objetivo, a la mera actuación sin mandato en negocio ajeno '*re ipsa*', acompañada del '*utiliter gestum*'». En este sentido la Audiencia Provincial de Alicante en Sentencia de 10 de mayo de 1999 señala que la insistencia de la falta de mandato, siquiera fuera verbal, es suplido, por el instituto jurídico de la gestión de negocios ajenos (...) la hipótesis, es la de «aquel que se encarga de la agencia y administración de los negocios de otro, sin mandato de éste...». La jurisprudencia la define en igual sentido, así, la Sentencia de 11 abril de 2000, de la Audiencia Provincial de Málaga señala que por medio de gestión de negocio ajeno sin mandato, pueden considerarse legitimados a aquéllos para interesar la condena solicitada a favor de tercera persona —*dominus negotii*— sin contar con poder de representación, ya que como señalara la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1954 es nota característica de este cuasi contrato que los actos del gestor se realicen espontáneamente, sin mandato ni conocimiento del dueño, obrando, por tanto, sin autorización expresa ni tácita y sin su oposición. En la misma dirección se inclina la Sentencia de 15 noviembre de 1999, de la Audiencia Provincial de Asturias al decir que la gestión de negocios ajenos sin mandato viene delimitada conceptualmente por el hecho de encargarse una persona de asuntos o intereses de otra, sin haber recibido mandato de ésta y sin obligación legal de intervenir en ello..

<sup>141</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Estudios de derecho privado, común y foral...cit.*, pp. 285-286, según este autor la regulación de la gestión de negocios ajenos «oscila entre la salvaguardia de la esfera jurídica individual contra intromisiones indiscretas de otro, que el Derecho contempla con desconfianza, y la tutela de esa misma esfera, en circunstancias excepcionales, mediante la intervención desinteresada de un factor benévolo».

<sup>142</sup> Vid. LADARIA CALDENTEY, J.: *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, Barcelona, 1952, p. 77.

efectos jurídicos a actuaciones que afectan a la esfera de una persona y que no han sido previamente autorizadas por ésta.

Así, el fundamento de la gestión de negocios ajenos se manifiesta frecuentemente en situaciones que el espíritu de benevolencia y de solidaridad humana sugieren a terceros intervenir en los negocios ajenos cuando por ausencia, o por otro impedimento del que tiene el derecho, se ve imposibilitado para atenderlo directamente o por intermedio de otra persona, evitando así daños tal vez irreparables<sup>143</sup>. Todo ello indica que el principio de no intervención debe ser mitigado plegándolo a un oportuno criterio de utilidad individual y social de las razones del gestor y del administrado, a fin de que el primero no resulte perjudicado por las consecuencias de su espontánea intervención, y el segundo, a su vez, pueda reaccionar contra intromisiones ajenas, o superfluas, o culposas, o, en todo caso, perjudiciales a sus intereses<sup>144</sup>.

La figura de la gestión de negocios ajenos puede además ser útil para instrumentar situaciones que de otra forma carecerían de la necesaria cobertura jurídica. La intromisión de un tercero en la esfera jurídica privada de otra persona, sin contar con la voluntad de ésta, es justificable para la preservación o protección de derecho o interés jurídico relevante. Sólo la intervención voluntaria de un tercero en su esfera jurídico privada permitirá que resulten atendidos asuntos (negocios o actos jurídicos o de carácter puramente material) que aquella persona ha dejado desatendidos involuntariamente, esto es, respecto de personas que en algún ámbito de su esfera jurídica precisan algún tipo de actuación destinada a proteger sus intereses.

---

<sup>143</sup> Vid. BETTI, Emilio: *Teoría de las obligaciones...cit.*, p. 126, quien señala que «en el Derecho anglosajón está animado de una sospechosa desconfianza contra la gestión de negocios porque ve en ella un posible instrumento de intromisión en las actividades ajenas; consiguientemente, para este ordenamiento vale la norma de que una persona que haya gastado, voluntariamente, dinero o empleado trabajo o materiales en preservar o mejorar la propiedad de otra persona no tiene derecho alguno a ser indemnizado según los principios de la *negotiorum gestio*».

<sup>144</sup> Vid. SANTOS BRIZ, Jaime: «De la gestión de negocios ajeno»,...*cit.*, pp. 47-48, continúa el citado autor diciendo sobre «la vitalidad de la institución que aparece aún más intensa en nuestro tiempo, caracterizado por frecuentes desplazamientos de las personas, favorecidos grandemente por la mayor facilidad y rapidez de los medios de transporte y por las intensificadas relaciones y tráfico internacionales. Esto, exactamente, hace conveniente la espontánea iniciativa de los terceros, o amigos o vecinos, o también de todo extraño, en aquellos casos en que falta o se interrumpe la del *dominus*, a causa de su temporal o prolongada ausencia, o por otro obstáculo que se oponga al regular desenvolvimiento de sus negocios. La cooperación entre los miembros de una comunidad es el fundamento más comúnmente admitido de esta figura jurídica que justifica la injerencia de un extraño en la administración de un bien o un negocio por los beneficios que ella produce para el dueño de los mismos».

El objetivo de la regulación legal de la gestión de negocios ajenos es doble: de un lado se busca la protección de la esfera privada del *dominus* evitando injerencias intempestivas por parte de tercero y de otro lado se pretenden fomentar las actividades dirigidas a la ayuda ajena, a la cooperación con la esfera de los demás<sup>145</sup>.

Hay que concluir, haciendo mención de los requisitos para que acontezca la *negotiorum gestio*: i) en primer, la injerencia del gestor en los asuntos del dueño debe ser espontánea; si se produce la petición del interesado, no será más una gestión, se convertirá mandato; ii) en segundo, que el gestor actúe con la intención de sustituir a otro en la realización de cierta actividad, lo cual se traduce en un actuar por cuenta del titular del interés gestionado; iii) en tercer lugar, que el negocio sobre el que interfiere la actuación del gestor sea objetivamente ajeno, lo cual significa que no es suficiente con que el gestor crea su actuación interviene sobre una esfera jurídica que no le es propia, sino que, además, ha de serle extraña de manera objetiva; iv) y, por último, con carácter negativo, que la eficacia de la gestión sobre el patrimonio ajeno no se produzca como consecuencia de la aplicación de otros principios jurídicos como los de la protección del tercero de buena fe y de seguridad del tráfico jurídico, pues en tal caso no estaríamos ante una falsa eficacia producida en virtud de una *negotiorum gestio* sino de una representación aparente.

En resumen, como hemos señalado, el régimen de la gestión de negocios ajenos se fundamenta en el equilibrio de los principios de necesidad y utilidad. De un lado, la figura encuentra su justificación en la imposibilidad o dificultad del dueño de tutelar sus propios intereses; y del otro, las excepciones al principio de no intervención sobre la esfera jurídica ajena requieren necesariamente la contrapartida de la utilidad. Como se viene señalando, el gestor no debe resultar perjudicado por las consecuencias de su espontánea intervención, pero el dueño del negocio, a su vez, debe poder reaccionar contra intromisiones ajenas, superfluas o culposas, o en todo caso, lesivas a sus intereses<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> Vid. SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: *La gestión de negocios...cit.*, pp. 217-218.

<sup>146</sup> Vid. CAÑIZARES LASO, Ana: «Tipología de la gestión de negocios ajenos sin mandato (estudio comparado de los Derechos alemán y español)», *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, tomo XLVIII, abril/junio, 1995, p. 696; Vid. SANTOS BRIZ, Jaime: «De la gestión de negocios ajeno»,...*cit.*, pp. 53-56; Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de derecho civil*, T. cuarto, Derechos de obligaciones, derecho de la contratación, 2. ed., Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899, p. 998, indica que «son circunstancias de la gestión de negocios ajenos: 1. Que verse sobre cosas ó asuntos determinados, pero que se hallen abandonados por su dueño y sin administrador ni representante de los mismos. 2. Que la gestión sea ajena á toda idea de consentimiento expreso ni tácito por parte del dueño. 3. Que el gestor se inspire en el buen deseo de evitar los daños ó perjuicios que al

Sin embargo, hay que señalar la parquedad y la vaguedad de la regulación legal de esta materia en los Códigos civiles. Casi todos ellos suelen limitarse a ofrecer una definición genérica de la gestión de negocios ajenos para, en seguida, pasar a regular sus efectos; dejando de lado la cuestión de sus presupuestos, o condiciones de existencia. Por lo tanto, tornarse un tema fundamentalmente interpretativo, doctrinal y jurisprudencial, que a cada tiempo, se modifica a merced de las condiciones jurídicas y económico-sociales, lo que dificulta cualquier afirmación categórica en torno a los problemas concretos que se plantean. En consecuencia, el arbitrio judicial adquiere una especial relevancia, con lo que la gestión de negocios ajenos constituye una categoría flexible, de límites poco definidos.

### 1.9.1.2 Naturaleza jurídica

La gestión de negocios ajenos ha venido siendo incardinada sistemáticamente por la doctrina dentro de la institución de los cuasicontratos<sup>147</sup>. Desde luego, definimos cuasicontrato como el hecho de una persona, permitido por la ley, que lo obliga con otra, o que obliga a ésta en favor de aquella, sin que exista ningún convenio.

La jurisprudencia reciente, no se preocupa en desarrollar una específica categoría general de los cuasicontratos que incorpora con toda naturalidad a la dogmática del enriquecimiento sin causa. Pero antes del éxito de la nueva dogmática del enriquecimiento sin causa, que fagocita los cuasicontratos, algunas sentencias intentaron sistematizar la categoría de los cuasicontratos<sup>148</sup>.

---

dueño pudiera producir el estado de abandono de sus cosas, y que no lleve á cabo esta oficiosidad, como dice la ley, *por cobdicia de ganar*».

<sup>147</sup> Según el artículo 1.887 del Código Civil español, «son cuasicontratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados». Por su parte la jurisprudencia no vacila a la hora de incluir la gestión de negocios ajenos dentro de la categoría jurídica de los cuasicontratos. Vid. SAVATIER, René: *La théorie des obligations...cit.*, p. 313; Vid. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel: *Traité théorique et pratique de droit civil...cit.*, p. 449, señala que «los cuasi contratos de la gestión de negocios ajenos crean obligaciones entre las partes similares a las derivadas un contrato de mandato, y su respectiva situación es casi lo mismo que el contrato haya sido celebrado entre ellos. En resumen, hay cuasi contrato de gestión de negocio cuando se gestiona de forma espontánea, es decir, sin mandato, los negocios de otros»; Vid. MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español*, Tomo XII, 5. ed., Reus, Madrid, 1951, p. 577, señala que «el concepto del cuasi contrato, diciendo que éste se contrae a aquellas obligaciones no convencionales que proceden de hechos lícitos libremente ejecutados, en virtud de los cuales podemos ser compelidos a dar o a hacer alguna cosa».

<sup>148</sup> Vid. La STS 21 junio 1945 [Repertorio Aranzadi, R.863], fue en su día muy comentada por intentar crear dogmáticamente la figura de los llamados «cuasicontratos innominados o atípicos», que abarcaría todos los supuestos de restitución que no se fundan en la voluntad o la ley. También podemos referenciar el intento de fundar los cuasicontratos en la ampliación de la *negotiorum gestio*, por no exigirse el *animus aliena negotia gerendi* como fundamento de la restitución, postura específicamente doctrinal que apenas ha tenido reflejo

Los cuasicontratos surgen históricamente como una categoría residual cuando se pretende fundar todo el Derecho patrimonial en la voluntad (contrato) o la culpa (responsabilidad), para acoger aquellas fuentes de las obligaciones que no tienen un claro engarce sistemático, por no responder a los principios clasificadores del Derecho<sup>149</sup>.

El proceso de elaboración dogmática del cuasicontrato como fuente de obligaciones, se debe a una interpretación equivocada de los textos galanos, ocasionado como consecuencia del excesivo afán de sistematiza de los glosadores. Se sustantivizó, como categoría jurídica propia (el cuasicontrato), lo que únicamente era un adjetivo, una cualidad atribuida a determinadas obligaciones (cuasicontractuales). Con todo, lo cierto es que el cuasicontrato adquirió, con la codificación, rango de fuente autónoma de obligaciones, y como tal fue tratado. En este sentido, era necesario, para justificar su existencia dogmática, encontrar una serie de caracteres que agrupasen un grupo de obligaciones, diferenciándolas de todo el resto. Los propios Códigos acometieron esta tarea, ofreciendo una definición de los cuasicontratos pero no lograron demasiado cosa, ya que se trató de definiciones tan sumamente genéricas que, con arreglo a las mismas, multitud de figuras jurídicas de muy diverso signo encajarían en su seno. A través del Código Civil francés en su artículo 1.371<sup>150</sup> los cuasicontratos fueron recibidos por el Código Civil español que sigue sensiblemente el modelo de aquél, si bien sea diferenciado en el requisito de la licitud que exige el código español, a diferencia del francés para distinguir los cuasicontratos de aquellas obligaciones que nacen de culpa o negligencia y tienen su origen en actos ilícitos<sup>151</sup>.

---

jurisprudencial (aunque incidentalmente se refieren a las mismas las STS 27 abril 1945 y STS 9 marzo 2006, EDJ 2006/21318). La Sentencia de 13 de noviembre de 2000 de la Audiencia Provincial de Pontevedra *habla de la figura del cuasicontrato de gestión de negocios ajenos* o la de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 3 de febrero de 1999 que dice *que sería de aplicar al supuesto el cuasi contrato de gestión de negocios ajenos, que se regula en los artículos 1.888 y siguientes del Código Civil*.

<sup>149</sup> Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: *El enriquecimiento sin causa...cit.*, p. 29; Vid. E. PALMER, George: *The Law of Restitution*, Volume I, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, p. 5 y ss.

<sup>150</sup> Artículo 1.371 del Código Civil francés: «los cuasicontratos son hechos del hombre, puramente voluntarios, de los cuales resulta un compromiso de cualquiera clase para un tercero, y algunas veces una obligación recíproca para ambas partes».

<sup>151</sup> Vid. PASQUAU LIAÑO, Miguel: *La gestión de negocios...cit.*, pp. 44-45. En el mismo sentido, Vid. PACCHIONI, Giovanni: *Della gestione degli affari altrui: secondo il diritto romano civile e commerciale*, 3. ed., CEDAM, Padova, 1935, p. 33; Vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del derecho civil patrimonial...cit.*, pp. 150-151, que nos explica la exégesis de la definición de los cuasicontratos en el derecho civil español, dice el citado autor «la idea de licitud, que el instituto del cuasi contrato menciona en el Código Civil, parece recoger la tradición del Derecho intermedio, que exigía el carácter honesto del hecho. Los hechos o actos son definidos como puramente voluntarios, lo que parece indicar que la voluntad es simplemente voluntad

La categoría jurídica de los cuasicontratos se halla en una situación de profunda revisión. Esta situación en la que se hallan los cuasicontratos tiene consecuencias directas en la regulación y naturaleza jurídica de la gestión de negocios ajenos. Frente a algunos autores que por costumbre siguen incardinando esta figura dentro de la categoría de los cuasicontratos, la mayor parte de la doctrina hace desaparecer la referencia al cuasicontrato cuando estudia la gestión de negocios ajenos si bien se sigue contemplando esta figura desde una perspectiva unitaria, que se caracteriza fundamentalmente por entender que las obligaciones derivadas de la gestión no tienen carácter sinalagmático<sup>152</sup>.

La noción de cuasicontrato es equívoca y confusa: nadie ha podido asignarle hasta hoy un sentido exacto y preciso. En el derecho romano, los jurisconsultos quienes observando que algunas obligaciones resultaban "*ex variis causarum figuris*" es decir, de actos y hechos que no constituyen ni contratos, ni delitos, pero que se asemejan a unos y otros, decían que tales obligaciones nacen *quasi ex contractu* o *quasi ex delicto*, queriendo justificar así el carácter obligatorio que por derecho de afinidad se les reconoce. Pero en la actualidad, y desde hace mucho tiempo, ninguna utilidad presenta ya este artificio de lenguaje y de técnica puesto que el legislador moderno, ya que no ha encerrado las diversas categorías jurídicas en compartimientos impermeables, pues, por el contrario, concede efectos a la voluntad jurídica aunque no se concrete en un sello oficial revestido con un nombre consagrado.

---

de la acción, pero no de los efectos jurídicos. No se trata, por consiguiente; de una voluntad genuinamente negocial. El Código señala que de estos hechos resulta una obligación, pero no explica la razón por la cual la obligación resulta, ni tampoco cuál es el contenido de la misma. La única explicación posible es que en el origen de la obligación se encuentra la ley y son por consiguiente obligaciones de carácter legal, que enlazan tal obligación con el supuesto de hecho tal vez típico que la propia ley describe. La obligación puede ser unilateral en el sentido de tener un único deudor y un único acreedor. El Código considera como normal que el obligado sea el autor de los hechos y el acreedor otra persona, lo que resulta normal en la gestión de negocios ajenos sin mandato no ratificada. Nada impide que el sentido de la obligación sea el inverso, de manera que es acreedor el autor de los hechos y deudora la otra persona, como ocurre en el cobro de lo indebido».

<sup>152</sup> Vid. PACCHIONI, Giovanni: *Della gestione degli...cit.*, p. 40 y ss; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del derecho civil...cit.*, pp. 151-152, que señala «En un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia española es hoy concorde en señalar la falta de consistencia lógica y dogmática de esta figura, que no tiene otra explicación que la de carácter histórico. Su falta de consistencia la demuestran, además, las sucesivas erosiones que ha ido experimentando. De los cinco cuasicontratos que aparecían en la *Instituta justiniana*, en la Codificación Napoleónica y en la que siguió sus huellas, restan sólo dos, cuya unión dentro de un concepto general tiene escasa justificación. El abandono de la categoría fue iniciado por el Código Civil Alemán, que abrió una tendencia seguida luego por el Código Civil Suizo, el Italiano de 1942 y el Portugués»; Vid. BONNECASE, Julien: *Elementos de derecho civil...cit.*, p. 381, apunta que «sin indecisión alguna se ha negado toda existencia real al cuasicontrato viendo en él sólo una lamentable supervivencia de un término técnico, que ha perdido su razón de ser». Vid. CORTESE, Barbara: *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato...cit.*, p. 14.



En efecto, afirmamos que la figura del cuasicontrato es inútil puesto que ninguna ayuda proporciona para determinar la sustancia de las obligaciones que se pretende fundar en ella. Es peligrosa, en tanto cuanto provoca una engañosa asimilación con el contrato, del cual difiere esencialmente, induciendo a creer ya sea que la voluntad desempeña un papel determinante en la formación de la obligación, o que la ley toma siempre en consideración, para aplicar un trato especial a la obligación, el hecho material que puede constituirlo, y por último, que ante la insuficiencia de disposiciones expresas, deba uno necesariamente recurrir a las reglas contractuales. Es falsa, porque agrupa cierto número de obligaciones, muy diferentes por su naturaleza y origen, impidiéndoles así encontrar su lugar natural en una clasificación científica.

En realidad, el único mérito que tiene deriva de sus propios vicios. Su carácter vago, indeterminado, la ausencia completa de todo criterio susceptible de precisar su contenido, han permitido alojar bajo su manto cosas muy diversas para cuya clasificación se encontraba alguna dificultad, era la fuente dudosa y mal conocida en la que antiguamente se arrojaba todo lo que no quedaba comprendido en las demás categorías.

Podemos sistematizar la situación en que se encuentra el estado de la cuestión de la siguiente forma: i) hay quienes defienden la naturaleza cuasicontractual de la gestión de negocios ajenos apoyándose fundamentalmente en que ésta es la opinión que refleja Código Civil español de fuerte influencia francesa, que incluye esta figura dentro de las obligaciones que se contraen sin convenio y dentro de ellas la encuadra en los cuasicontratos (Sección 1.ª, Capítulo I, Título XV del Libro IV). Dentro de esta postura, se pueden distinguir las siguientes corrientes doctrinales: i.1) los Autores que entienden que las obligaciones nacidas del cuasicontrato de gestión de negocios ajenos tienen naturaleza sinalagmática, fundándose en la semejanza de esta figura con el contrato de mandato, o, tal vez, porque en los cuasicontratos surge, a veces, una obligación recíproca entre los interesados, e, incluso, porque entendieran que los presupuestos para el nacimiento de una y otra acción son idénticos, coincidiendo, al mismo tiempo, con los que se exigen para apreciar la existencia de la gestión. Por lo tanto, para los partidarios del carácter sinalagmático de las obligaciones, siempre que se dieran los presupuestos necesarios para entender que existe gestión de negocios surgirían las obligaciones a cargo de cada una de las partes; resulta lógico, pues, que para ellos exista un lazo de unión entre las prestaciones debidas por cada uno de los sujetos,

siendo cada una causa de la otra<sup>153</sup>. i.2) Y otro sector doctrinal considera que aunque la gestión de negocios ajenos debe encuadrarse dogmáticamente dentro de los cuasicontratos, las obligaciones del gestor y del dueño tienen un origen diferente y son independientes entre sí<sup>154</sup>. i.3) Por último, dentro de este grupo doctrinal se hallan quienes opinan que si bien las obligaciones nacidas de la gestión de negocios ajenos no tiene carácter sinalagmático o recíproco obedecen ambas a un mismo presupuesto<sup>155</sup>; ii) de otro lado se encuentran los que consideran que la gestión de negocios ajenos si bien es una figura unitaria no puede encuadrarse dentro de la categoría jurídica de los cuasicontratos. Dentro de ella pueden distinguirse dos corrientes, que tiene en común el entender que en ningún caso las obligaciones de gestor y dueño tienen carácter sinalagmático: ii.1) unos afirman que las

---

<sup>153</sup> Vid. MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español...cit.*, pp. 584-585, donde apunta «el gestor, por el mero hecho de encargarse voluntariamente de la gestión, contrae obligaciones y responsabilidades que son ineludibles para él, bajo la pena civil de la indemnización correspondiente en otro caso, pero a la vez adquiere derechos y acciones que en su caso le es dado ejercitar, pues según hemos dicho este cuasicontrato engendra obligaciones recíprocas. Continúa el citado autor que las reglas que rigen la gestión de negocios ajenos son idénticas a las del mandato, con el cual tantas analogías tiene»; Vid. JOSEPH POTHIER, Robert: *Tratado de las obligaciones*, 2. ed., Librería Extranjera y Nacional, Científica y Literaria, Madrid, 1872, p. 71; Vid. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri: *Curso elemental de derecho civil*. T. tercero, Teoría general de las obligaciones, Reus, Madrid, 1924, p. 850; Vid. CARBONNIER, Jean: *Derecho civil*. T. II. Vol. III, Situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones, Bosch, Barcelona, 1960, p. 161; Vid. KASER, Max: *Das Römische Privatrecht*. Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische recht, 2. ed., C.H. Beck, München, 1971, p. 589; Vid. ESPÍN, Diego: *Manual de derecho civil español*. Vol. III, Obligaciones y contratos, 2. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961, p. 463.

<sup>154</sup> Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de derecho civil...cit.*, p. 1003, que vía en las dos modalidades de acciones que la gestión proporciona la razón de los distintos supuestos, a saber, «del cuasi contrato de gestión de negocios nacen las acciones denominadas *negotiorum gestorum* directa y *negotiorum gestorum* contraria. La primera compete al dueño o persona en cuyo beneficio se hizo la gestión o a sus herederos, contra el gestor o los suyos, para la efectividad de todas las responsabilidades que le sean imputables, por razón de la gestión. La segunda compete al gestor o sus herederos, contra el dueño de las cosas o asuntos o persona en cuyo nombre se hizo la gestión o sus herederos, para obtener los reintegros y responsabilidades procedentes»; Vid. DEMOLOMBE, C.: *Cours de code civil*, t. XV: art. 1370 a 1386, Meline, Cans et Compagnie, Bruxelles, 1847, p. 16, que dice que «las obligaciones del gestor y del dueño se derivan, cada uno de una causa diferente: Una, la obligación de los gestores, del propio acto o actos de gestión; y la otra, la obligación del dueño, de la autoridad de la ley»; Vid. JOSSERAND, Louis: *Derecho civil...cit.*, p. 384, quien dice que «la gestión de negocios hace nacer obligaciones de una y otra parte, tanto a cargo del gestor como a cuenta del dueño y por ésto se la califica de *cuasicontrato sinalagmático*».

<sup>155</sup> Vid. ROCA SASTRE, Ramón María: *Estudios de derecho privado...cit.*, p. 523, el dicho autor apunta para la voluntad como supuesto uniforme en las obligaciones cuasi-contractuales, «Si bien será, ciertamente, la voluntad la que en todos los supuestos de cuasi-contrato producirá *el hecho jurídico* que da origen a la obligación cuasi-contractual. La característica diferencial y verdaderamente aglutinante del grupo de obligaciones que se estiman nacidas del cuasi-contrato consiste en hechos lícitos y puramente voluntarios»; Vid. PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de derecho civil*. Vol. 2, Derecho general de las obligaciones, Bosch, Barcelona, 1978, p. 51, siguiendo el mismo sendereo del autor anterior, éste afirma que «Respecto a la gestión de negocios ajenos sin mandato, aparece como una invasión voluntaria de la esfera patrimonial ajena, ante lo cual interviene la ley para obligar al gestor a continuar su gestión de la manera que establece el art. 1.888 del mismo Código. Es una obligación legalmente impuesta ante la interferencia voluntaria del gestor en negocios de otro».

obligaciones de gestor y *dominus* derivan del propio hecho de la gestión<sup>156</sup>. ii.2) Otro sector considera que las obligaciones nacidas de la gestión de negocios ajenos son independientes entre sí, estudiando de forma separada los presupuestos que hacen nacer la acción del gestor y los que dan origen a las acciones del *dominus*<sup>157</sup>. Quizás ello sea así porque se entienda que, desde que se produce la injerencia en la esfera jurídica ajena, surge la acción del dueño; se dice, en esta línea, que la obligación del gestor surge *ex negotio gesto*, sin que sea necesario ninguna manifestación de voluntad al respecto, aparte de la que ya supone la actuación del gestor. Consecuencia de esta posición va a ser la posibilidad de que nazca sola la acción directa sin que pueda surgir aisladamente la *actio contraria* que aparecerá siempre acompañada de la acción del dueño.

En realidad nadie discute que en la gestión de negocios ajenos falta una declaración pero existe una actividad de cooperación realizada por un miembro de la comunidad en interés de otro; actividad que, precisamente por la función de cooperación que desarrolla, y que la caracteriza típicamente como comportamiento realizado en la vida de relación, asume el carácter y la calificación de negocio jurídico.

Sin embargo, los contornos ahora trazados de la institución, valen para encuadrarla preliminarmente en la vasta categoría de los negocios que tienen por objeto la cooperación jurídica, en que el sustituto del dueño es llamado a asumir la paternidad del mismo contenido del negocio. Además, se debe atentar que el objeto de la gestión de negocio no se reduce a sólo actos jurídicos, sino también hechos jurídicos. Dicho esto, por la insatisfacción que la figura del cuasicontrato como categoría genérica conlleva a las instituciones concretas que tradicionalmente ha albergado, como es el caso de la *negotiorum gestio*. Nos resta concluir que estamos delante, simplemente, de una obligación legal. La fuente obligatoria será pues, la

---

<sup>156</sup> Vid. LADARIA CALDENTEY, J.: *Legitimación y apariencia jurídica...cit.*, p. 79, señala que «existen unos requisitos generales propios de la gestión de negocios sin mandato, no, como se ha pretendido, de cada una de las acciones que de ella pueden surgir». En el mismo sentido, Vid. DE SEMO, Giorgio: *La gestión de negocios ajenos: en la teoría y en la práctica*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961, pp. 92-93; Vid. FERRARI, Sigfrido: *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, A. Giuffrè, Milano, 1962, p. 3; Vid. BOUT, Roger: *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1972, p. 264 y ss.

<sup>157</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis: «La gestión de negocios ajenos sin mandato». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, n. 507, año LI, Marzo-Abril 1975, p. 251, reflexiona así, «las motivaciones de la ley y el fundamento remoto de la gestión de negocios que su estructura, consistente en un posible cruce de obligaciones que no sólo no son sinalagmáticas, sino que, como en su origen histórico, proceden de fuentes un tanto distintas; de una parte, la mera inmisión voluntaria de alguien, sin mandato o autorización legal, en la gestión de un asunto ajeno y, de otra, el aprovechamiento o aprobación de una gestión extraña por el *dominus*».

ley, que, en atención a un supuesto de hecho determinado (presupuestos de la gestión de negocios ajenos), atribuye una consecuencia jurídica (sus efectos). Se trata de una *obligación legal*, porque sus efectos jurídicos derivan directamente de una norma jurídica concreta<sup>158</sup>. En cuanto a su contextura propia, se trata de un *hecho jurídico* (al que la ley atribuye determinadas consecuencias jurídicas). Podrá discutirse, sin duda, si se trata de un hecho jurídico o un *acto jurídico unilateral*.

Por tanto, queriendo encasillar exactamente la gestión de negocios en la categoría de los hechos jurídicos, observamos que se trata ante todo de un *hecho jurídico voluntario*, puesto que deriva de la voluntad del hombre, y en segundo lugar, más precisamente, de un *acto jurídico*, el cual presenta el carácter de la *unilateralidad*. Concluamos que la gestión de negocios ajenos pertenece a la categoría de los actos unilaterales entre vivos que tienen contenido patrimonial.

### 1.9.1.3 Distinción entre la gestión de negocios ajenos y el enriquecimiento sin causa

Una de las instituciones que más se asemeja a la gestión de negocios ajenos es la figura del enriquecimiento sin causa, que muchas veces ha llegado a ser incluso identificado con aquélla. Hace notar que una parte de la doctrina francesa ha tratado de situar el enriquecimiento sin causa al lado de la gestión de negocios ajenos<sup>159</sup>.

Sin embargo, no es fácil, en cambio, introducir en la doctrina del enriquecimiento injustificado las formas generales de gestión de negocios, en las cuales, por lo demás, lo que se impone al beneficiado con la gestión no es la restitución del beneficio patrimonial recibido, sino el resarcimiento de los daños y de los gastos.

---

<sup>158</sup> Vid. JOSEPH POTHIER, Robert: Tratado de las obligaciones...*cit.*, p. 74, señala que «la ley es causa por lo menos mediata de todas las obligaciones: pues si los contratos, delitos y cuasi-delitos producen obligaciones, es porque *a priori* la ley ordena o autoriza que cada uno cumpla lo que prometa y repare el daño causado por su falta».

<sup>159</sup> Vid. DEMOLOMBE, C.: *Cours de code civil...cit.*, p. 17; Vid. LAROMBIÈRE, M. L.: *Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des titres III et IV livre III du Code civil*: art. 1322-1386, tomo III, 9. ed., Bruylant-Christophe et compagne, Bruxelles, 1863, p. 372; En sentido contrario, Vid. RIPERT, Georges: *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol...cit.*, p. 469, quien apunta que «hay, sin embargo, entre la gestión de negocios ajenos y el enriquecimiento sin causa una diferencia esencial de orden psicológica: en el enriquecimiento sin causa no se puede discernir la intención en adquirir un beneficio, en la gestión de negocios ajenos, por el contrario, el empobrecimiento se concedió de forma deliberada por el gestor. De hecho, empobrecido en el enriquecimiento injusto sólo puede reclamar una indemnización por el enriquecimiento obtenido de otro, mientras que el dueño del negocio puede demandar al gestor por todos los perjuicios sufridos». Igualmente, Vid. BOUT, Roger: *La gestion d'affaires en droit français contemporain...cit.*, p. 304 y ss.

Miguel PASQUAU LIAÑO<sup>160</sup> ha afirmado que el enriquecimiento sin causa es el fundamento de los llamados cuasicontratos y por lo tanto de la gestión de negocios ajenos. Una de las razones de esta situación es el sensible proceso de expansión que el enriquecimiento sin causa ha experimentado a costa de la gestión de negocios. Tal proceso, sigue el citado autor, se refleja técnicamente en una ampliación y flexibilización de la acción de enriquecimiento: i) desaparece progresivamente el carácter de subsidiariedad ya que se empieza a fundamentar en preceptos concretos del Código Civil, como son los que regulan los cuasicontratos y en consecuencia ya no aparece como una acción genérica derivada de principios generales del Derecho. ii) el concepto de enriquecimiento se amplía mediante la inclusión de conceptos como el ahorro de gastos o la utilización de cosa ajena de tal forma que la noción de desplazamiento patrimonial se aleja de la que el Derecho romano basaba el ejercicio de las *condictiones*. Esta nueva configuración de la teoría del desplazamiento patrimonial sin causa ha llegado a afirmar a un sector de la doctrina que el correlativo empobrecimiento de una de las partes no forma parte de la estructura esencial del enriquecimiento sin causa.

Sin embargo las diferencias entre ambas instituciones son claras y obedecen a diferentes razones jurídicas. El fundamento del enriquecimiento sin causa tiene carácter objetivo ya que se ha de producir un desplazamiento patrimonial injustificado que traiga como consecuencia la situación de correlativo enriquecimiento-empobrecimiento. Por contra la gestión de negocios ajenos puede existir sin que se produzca el desplazamiento patrimonial ya que de una parte el gestor puede ratificar la actuación del gestor oficioso sin que la gestión le haya reportado ningún beneficio y de otra exige para el nacimiento de esta figura que se haya iniciado útilmente la gestión sin que se produzca con posterioridad el enriquecimiento del *dominus*.

El alcance económico de la *actio de in rem verso* generada por el enriquecimiento sin causa viene cuantitativamente determinada por el importe económico del mismo sin que en ningún caso pueda sobrepasarlo. Por el contrario en el supuesto de la gestión de negocios ajenos la acción contraria puede incluir conceptos tales como el pago de honorarios o gastos y

---

<sup>160</sup> Vid. PASQUAU LIAÑO, Miguel: *La gestión de negocios...cit.*, p. 417. Igualmente, Vid. ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil. II*, Derecho de obligaciones, 12. ed., EDISOFER, Madrid, 2004, p. 902, donde señala que «si tenemos en cuenta que en la regulación positiva de los cuasicontratos típicos (gestión de negocios y cobro de lo indebido) late la idea de que con ella se trata de reparar un enriquecimiento injusto»; Vid. FRIEDMANN GASTON, Wolfgang: *Die Bereicherungshaftung im angloamerikanischen...cit.*, p. 56.

perjuicios que no se pueden integrar técnicamente como desplazamiento patrimonial. La razón del principio del enriquecimiento sin causa obedece a una finalidad de corrección (restituir un estado anterior) mientras que el de la gestión de negocios ajenos es justamente la contraria: la consolidación de situaciones y estados de hecho que se han producido sin una previa justificación jurídica<sup>161</sup>.

## **1.9.2 El cobro indebido**

### 1.9.2.1 Introducción

Los desplazamientos patrimoniales, para existir, han de ser *legales (ius strictum)*; para perdurar han de ser, además, *legítimos (aequitas)*. La transgresión legal impide el desplazamiento; la falta de *legitimidad* revierte o restituye el desplazamiento, aun verificado legalmente. No es que la legitimidad prescinda, sustituya o suplante a la legalidad. Ésta es siempre un presupuesto del desplazamiento de valor que en el tránsito de un patrimonio a otro ha de ceñirse *externamente* al Derecho objetivo, pues si el resultado no se lograra según Derecho, no llegaría a tener existencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico a veces no evita que el desplazamiento patrimonial se produzca. Pero exige que esa validez externa tenga una base interior de equidad (*iusta causa*). No basta haber adquirido; hace falta poder conservar. No es suficiente la titularidad formal lograda; es preciso que responda también a las exigencias de la equidad<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> Vid. JOSSERAND, Louis: *Derecho civil.cit.*, pp. 453-454, donde magistralmente comenta, «una tesis, preconizada sobre todo por DEMOLOMBE, consideraba que el enriquecimiento sin causa no era más que una variedad de la gestión de negocios, una *gestión de negocios anormal*, una especie de *cuasigestión de negocios*. Sin embargo, ambas nociones son profundamente diferentes: La teoría del enriquecimiento sin causa tiende sólo a restablecer el equilibrio injustamente alterado; la de la gestión de negocios establece entre los dos interesados relaciones obligatorias más o menos durables, un verdadero *modus vivendi*; El enriquecido no queda obligado más que hasta el límite de su enriquecimiento; pero el dueño debe reembolsar al gestor, "*todas las impensas útiles o necesarias que ha hecho*" (art. 1375); El enriquecedor no está ordinariamente obligado a nada respecto al enriquecido; es acreedor sin ser deudor; pero el gestor de negocios asume obligaciones y especialmente la de *rendir cuentas*; Sobre todo, el enriquecedor ha obrado por su propia cuenta; el poseedor del suelo ajeno ha construido o ha plantado para sí; ha sido su propia deuda lo que el *solvens* ha creído extinguir cuando ha pagado lo indebido, pero el gestor de negocios obraba por cuenta ajena, por cuenta del dueño: tenía intención de *representación*, de la cual estaba totalmente desprovisto el enriquecedor»; Vid. PLANIOL, Marcel: *Tratado elemental de derecho civil. Teoría general de los contratos: contratos especiales*. José M. Cajica, Puebla (México), 1947, p. 514, que dice «durante mucho tiempo el enriquecimiento sin causa se estudiaba como un caso de aplicación de la gestión de negocios. Cuando la jurisprudencia afirmó la independencia de la acción *de in rem verso* con relación a la *negotiorum gestorum*, nos vimos conducidos a buscar el criterio de distinción entre ambas acciones, que no siempre aparece con claridad en la jurisprudencia. En la gestión de negocios hay una representación de los intereses del dueño por el gestor. Sin embargo, es dudoso que la intención de representar deba existir necesariamente, pues en ciertos casos, la jurisprudencia ha admitido la existencia de un acto de gestión por el sólo hecho de que hubiese intromisión útil en los negocios ajenos».

<sup>162</sup> Vid. NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Pago de lo indebido sin error*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, p. 3, donde afirma que, «no basta que el desplazamiento sea *válido*, según ley, sino que es necesario que resulte *lícito*

Tanto las transgresiones legales, por un lado, como las faltas contra la legitimidad, por otro, generan consecuencias negativas a la protección y conservación del patrimonio. Ante las primeras, estamos en presencia de vínculos jurídicos imperfectos material o/y formalmente, incapaces de permanecer en una realidad jurídica, pues son completamente contrarios a ésta propia realidad. Las faltas contra la legitimidad tienen, en cambio, un alcance negativo más *suave*, contra la propiedad. Su campo de operaciones está acotado por la lesión y el enriquecimiento ilícito, la rescisión y la restitución.

Desde ya, debemos aclarar lo que predica «indebido» en la configuración del instituto ahora estudiado. Para designar el objeto que constituye el «indebido», resulta, en ocasiones, al objeto de la prestación y en otras, a la prestación considerada como un todo. En ellos, el calificativo de «indebido» acompaña a la cosa que predicen, no de la cosa, sino del pago o la entrega.

Así, el indebido puede ser *ex persona*, *ex causa* y *ex re*, según que lo «no debido» sea, respectivamente, las personas, la conducta, o bien, resulte que el acreedor no lo es, o que quien paga no es el deudor, o que puede pagarse algo distinto a lo debido, o de igual identidad, pero diferente calidad o en cantidad dispar a la pactada. El carácter indebido de la atribución es requisito constitutivo del supuesto de hecho del cobro de lo indebido<sup>163</sup>.

---

la legitimidad *inter partes* de una adquisición, o bien la declara la misma ley—ordenamiento superior: *obligaciones legales*—, o bien, por delegación de ella, las partes contratantes—*obligaciones voluntarias*—ordenamiento particular, privado, que impone una ordenación de *medios* (desplazamiento de valor) a *finis* (causa) perseguidos por las partes. Las transmisiones patrimoniales, *formal* y *externamente* producidas según ley (legalidad), tienen que encajarse y deslizarse por los caniles de la iurisvia de un ordenamiento particular, fijado por las partes, para ser entre ellas y sólo entre ellas —relaciones relativas— no sólo legales, sino legítimas».

<sup>163</sup> Vid. GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Cobro de lo Indebido», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, p. 368 y ss, donde dice que, «INDEBITUM EX PERSONA, la deuda existe, pero vincula a personas distintas del que da y recibe. En otros términos, el *solvens* puede no ser el verdadero deudor del *accipiens*, sino otra persona, o el *accipiens* no ser el auténtico acreedor del *solvens*. INDEBITUM EX CAUSA, se da cuando entre el *solvens* y el *accipiens* no ha existido nunca una relación obligatoria o la que se estableció entre ellos ha quedado extinguida por el pago. INDEBITUM EX RE, esta clase de *indebitum* supone que se ha entregado cantidad mayor de la debida, o bien otra cosa distinta de la que se pactó como objeto de la prestación a que estaba obligado el *solvens*, salvo que se entregue y acepte voluntariamente en lugar de la primitivamente debida». Vid. NÚÑEZ-LAGOS, R.: *Código civil...cit.*, p. 286, hace la diferencia entre indebido objetivo y subjetivo, a saber, «para que haya *indebido objetivo* basta que el pago sea *no debido*; en tal caso, la deuda pagada no existe, ni a cargo del *solvens*, ni a cargo de otro; es sin más repetible, incluso si se pagó espontáneamente y no depende del error, salvo el caso de liberalidad. Para que haya *indebido subjetivo* repetible se exige—además—un débito existente y válido, pero no propio, o sea, una deuda de otro, esto es, que el *solvens* fuese deudor *aparente*, en cuanto el deudor es otro; y que tal deuda la haya pagado el *solvens*. La *esencia* del indebido subjetivo es que haya sido hecha al verdadero

Dar un concepto de «indebido» inspira dificultad, ya que, en general, los conceptos pueden resultar incompletos e/o innecesarios. Pero no lo es tanto, si se cae en la cuenta de la existencia de cierta discrepancia perceptible, entre supuestos considerados susceptibles de repetición por «indebidos».

En efecto, para lograr saber “*qué es lo indebido*”, debemos averiguar “*qué es lo que se debe*”. Este método nos permitirá, una vez establecido qué es lo debido, considerar como indebidos todos aquellos supuestos que no puedan subsumirse en el concepto así extraído.

De esta manera, lo debido es una conducta, que como tal puede consistir en un dar, hacer o no hacer y que constituye el contenido de la posición jurídica de deuda. Y ésta, constituye a su vez, una de las posiciones antagónicas que conforman la estructura de la relación obligatoria, y a cuyo frente se encuentra el deudor<sup>164</sup>.

En este orden de ideas, lo debido resulta ser una conducta preestablecida en una obligación, que ha de ser potencialmente exigible por el acreedor, y cuya prestación satisface el interés institucional de éste en la obligación. Y el carácter «debido» de dicha conducta preestablecida se dará siempre que se den las circunstancias a las que el Ordenamiento jurídico otorga eficacia obligacional<sup>165</sup>.

Una prestación tendrá el carácter de debida, siempre que se produzca el supuesto generador de la obligación cuyo contenido se actúa. Hay que añadir, no obstante, que no basta para que una conducta sea debida, con que ésta se inserte en una obligación, no es suficiente que exista obligación. A ella debe añadirse la nota de la exigibilidad. La conducta debe ser, por lo tanto, exigible<sup>166</sup>.

---

*acreedor* una prestación, a él efectivamente debida, pero no debida por el *solvens*, sino por otro (que, por otra parte, no cumple)».

<sup>164</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del derecho civil patrimonial...cit.*, p. 322.

<sup>165</sup> Vid. FERRANDIS VILELLA, José: «Una revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las obligaciones», *Anuario de Derecho civil* (XI), Madrid, 1958, p. 115 y ss.

<sup>166</sup> La exigibilidad como característica definitoria de la obligación es, ciertamente, un tema discutible y discutido. Vid. SALVADOR CODERCH, Pablo: «Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una justa causa», *Revista de Derecho Privado*, II, Madrid, 1978, p. 661 y ss.



De idéntica forma, una conducta será indebida cuando no exista obligación, o cuando aun existiendo ésta, la conducta sea inexigible, y en tercer lugar, cuando aun existiendo obligación y siendo exigible, la conducta actuada no se ajuste al programa establecido en la obligación.

### 1.9.2.2 Concepto y el fundamento normativo

Todo pago supone una deuda. Por consiguiente, lo que se ha pagado sin que legalmente se deba puede repetirse. La acción concedida para este objeto, se llama *acción de repetición de lo indebido*; frecuentemente se le da su antiguo nombre romano de *condictio indebiti*<sup>167</sup>.

La Ley, en línea general, reconoce a aquellos que han realizado un pago no debido el derecho de repetir la prestación realizada. El derecho nace, por tanto, del hecho «no debido». Esto puede ocurrir sobre todo porque no es válido o no existe la relación del pago con quien recibe<sup>168</sup>.

El pago hecho sin causa o por mero error se llama indebido y faculta al que pagó para reclamar lo pagado, cuya finalidad es la anulación del pago hecho en tales condiciones y la restitución de las cosas al estado que tenían antes de la realización del mismo<sup>169</sup>.

De hecho, el pago de lo indebido (*o cobro de lo indebido*, como le llama el Código Civil español) consiste en la relación o vínculo jurídico que se establece entre la persona que recibe

---

<sup>167</sup> Vid. CHIRONI, G. P.: *Istituzioni di diritto civile italiano...cit.*, p. 235, donde apunta que, «el pago, como instituto directo en extinguir una obligación, no puede existir sin una relación obligatoria al cual se relacione, y cuando esto no sucede, aquel que paga puede repetir lo que pagó». En conformidad, Vid. TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero: *Manuale di diritto privato...cit.*, p. 644.

<sup>168</sup> Vid. MICCIO, Renato: *Commentario del Codice civile*. Libro IV. T. cuarto, Dei singoli contratti: e delle altre fonti delle obbligazioni, Unione tipografico-Editrice torinese, Torino, 1959, p. 629.

<sup>169</sup> Vid. MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español...cit.*, p. 616., que dice, «como el vínculo o relación jurídica que por virtud del pago indebido hecho por error se crea entre el que hizo dicho pago y la persona que le recibió, imponiendo a ésta, como consecuencia de ello, la devolución de lo percibido». Vid. ESPÍN, Diego: *Manual de derecho civil español...cit.*, p. 464, señala que, «el pago de lo indebido (cobro de lo indebido según nuestro Código), consiste en el pago, por error, de una obligación inexistente o que ya se había extinguido. De este pago erróneo e indebido surge la fundamental obligación para el que lo recibe, de su restitución». Igualmente, Vid. ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil...cit.*, p. 908, quien dice que, «hay pago de lo indebido cuando se entrega y recibe en concepto de pago alguna cosa que no había derecho a cobrar del que paga, y que, por error, ha sido entregada».

lo que no tenía derecho a recibir y aquella que paga por error, en cuya virtud el cobrador se constituye en la obligación de restituir lo indebidamente pagado<sup>170</sup>.

La justicia y aun el mero buen sentido condenan ese aprovechamiento, contrario a todo principio de moral, y por eso siempre que se hace un pago indebido por error surge inmediatamente en el que cobra la obligación de devolver indebidamente percibido. Se llama el *cobro de lo indebido*, porque realmente la obligación y las consecuencias jurídicas derivadas de él proceden del hecho de haber cobrado lo que no se adeudaba, y recaen, por tanto, en el que cobró indebidamente lo que por error se pagó.

Según tenemos dicho, el pago que sin causa de deber se dice *indebido*, tiene como resultado práctico es la anulación del pago hecho sin causa, y la restitución de las cosas al estado que tenían antes de verificarse aquél<sup>171</sup>.

Esta noción general de lo indebido, recibe una especificación en los artículos 1.895 y 1.901 del Código civil español<sup>172</sup>. En el primero precepto normativo, tenemos una cláusula

---

<sup>170</sup> La STS 7 marzo 2005 (EDJ 2005/23798) ensaya una definición general del pago de lo indebido «*con arreglo al artículo 1.895 del Código civil, del hecho de haber cobrado una cantidad sin derecho a recibirla nace un vínculo jurídico por virtud del cual quien recibe la cosa o cantidad indebida queda obligado a restituir a quien por error hizo la entrega o el pago en que consista la prestación equivocadamente realizada y queda obligado a restituirla a aquél que se la hubiera entregado, que adquiere, por consecuencia de su errónea conducta, la cualidad de acreedor, con el derecho a reclamar la restitución*».

<sup>171</sup> Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de derecho civil...cit.*, p. 1003.

<sup>172</sup> Vid. **Código Civil español**, art. 1.895, dice que «cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla»; art. 1.901 «se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra justa causa». **Código Civil brasileño**, art. 876, señala que «todo aquel que recibió lo que le no era debido queda obligado a restituir»; **Código Civil francés**, art. 1.376, «quien, por error o a sabiendas, reciba lo que no se le debe está obligado a restituirlo a aquel de quien lo haya recibido indebidamente»; **Código Civil italiano**, art. 2.033, «(Indebido objetivo.) El que ha efectuado un pago no debido tiene derecho de repetir lo que ha pagado. Tiene, además derecho a los frutos y a los intereses desde el día en que pagó si el que lo recibió tenía mala fe, o bien, si éste tenía buena fe desde el día de la demanda. Art. 2.036. (Indebido subjetivo.) El que ha pagado una deuda de otro, creyéndose deudor en base a un error excusable, puede repetir aquello que ha pagado, siempre que el acreedor no se haya privado de buena fe del título o de las garantías del crédito. El que ha recibido el indebido está también obligado a restituir los frutos y los intereses desde el día del pago, si tuvo mala fe, y desde el día de la demanda si tenía buena fe. Cuando la repetición no sea admitida, el que ha pagado sub entra en el derecho del acreedor»; En el **Código Civil alemán** no hay un dispositivo legal autónomo relativo al pago indebido, éste está inserido en la norma del enriquecimiento injustificado, «§812. Pretensión de restitución. Quien mediante la prestación de otro o de cualquier otro modo a su costa adquiere algo sin causa jurídica está obligado frente a éste a su restitución»; El **Código Civil portugués** sigue la misma idea del Código alemán, en que el pago indebido se encuentra inserido en el enriquecimiento sin causa, art. 473, apartado 2 dice que, «la obligación de restituir, por enriquecimiento sin causa, tiene de manera especial por objeto lo que indebidamente ha recibido»; **Código Civil chileno**, art. 2.295, «si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo

general que es complementada por el siguiente precepto, cuyo, en la primera parte del art. 1.901, se distinguen dos hipótesis de indebido. La primera, «cuando se entregó cosa que nunca se debió». La segunda, «cuando se entregó cosa... que ya estaba pagada». Y, sin embargo, es cuestionable que esa concreción de los supuestos de indebido agote todos los casos de indebido *ex causa*. Existen unos supuestos, tradicionalmente considerados como repetibles por indebidos, que no encajan, no obstante, en ninguno de los dos grupos de hipótesis que abarca ese artículo 1901. Los dos supuestos previstos en el artículo («cosa que nunca se debió » y «cosa que ya estaba pagada») tienen un vínculo que los une: se trata de casos de ausencia de deuda. En el primero, porque nunca ha existido tal deuda. En el segundo, porque a pesar de que en algún momento pretérito, existió una deuda exigible, cuando se actúa la prestación, la deuda ya ha sido extinguida. Resulta, pues, que la ausencia de deuda es la situación básica que determina el carácter de indebida de una prestación realizada.

Ahora bien, una atribución realizada al margen de la deuda, es decir, una atribución llevada a cabo sin que exista obligación alguna, objetivamente puede ser calificada de indebida, cuando, además de la conducta indebida (y, por supuesto, de la concurrencia del error) que la entrega o atribución se haya imputado al pago de una obligación. En definitiva, no basta con que una conducta sea indebida, sino que es preciso que se haya actuado a la inversa como debida. De manera que sólo aquello que se hubiera entregado *solvendi causa*, pese a lo cual no fuere debido, podrá ser repetido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.895 CC<sup>173</sup>.

En suma, el carácter indebido de una entrega sólo puede predicarse de aquellas realizadas con intención de pagar. Ésta es una idea obvia, en cuanto se desprende de lo prescrito en el párrafo final del artículo 1.901 CC, al considerar fuera del supuesto del artículo 1.895 CC cualquier conducta hecha con ánimo diverso al de pago<sup>174</sup>.

---

pagado»; **Código Civil japonés**, también incluye el pago indebido en el enriquecimiento sin causa, arts. 703 y 706, «la persona que, sin causa jurídica para ello, obtuviere un beneficio del patrimonio o de la prestación de servicios de otra, ocasionando con ello un perjuicio a ésta, estará obligada a su devolución en la medida del enriquecimiento» y «El deudor que lleve a cabo una prestación en pago de una deuda no vencida no podrá exigir su devolución, salvo que tal pago fuera efectuado por error, en cuyo caso el acreedor deberá restituir el beneficio obtenido».

<sup>173</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: «El pago de lo indebido», en *Libro-Homenaje a Ramón Ma. Roca Sastre*, vol. II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, p. 504.

<sup>174</sup> Vid. PLANIOL, Marcel: *Tratado elemental de derecho civil...cit.*, p. 513, donde afirma que, «todo acreedor que recibe una cosa a título de pago se compromete, a devolverla, si se demuestra posteriormente que no existía

### 1.9.2.3 Los requisitos

Para la existencia del dicho instituto son, pues, necesarios tres requisitos, cuya prueba es importante para que resulte la obligación de restituir, que se hizo el pago efectivo, que no haya obligación jurídica entre el que paga y el que recibe, y que este pago haya sido por error o equivocación y no por mera liberalidad o por cualquier otro concepto<sup>175</sup>.

Es preciso, en primer término, que el que recibe en pago la cosa objeto del mismo no tenga derecho a percibirla o a cobrar, pues a diferencia no sería indebido el cobro hecho por él. Así, el pago efectivo hecho con la intención de extinguir la deuda (*animo solvendi*), o, en general, cumplir un deber jurídico. Por analogía, cabe también la *condictio indebiti* cuando la prestación consista en un *facere*, que por error se crea objeto de la obligación; entonces la restitución procederá por su valor.

La inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe es *conditio sine qua non* para la configuración de una situación de cobro indebido y, por consiguiente, traduce en la falta de causa en el pago, que puede no ser indebido subjetivamente (*ex persona*) cuando existiendo el vínculo relacione a personas distintas de la que da y la que recibe el pago, u objetivamente (*ex re*) cuando falta la relación de obligaciones entre el *solvens* y el *accipiens*, bien porque la deuda esté pagada o extinguida, porque aún no haya llegado a constituirse (obligación sujeta a una condición que todavía no se ha cumplido), porque habiendo existido la deuda está pagada o extinguida, o porque se haya entregado mayor cantidad que la debida<sup>176</sup>.

La situación de *indebitum ex causa* se da cuando entre el que paga y el que recibe no ha existido nunca una relación obligatoria o la que existió entre ellos ha quedado extinguida por el pago.

---

la obligación pagada; la acción hecha a título de pago estaría así subordinada a la condición de que exista la deuda, es lo que inspira la voluntad de la ley».

<sup>175</sup> Vid. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de: *Direito das obrigações...cit.*, pp. 463-464, indica que los requisitos de la acción de repetición del cobro indebido son, «1) que se efectuó una prestación con la finalidad de cumplir una obligación; 2) que esa obligación no exista en la fecha de la prestación; 3) que la prestación efectuada ni mismo se relacione con un de los deberes de orden moral o social, impuestos por la justicia, que originan obligaciones naturales».

<sup>176</sup> Vid. SANTOS BRIZ, Jaime: «Del cobro de lo indebido»,...*cit.*, p. 74.

Es también condición indispensable que el pago se haga por error, pues de faltar éste no habría sido indebidamente entregada la cosa con que se realizó. El error consiste en efectuar el pago creyendo que la persona a quien lo hizo podría exigirlo judicialmente, porque se piense un deudor, sin serlo, ya que se cree que la deuda es civil, cuando, en realidad es solamente natural, o porque se estime realizada la condición aún pendiente. En consecuencia, a quien le paga a sabiendas de que nada debe, no puede repetir lo pagado<sup>177</sup>.

El error de hecho a que el mismo se refiere, es aquel en que incurre el que hace el pago, no el que le recibe, pues si éste aceptó el pago por error creyendo que era debida la cosa o cantidad entregada, podrá influir esa circunstancia en la determinación de la buena o mala fe con que procediera, pero no se puede por sí sola generar origen al cobro ilegítimo de que nos ocupamos, pues para ello, es preciso e indispensable que dicho pago se haya hecho por error del que lo realiza. Por tanto, lo que origina este instituto especial no es el error en el cobro, sino en el pago. Aunque el artículo no determina la clase de error que ha de concurrir en el pago, desde luego se comprende que éste va de ser el de hecho, porque el de derecho nadie lo aprovecha, y no puede, por tanto, originar el cobro ilegítimo<sup>178</sup>. Si el pago se hizo por error de derecho, ni existe el cobro indebido, ni está obligado a la restitución el que cobró, aunque no se debiera lo que se pagó.

Sin embargo, como nos hace notar el maestro José CASTÁN TOBEÑAS<sup>179</sup>, la opinión de estimar exclusivamente el error de hecho ha sido rectificada por los más recientes

---

<sup>177</sup> Vid. SAVATIER, René: *La théorie des obligations...cit.*, p. 311.

<sup>178</sup> Vid. MANRESA Y NAVARRO, José María: *op. cit.*, p. 618, apunta que, «la devolución de lo cobrado, y la indemnización de perjuicios en su caso, procede sólo cuando ha habido error de hecho en el pago; porque si se entregare una cosa en propiedad sabiendo que no se debe, se revela tácitamente la intención de realizar un acto de liberalidad que en nada debe obligar al que la recibe, porque a nadie pueden imponérsele obligaciones en el orden civil sin su libre consentimiento». En el mismo sentido, Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de derecho civil...cit.*, p. 1004, donde afirma, «Es, por consecuencia, indispensable fundamento de este cuasi contrato, el indicado *error de hecho* en el que paga; pues si pagó indebidamente a sabiendas de que no debía o pagó con certeza en el hecho, pero error en el Derecho por no ser la deuda civilmente exigible, por ejemplo, lo debido en virtud de una obligación natural, no existe *cuasi contrato de pago de lo indebido*, ni puede, por tanto, reclamar su devolución, reputándose que tuvo intención de donar».

<sup>179</sup> Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*. T. 4, Derecho de obligaciones: las particulares relaciones obligatorias, 15. ed., Reus, Madrid, 1993, p. 905. Asimismo, Vid. SANTOS BRIZ, Jaime: «Del cobro de lo indebido»,...*cit.*, p. 75, comenta que «habiendo declarado la sentencia de 7 julio 1950 que el artículo 1.895 no distingue entre el error de derecho y el error de hecho, limitándose a declarar que cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla, y así es justo que sea, puesto que de otra forma vendría a sancionarse un enriquecimiento injusto en el erario ajeno». Vid. ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil...cit.*, p. 909, dice que, «tal error puede ser de cualquier clase, lo mismo de hecho que de Derecho, y consistente bien en suponer que

escritores, que ya no procede hacer distinción alguna respecto al error que motiva el pago. En primer lugar, porque los preceptos de los arts. 1.895, 1.900 y 1.901 no distinguen. Es más, según éste, demostrado que nada se debía, se presume el error, presunción que puede muy bien abarcar un supuesto error de derecho.

En el caso de que no se pagase con error de hecho o de derecho, sino con, duda, por ignorarse si se debía o no lo pagado, ¿cuál sería la solución? ¿Se reputaría indebido el pago y sería reclamable lo satisfecho por tal motivo?. A todo se ve también que, si un individuo paga una deuda, sobre la validez de la cual hay dudas, podrá él o sus herederos repetir lo que él ya ha prestado<sup>180</sup>.

#### 1.9.2.4 Los efectos del cobro de lo indebido

En los artículos 1.896, 1.897 y 1.897 del Código Civil español<sup>181</sup>, en estos tres, se determina y precisa los efectos que el cobro de lo indebido impone, por regla general y como norma común, a aquel que sin derecho para ello recibió en concepto de pago lo entregado por error con tal objeto.

---

aún no se había pagado una obligación (que realmente sí se pagó y antes), bien en pensar que existía una obligación que nunca hubo o que ya se extinguió por otra causa (por pago anterior, por compensación, por condonación, etcétera), bien en pensar que el que paga debe a quien cobra, cuando, aunque se trate de obligación realmente existente, el acreedor o el deudor es otro».

<sup>180</sup> Vid. SALEILLES, Raymond: *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire Allemand*, 3. ed., Librairie générale de droit & de jurisprudence, Paris, 1914, p. 456. Igualmente, Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *op. cit.*, p. 1004, señala que, «no es lo mismo el caso de que se pague *con duda*, ó sea no sabiendo si se debía ó no, en cuyo supuesto, probado que sea que no se debía, surge el cuasi contrato que hace de justicia devolver lo cobrado indebidamente».

<sup>181</sup> **Código Civil español:** «ARTÍCULO 1.896-El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere. Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquiera causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó. ARTÍCULO 1.897-El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido. Si la hubiese enajenado restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo. ARTÍCULO 1.898-En cuanto al abono de mejoras y gastos hechos por el que indebidamente recibió la cosa, se estará a lo dispuesto en el título V del libro II». En el Código Civil brasileño: « Art. 878. A los frutos, accesiones, bienhechurías y desmejoras ocurridas a la cosa dada en pagamento indebido, se aplica el previsto en este Código sobre el poseedor de buena fe o de mala fe, conforme el caso; Art. 1214. El poseedor de buena fe tiene derecho, mientras ella permanecer, a los frutos percibidos; Art. 1216. El poseedor de mala fe es responsable por todos los frutos cosechados y percibidos, así como aquellos que, por culpa suya, se perdieron, desde el momento en que se constituyó de mala fe, tiene derecho a los costos de producción y guarda; Art. 1217. El poseedor de buena fe no responde por la pérdida o desmejora de la cosa, a que dio causa; Art. 1218. El poseedor de mala fe es responsable por la pérdida o desmejora de la cosa, aun que accidentales, salvo si probar que de igual forma se tendrían dado, estando ella en la posee del reivindicador».

Desde el momento de hacerse el cobro indebido surge necesaria e inmediatamente la obligación de devolver lo cobrado sin que hubiera derecho para ello. Pero el alcance de esta obligación preceptivamente impuesta en el artículo 1.895 del CC, no puede ser determinado a priori, dado que tiene dependencia depende de algunas circunstancias accidentales que pueden modificar los efectos de dicho instituto y los límites de la obligación citada, como sucede, por ejemplo, con la buena o mala fe con que haya procedido el que realizó el cobro, pues desde luego se comprende que el que cobró de mala fe, recibiendo en pago, aquéllo que ya sabía que no tenía derecho en recibir, porque no le era debido, contraerá forzosamente, por consecuencia de este hecho, una responsabilidad mucho mayor que aquél que, obrando de buena fe, cobra lo que le creía ser debido.

A este último, no le puede obligar más que la restitución de lo que indebidamente hubiere percibido, y la indemnización o abono de los perjuicios causados por los desperfectos que hubiere sufrido la cosa entregada en pago desde el rato de su entrega, en cuanto se hubiere enriquecido por ella, lo mismo; y, por lo contrario, el que procedió de mala fe, debe responder del resarcimiento de todos los perjuicios que por razón del pago hubieren sobrevenido, porque son causados por su culpa y a sabiendas por él siempre que aceptó con pleno conocimiento de su falta de derecho lo que sabía que no le pertenecía. Y, además, debe satisfacer ,en su caso, los intereses legales correspondientes.

La determinación de estos distintos efectos y de estas diferentes responsabilidades en relación a la persona que cobra lo indebidamente entregado en pago, es el objeto de estos tres artículos, y por eso los examinamos en conjunto.

#### 1.9.2.4.1 Las obligaciones del que realiza el cobro indebido

Para precisar dichas obligaciones hay que distinguir si el que cobró procedió o no con buena fe, pues son distintos los efectos del cobro indebido en uno y otro caso, como no podía menos de suceder, dada la índole del mismo, toda la vez que se halla fundado en una razón de equidad que no puede prescindir del dicho elemento como factor indispensable de las responsabilidades propias de él<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup> Vid. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri: *Curso elemental de derecho civil...cit.*, p. 845, en que afirma lo siguiente, «la acción de repetición de lo indebido y el principio general de que es una aplicación, se funda tradicionalmente en la equidad, así como en los principios del derecho de obligaciones. Por esta razón el Código

El *accipiens* es de mala fe cuando ha recibido el pago conociendo el vicio de que estaba afectado. Desde luego, si hubo mala fe de parte de él, no sólo viene a ser obligado a devolver lo que recibió en pago, sino que habrá de abonar el interés legal cuando se trata de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibidos cuando la cosa recibida los produjere<sup>183</sup>.

También deberá responder de los menoscabos que haya sufrido por cualquiera causa la cosa entregada en tal concepto, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó hasta que éste la recobre.

Por una consideración de justicia fácilmente apreciable, no se presta el caso fortuito, aun cuando haya mediado mala fe; cuando éste hubiera podido afectar de manera semejante a las cosas entregadas en pago aunque se hallaren en poder del que las entregó, pues entonces el perjuicio no proviene de que se encuentre poseyéndolas el que indebidamente las recibió, sino de otra causa independiente del hecho de la entrega y extraña a él<sup>184</sup>.

Si medió buena fe por parte de éste, su obligación o su responsabilidad será más limitada, pues no se tiene esta razón derivada de su dolosa voluntad, que constituye el fundamento de la agravación indicada.

Si creyendo realmente que le adeudaba la cantidad o la cosa entregada en pago, o por ignorar que éste era indebido, recibió como bueno dicho pago, la gravedad de sus actos no es tanta, y, por consiguiente, su responsabilidad debe reducirse a lo que puramente es de estricto

---

atenúa en beneficio del *accipiens* de buena fe las consecuencias lógicas que se desprenden de la nulidad del pago».

<sup>183</sup> Vid. BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael: *El cobro de lo indebido: perfiles institucionales y eficacia traslativa*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 70, señala que, «si el *accipiens* es de mala fe, su responsabilidad puede ser doble y de un doble origen: Una constante, derivada de la entrega de lo indebidamente pagado que se produce exclusivamente entre *solvens* y *accipiens* y se gobierna por las normas propias de la posesión de mala fe, ex art. 1.896, y afecta a la devolución de lo entregado y a la liquidación del estado posesorio en cuanto hace referencia a los frutos, rentas, gastos, mejoras, deterioros y pérdidas de la cosa debida. Otra eventual, derivada de la conducta de aceptación conscientemente indebida de lo entregado en cuanto la misma pueda producir daño a cualquiera, sea o no el *solvens*, que se regula de acuerdo con las previsiones de los arts. 1.902 y ss. C.c. con los criterios propios de la responsabilidad extracontractual».

<sup>184</sup> El Código Civil francés en el artículo 1.379 regula la referida hipótesis de manera contraria, a saber, «si la cosa indebidamente recibida fuera un inmueble o una cosa mueble, el que la haya recibido estará obligado a restituirla en especie, si existiere, o a dar su valor, si hubiera perecido o se hubiera deteriorado por su culpa. Será incluso responsable de su pérdida por caso fortuito, si la hubiera recibido de mala fe». Al soportar de este modo los riesgos de la cosa. Vid. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; BARDE, L.: *Traité théorique et pratique de droit civil...cit.*, p. 490.



derecho, la restitución de lo percibido porque lo recibió sin título y no puede hacerlo suyo, y la reparación de los desperfectos o desmejoras, de la cosa entregada en pago o de las pérdidas de la misma en cuanto por ellas se hubiese enriquecido, porque en cambio éste sería un enriquecimiento torticero reprobado por la moral y por la ley.

Si no pudiera devolverse la cosa recibida en pago por haberla enajenado el que la recibió de buena fe, bastará con que restituya el precio, si hubiese sido satisfecho, o cederá, en otro caso, al dueño la acción que por virtud de la enajenación le corresponda para hacer efectivo dicho precio. En resumen, se ve que la obligación del *accipiens* de buena fe se limita al enriquecimiento procedente del pago. De este modo, la teoría del pago de lo indebido nos conduce naturalmente a la teoría, más general, del enriquecimiento sin causa.

#### 1.9.2.4.2 Los derechos del que cobró lo pagado indebidamente

También para fijar los derechos que corresponden al que recibió la cosa entregada indebidamente en pago, hay que atender al factor de la buena o mala fe con que procediera. La regla general la establece el art. 1.898. Según el que, para todo lo relativo al abono de las mejoras y gastos hechos por el que indebidamente recibió el pago, habrá de estarse a lo dispuesto en el tít. V del libro II.

El que con buena fe realizó el cobro indebido, como el poseedor en quien se cumple dicha condición, tiene derecho al reintegro de todos los gastos que hubiere hecho y tengan el carácter de necesarios, pudiendo retener la cosa hasta que le sean satisfechos. También puede reclamar el abono de los gastos útiles con el mismo derecho de retención, donde el dueño puede optar por satisfacer el importe de los gastos o por abonar el aumento del valor que por ello haya adquirido la cosa entregada en tal concepto. Los gastos de puro lujo o mero recreo no tienen derecho a que se los abonen, pero pueden llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa entregada, si ésta no sufre deterioro, por lo menos que el dueño prefiera abonar el importe de lo gastado. Las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo ceden siempre a favor del dueño, y, por tanto, no tiene derecho a reclamar su importe el que cobró; como tampoco lo tiene para el abono de las mejoras de cualquiera clase que hubieren dejado de existir al recobrar la cosa entregada el que la dio en pago.

En cuanto al que obra de mala fe, únicamente puede reclamar el abono de los gastos necesarios que hubiere hecho para la conservación de la cosa, pero sin que tenga derecho a retenerla hasta su pago, como puede hacerse cuando media buena fe.

#### 1.9.2.5 El cobro indebido y el enriquecimiento sin causa

Las dos teorías apuntadas: la del cobro indebido y la del enriquecimiento sin causa, a pesar de que estén muy próximas, hay algunas distinciones. La pretensión de restitución se funda, en el mero hecho de una *adquisición sin causa* por y desde la adquisición, y no en el enriquecimiento. Por otra parte, si las reglas del cobro de lo indebido se aproximan a las del enriquecimiento sin causa cuando el *accipiens* es de buena fe, se alejan de éstas y se acercan a las de la responsabilidad civil cuando el *accipiens* es de mala fe. De aquí Henri MAZEAUD<sup>185</sup> concluye que el pago de lo indebido constituye una fuente autónoma de obligaciones.

Sin embargo, consideramos que el término «cobro indebido» en su sentido más estricto, de cumplimiento de una obligación de dar, consiste, entonces, en la entrega de una cosa a quien no había vínculo de enajenación alguno<sup>186</sup>. Así, el pago de lo indebido se desarrolla como un supuesto concreto del principio de enriquecimiento sin causa<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> Vid. MAZEAUD, Henri; CHABAS, François: *Leçons de droit civil...cit.*, p. 709. En el mismo sentido, Vid. FALQUI MASSIDDA, Carlo; JACCHIA, Mario: *Promesse unilaterali, gestione d'affari, ripetizione dell'indebito, "soluti retentio", arricchimento senza causa...cit.*, p. 404.

<sup>186</sup> Vid. BRECCIA, Umberto: *La ripetizione dell'indebito*, A. Giuffrè, Milano, 1974, p. 411.

<sup>187</sup> Vid. PASQUAU LIAÑO, Miguel: *La gestión de negocios ajenos...cit.*, pp. 426-427. Vid. BETTI, Emilio: *Teoría de las obligaciones...cit.*, pp. 132-133, señala que el cobro indebido tiene fuente distinta del enriquecimiento sin causa, a saber, «nos toca ahora someter a discusión la tesis, sostenida por una parte de la doctrina, según la cual la fuente genética de la obligación de restituir lo indebido recibido sería el enriquecimiento injusto que, en caso contrario, se produciría a favor del accipiente. Esta tesis no puede ser compartida. La verdad es que partiendo de un criterio semejante se debería llegar a sostener también que no hay una obligación a la que no pueda asignarse, como base, un enriquecimiento injusto; así, por ejemplo, el enriquecimiento que obtendría el comprador si no pagase la mercancía que se le vende debería constituir la fuente de su obligación al pago del precio. Ahora bien, nadie discute que en tal caso el comprador obtendría un enriquecimiento pero éste constituye únicamente un fenómeno económico que no explica suficientemente el fenómeno jurídico de la fuente de la obligación, que debe encontrarse, en cambio, en el contrato conmutativo concluido por las partes. Análoga cuestión se plantea en el caso de la repetición de lo indebido; si éste no fuera restituido se tendría, ciertamente, un enriquecimiento injusto por parte del accipiente, pero no es en este eventual enriquecimiento donde puede encontrarse la fuente de la obligación de restituir sino más bien en el hecho de haber recibido un bien por parte de una persona que, al pagar, perseguía una típica intención satisfactoria a través de una transmisión onerosa. Reconocida la inexistencia de una deuda en la persona de quien ha pagado, la ley, operando una conversión interpretativa de la intención típica satisfactoria perseguida a través de aquella transmisión onerosa, hace surgir en la persona del accipiente, como efecto lógico, una obligación de restituir lo indebido que ha recibido». Igualmente, Vid. ALBANESE, Antonio: *Il pagamento dell'indebito*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 17-18, apunta que, «Contra una reconstrucción unificada del cobro indebido y

La obligación de restituir, por enriquecimiento sin causa, tiene de modo especial por objeto lo que fue indebidamente recibido, o lo que fue recibido por virtud de una causa que dejó de existir o en vista de un efecto que no se verificó, encajándose, perfectamente, en las hipótesis del cobro indebido.

En definitiva, la obligación que impone puede entenderse fundada, en la prohibición de enriquecimiento injusto, es decir, no porque en todos los casos la medida de la restitución sea simplemente el enriquecimiento del *accipiens*, sino porque en todos ellos la acción tiende a evitar que éste se enriquezca sin causa.

## PARTE II

### 1.1 *El enriquecimiento injusto en el Derecho administrativo*

#### 1.1.1 *Consideraciones generales*

El enriquecimiento injusto como institución propia de la Teoría general del Derecho, en cuanto tal, es susceptible de aplicación en el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas principalmente, en las relaciones patrimoniales administrativas<sup>188</sup>.

Las normas sobre enriquecimiento injusto, por lo tanto, no son de exclusiva aplicación a las relaciones entre particulares, sino que se extienden a esferas de Derecho público<sup>189</sup>.

---

enriquecimiento sin causa, debe objetarse que la ley dio dos reglas diferentes para ellos. Las diferencias entre los institutos siempre han sido reconocidos por los tribunales, que para la repetición del pago indebido son suficiente la existencia de un pago y la inexistencia, sin embargo, de una obligación correlativa de crédito que pueda justificar la atribución patrimonial, la acción también ignora la existencia del daño y tienen un carácter autónomo y principal. En cambio, la acción de enriquecimiento, tiene como premisa el apoderamiento injustificado de una parte, causando daños al *solven* y, por último, tiene un carácter totalmente subsidiario». Empero, esto no significa que un pago indebido no resulte en un enriquecimiento injusto para aquel que recibe éste pago. *Vid.* GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine: *Nullité, restitutions et responsabilité*, Libr. générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1992, p. 370 y ss. *Vid.* BIRKS, Peter: *An introduction to the law of restitution*, Clarendon, Oxford, 1985, p. 17.

<sup>188</sup> *Vid.* LOMBARDI, «L'amministrazione pubblica e il divieto d'arricchimento senza causa», en *Studi in onore di Federico Cammeo*, V. II, CEDAM, Padova, 1933, p. 113, donde reflexiona que, «es regla de justicia la de que nadie debe enriquecerse a expensas de los demás. La Administración cuando toca la fortuna privada y, si acrecienta su patrimonio, justo es que indemnice al perjudicado». *Vid.* JEANNEAU, Benoit: *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Éditions du Recueil Sirey, Paris, 1954, p. 195, para quien afirma, «La raíz de los principios generales que tienen por objeto proteger los individuos frente a la arbitrariedad administrativa, se piensa inmediatamente las diversas normas de la jurisprudencia para promover una cierta la moral en las relaciones entre el público y los ciudadanos. También pueden unir a estas diversas normas desarrolladas a fin de someter a la Administración a una especie de "orden moral" el principio de que nadie puede enriquecerse a expensas de los demás inspira a diversas decisiones del Consejo de Estado».

Al igual que en Derecho civil, el sentido, contenido y requisitos de la obligación administrativa de restitución del enriquecimiento sin causa puede abordarse por referencia a su traducción procesal de la *condictio* o, como es más frecuentemente denominada por la doctrina y jurisprudencia administrativa, de la *actio de in rem verso*; en suma, de la acción encaminada a exigir la restitución del enriquecimiento obtenido sin causa<sup>190</sup>.

Puede y debe partirse de trasladar a nuestro terreno aquellos caracteres y presupuestos señalados por nosotros como esenciales a la acción de enriquecimiento sin causa y que, en realidad, son generales a la noción y extensibles a cualquiera de sus manifestaciones, en todos y cada uno, de los sectores del ordenamiento en que se proyecta.

El escaso relieve que la teoría del enriquecimiento injusto ha alcanzado en la doctrina administrativa se justifica por la excesiva vocación «especialista» de la misma, que exige estudiar primordialmente las instituciones originales del propio Derecho administrativo o, al menos, especialmente moduladas por él<sup>191</sup>. En este orden de ideas hay que advertir que la teoría del enriquecimiento es de general y no infrecuente aplicación en el Derecho

---

<sup>189</sup> En Italia, el proceso genéricamente descrito se ha dado con especial claridad, la primera doctrina aceptó, en general, que la Administración puede beneficiarse de un enriquecimiento injusto. Vid. CAPACCIOLI, Enzo, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, CEDAM, Padova, 1956, p. 179. Santi Romano predicaba la idea de enriquecimiento injusto, pues permitía superar la situación de falta de equidad que la negación de la *negotiorum gestio* entrañaba, resolviendo de forma parecida los mismos desequilibrios que ese cuasicontrato atiende en Derecho civil y ocasionalmente se utilizó en este sentido, además, optó por esta solución de la *utile versione* y la *actio de in rem verso*, a la que no encontraba ninguno de los impedimentos de la gestión, Vid. ROMANO, Santi: *Principii di diritto amministrativo italiano*, 2. ed., Societa editrice libraria, Milano, 1905, pp. 603-605. En España, Cosculluela Montaner señala que «la prohibición del enriquecimiento injusto es un principio general del Derecho, que como tal se aplica también en Derecho administrativo, sin presentar particularidades notables en relación a las construcciones clásicamente elaboradas por la doctrina y jurisprudencia civilista; pero como tal principio general del Derecho no cabe entenderlo como un principio propio y exclusivo del Derecho privado». Vid. COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Manual de derecho administrativo*, T. I, 15. ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 457.

<sup>190</sup> Vid. MERK, Wilhelm: *Deutsches Verwaltungsrecht*, V. 2, Duncker & Humblot, Berlin, 1974, p. 1685, señala que, «la persona jurídica de derecho público corresponde, a igual modo del derecho civil, el deber de indemnizar o restituir el enriquecimiento injusto aprovechado».

<sup>191</sup> El rechazo inicial en aplicar las reglas del enriquecimiento injusto de carácter privado a las Administraciones, es porque el Derecho administrativo tiene la tradición de no aceptar en el régimen de las obligaciones administrativas las mismas reglas que rigen las relaciones entre particulares. A esta idea responde, la negativa a aplicar a la Administración la responsabilidad aquilina del Derecho civil, que sólo se superó configurando un régimen de responsabilidad distinto y típicamente administrativo. Y a la misma idea respondió el rechazo en el Derecho administrativo de los cuasicontratos civiles, sobre todo de la *negotiorum gestio*, o del enriquecimiento sin causa. Vid. FIORINI, Bartolome A.: *Manual de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 1968, p. 534, considera que «el cuasicontrato administrativo no tiene relación con el civil y va más allá que este, puesto que se encuadra en el principio más amplio del enriquecimiento sin causa, aplicable a situaciones tales como el funcionario de hecho, la obra pública no autorizada, la gestión urgente y necesaria, etc. Se basan en los principios de enriquecimiento sin causa, la buena fe y el error provocado».

administrativo. Pero reconocido lo anterior como punto de partida, muchas y profundas son las matizaciones que hay que introducir, modulaciones relevantes respecto de la institución que propiamente pertenece a la Teoría general del Derecho<sup>192</sup>.

Este esfuerzo constructivo de la doctrina en acoger la idea de enriquecimiento injusto administrativo, sirvió para resolver ciertos supuestos de colaboración privada con los servicios públicos y esta teoría se ofrecía como la solución más adecuada para conjugar la equidad con las peculiaridades de la Administración. Además, el fundamento del principio del enriquecimiento sin causa es doble. Puede que exprese la necesidad de equilibrar situaciones jurídicas que carecen de causa. La regularización de este estado de hecho, exige suprimir el desequilibrio producido a través de una compensación del enriquecimiento y empobrecimiento indebidos. Por otra parte, se formula como reacción contra el carácter leonino de las ventajas indebidamente percibidas. En este sentido, se desea evitar el despojo que supone una transferencia de valor sin causa jurídica, intentando volver a situar las cosas, o al menos su equivalencia, como estaban en un principio<sup>193</sup>.

La mayor flexibilidad del enriquecimiento injusto, lo adecuaba a sufrir las necesarias adaptaciones en la vida administrativa, aún cuando, su carácter general le permitía cubrir

---

<sup>192</sup> En este sentido, *Vid.* GARCIA-ALVAREZ, Gerardo: «La responsabilidad patrimonial de los poderes público»...*cit.*, p. 1.201, que hace referencia a la responsabilidad civil como instituto de origen civilista, pero que tiene un régimen especial de aplicación al sujeto causante de los daños: la Administración Pública. En la doctrina alemana ha reconocido el enriquecimiento injusto llevando en cuenta la tradición romana de las *condictiones*, el soporte legal se encuentra en el parágrafo del artículo 812 del BGB. En facies del derecho público alemán, la introducción del enriquecimiento injusto fue acogida efectivamente, pero no por ello dejaba de sufrir modulaciones que lo convertían finalmente en una institución diferenciada. Así, Fritz Fleiner, comentando el Derecho alemán, considera como instituciones comunes al Derecho privado y público la *negotiorum gestio* y la *condictio*, que fundamentan el enriquecimiento injusto. Por eso, posteriormente, habla de una “*condictio* de Derecho público” y de una “*negotiorum gestio* de Derecho público y las analiza como fuentes de derechos y deberes públicos nacidos directamente sin una declaración de voluntad de la autoridad pública. *Vid.* FLEINER, Fritz, *Instituciones de derecho administrativo*, Labor, Barcelona, 1933, pp. 146-147. *Vid.* MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián: *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 112-113, el autor hace un análisis sobre la origen civilista del contrato administrativo, apuntando algunas matices de éste, «[...] la Pandectística parece haber arraigado la posible idea de igualdad entre las partes como necesaria para que un contrato sea posible, manifestándose sin embargo la misma exigencia, sobre la necesidad de la bilateralidad, como nota esencialmente determinante de tal negocio jurídico. No la igualdad estática como se ha pretendido al referirse al Derecho administrativo, sino una proporcionalidad, una adecuación en la prestación —proyección del sujeto en la concreta relación contractual—, es lo que se perfila como necesario en el contrato».

<sup>193</sup> El principio del enriquecimiento sin causa tiende a atemperar los desequilibrios económicos que han aprovechado a la Administración. Resalta, pues, la función de equilibrio que el principio de enriquecimiento sin causa tiene en el Derecho Administrativo, en cuanto tiende a corregir que la Administración no se aproveche de una actividad de utilidad general, cuando no hay causa para ello, sin la debida contraprestación en favor de quien la ha llevado a cabo.

suficientemente las necesidades que trataban de atenderse<sup>194</sup>. Sin embargo, la indefensión de la Administración pública frente a comportamientos abusivos o fraudulentos de los particulares. La teoría del enriquecimiento sin causa puede convertirse en la gran excusa para introducir la vía de hecho en la actuación administrativa.

Fundamentalmente, son debidas a la autonomía del Derecho administrativo que, autoriza a introducir aspectos originales para adecuar esta fuente de obligaciones a las exigencias del régimen de la Administración. Esta vía no sólo se aplica a supuestos que no tienen paralelo en el Derecho privado o que, en éste, cuentan con una regulación específica, lo que impide el juego directo de la acción de enriquecimiento.

### ***1.1.2 La equidad en la prohibición del enriquecimiento injusto administrativo***

#### ***1.1.2.1 Consideraciones parciales***

A menudo, el concepto de equidad se utiliza con extremada laxitud; de ésto puede explicarse porque no ha interesado dárselo un significado técnico y, también, por haber sufrido rechazo, las confusiones creadas en torno al concepto del Derecho y interpretación<sup>195</sup>. Importa, pues, aclarar cuál sea el cometido de la equidad, tanto para evitar que se desfigure el concepto del Derecho, como para fijar con precisión el juego de las fuentes jurídicas, en especial de los principios generales del Derecho<sup>196</sup>.

Puesto que el concepto de equidad sea un concepto de difícil elaboración, dado su carácter variable en el tiempo y en el espacio, su complejidad y vaguedad, no debe hacernos

---

<sup>194</sup> Vid. LAUBADERE, Andre de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves: *Traité de droit administratif*...cit., p. 653.

<sup>195</sup> Vid. WILHELM LEIBNIZ, Gottfried: *Tres ensayos: El derecho y la equidad. La justicia. La sabiduría*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional de México, México, D.F., 1960, p. 285, señala que, «la doctrina del derecho pertenece a las ciencias que dependen de definiciones, no de experiencias, de pruebas racionales, no de pruebas sensibles, y en las que se trata —por decirlo así— de cuestiones de *validez*, no de cuestiones de hecho (*qui sunt —ut ita dicam— juris, non facti*)». Vid. HANBURY, Harold Greville: *Modern equity: the principles of equity*, 7. ed., Stevens, London, 1957, p. 14, habla que la equidad es un principio de Derecho natural.

<sup>196</sup> Vid. KEETON, George Williams; SHERIDAN, Lionel Astor: *Equity*, 3. ed., Barry Rose, Chichester, 1987, p. 2, señala que, «la equidad como una fuente de derecho está muerto. La creatividad de los jueces persiste». Vid. MAGGIORE, Giuseppe: «L'equità e il suo valore nel Diritto», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, anno, III, 1923, 273; Vid. KANT, Immanuel: *Principios metafísicos del derecho*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873, p. 48-49, señala que, «la equidad no es un título en cuya virtud se pueda compeler a otro al cumplimiento de un deber puramente moral (ser benévolo o benéfico). El que pide algo en nombre de este principio se funda en su *derecho*; solo que le faltan las condiciones que serian necesarias al juez para decidir cuánto se le debe, y de qué manera se puede satisfacer su petición». El citado autor, reduce la equidad a la existencia de una norma jurídica que le fundamente. Es decir, donde la pretensión no tenga un base jurídica, no se puede exigir equidad.

confundirlo con otros conceptos afines, tales como lo de buena fe o los principios generales del Derecho. Y es aquí donde surge una cuestión interesante mediante la relación entre equidad y normas jurídicas. Es, una vez más, el tema de la relación Derecho- equidad. ¿Es la equidad una norma? A esta pregunta responde José CASTÁN TOBEÑAS<sup>197</sup> afirmando que más que una norma en sí misma, la equidad es una cualidad o propiedad que toda norma de Derecho puede tener cuando realiza las exigencias de la justicia en su aplicación a las relaciones concretas.

Las principales dificultades sobre el significado de la equidad se han originado, unas, por comprender que el Derecho está limitado a la ley o a la letra de la ley<sup>198</sup> (Derecho legal) y que no cabe salir de ahí (dogma de la concepción positivista), o que está ligado a la intuición, al sentimiento individual o al arbitrio del juez<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup> Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José: *La idea de equidad en las letras españolas*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1949, pp. 56-57. Vid. FALCÓN Y TELLA, María José: *Equidad, derecho y justicia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 131-132, indica que, «la equidad se traduce en normas jurídicas, al menos en los siguientes sentidos: i) En cuanto la equidad puede incorporarse a normas jurídicas por vía legislativa, consuetudinaria o a través de los principios generales del Derecho; ii) En cuanto a través de la equidad pueden surgir reglas o máximas de Derecho; iii) En cuanto la equidad puede dar lugar a un verdadero sistema jurídico, por ejemplo la jurisdicción de equidad en los sistemas anglosajones; iv) En cuanto, a través de las normas de Derecho equitativo, que remiten o reenvían a la equidad, dando lugar, en oposición a las de Derecho estricto, a normas flexibles y elásticas, sin contenido preciso y determinado, el juez puede adaptar el Derecho al caso concreto buscando la solución más justa».

<sup>198</sup> En el Derecho civil español actual, la equidad aparece contemplada en el artículo 3.2 del Código civil, dentro del capítulo dedicado a la aplicación de las normas jurídicas. A tenor de dicho precepto "la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita". Según el mencionado artículo 3.2 del Código civil, la función de la equidad es doble. En primer lugar como justicia del caso concreto, a modo de criterio interpretativo. En este primer sentido la función de la equidad es la siguiente: 1.- Como algo necesario, significa tomar en cuenta las peculiaridades del caso, del supuesto de hecho, en la tarea de subsunción, inherente a toda interpretación. 2.- Como algo más cuestionable y problemático, la equidad interviene también en la decisión de consecuencias, a la hora de determinar qué consecuencias corresponden al caso subsumido en la ley, moderando las previstas literalmente por ella en el supuesto de que sean excesivamente rigurosas, y resulten por ello inicuas. Decimos que la admisión de esta segunda posibilidad es más problemática, porque por esta vía podrían llegar a vaciarse de efecto las normas. Por eso hay que manejarla con cautela. La segunda función de la equidad mencionada en el artículo 3.2 del Código civil es la de servir de exclusivo sustento del fallo judicial, lo cual será sólo posible cuando la ley expresamente lo permita, debiendo entenderse, por tanto, en un sentido restrictivo, en parte también porque esa función viene ya desarrollada a través del libre juego de los principios generales del Derecho. Sobre el tema, Vid. DORAL GARCIA, Jose Antonio: *El derecho nuevo y la equidad sobre el artículo 3.2 del Código civil*: lección inaugural del Curso Académico 1997-1998 en la Universidad de Navarra, Universidad de Navarra, Pamplona, 1997; Vid. RUIZ VADILLO, Enrique: «La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español», *Documentación Jurídica*, Madrid, n. 4, octubre-diciembre, 1974, pp. 1025-1244; Vid. SOTO NIETO, Francisco: «La interpretación de las normas en el nuevo Título Preliminar del Código civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, n. 4, tomo LXXVIII, Año CXXXVIII, abril, 1979, pp. 295-321.

<sup>199</sup> Vid. CHIODI, Giulio M.: *Equità: la categoria regolativa del diritto*, Guida, Napoli, 1989, p. 33.

Aristóteles da la base a la doctrina, diciendo que la función de la equidad consiste en la corrección de una ley en lo que adolece por su generalidad. Pensamiento que se desarrolla diciendo: «la generalidad o abstracción propia de la ley puede resultar contraria a la igualdad de la Justicia o al bien común, si se aplica la ley a cualquier caso, sin hacer distinción entre ellos; así, por ejemplo, cuando la ley dice: «devuélvase la cosa depositada al que la depositó», sería nocivo entenderla mandando devolverle la espada a un depositante que se vuelve loco, o la entrega de armas al traidor que va a utilizarlas contra la Patria; en estos casos, la equidad ordena abandonar «la letra de la ley y seguir la razón de la Justicia»<sup>200</sup>.

No cabe, pues, contraponer Derecho y equidad de un modo general; su contraste se da sólo bajo el régimen del *ius strictum*; desde el momento en que se admite una interpretación o corrección de la ley conforme a la Justicia la equidad deja de estar fuera y entra a formar parte del sistema jurídico<sup>201</sup>. En efecto, el engarce entre la equidad y los principios generales del Derecho muestra claro. Supuesto de la aplicación de la equidad es la *inadecuación* (carencia de equidad) entre un caso concreto y la regla que parece regularlo; la inadecuación no resulta ni de la regla ni del caso, sino del hecho que la regla positiva está limitada o corregida por un principio de Justicia; es éste el que determina la falta de equidad e impone que el caso se regule *no* por esa regla, sino por el principio de Justicia. La equidad no es más que una manifestación del mecanismo funcional de los principios generales, la exigencia de acudir a los principios superiores de Justicia, para decidir un caso para el que resulta inadecuada la regla legal<sup>202</sup>.

En general, el concepto de equidad se utiliza como equivalente al de Justicia material; excluye solamente la posibilidad de alegar la equidad en los casos a los que considera aplicables normas de *ius strictum*, en los que no cabe acudir a otro principio extra positivo que

---

<sup>200</sup> Vid. ARISTÓTELES: *Ética nicomáquea...cit.*, pp. 262-263.

<sup>201</sup> Vid. D'AGOSTINO, Francesco: *Dimensioni dell'equità*, Giappichelli, Torino, 1977, p. 18, para quien, «la equidad comprende ser un hormigón en la estructura de la jurisdicción». Vid. RAWLS, John: *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*, 2. ed., Tecnos, Madrid, 1999, p. 18, apunta que, «la idea de equidad es la idea fundamental en el concepto de justicia». Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José: *La formulación judicial del derecho y el arbitrio de equidad*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, p. 155, dice que, «la equidad es una parte de la justicia o un desenvolvimiento suyo. Naciendo de ella llega a constituir una noción ideológicamente distinta, un elemento separado que histórica y periódicamente realiza la función de perfeccionar e integrar la justicia positiva, convirtiéndola en justicia *integral*».

<sup>202</sup> Vid. FROSINI, Vittorio: «L'equità nella teoria generale del diritto», en *L'equità: Convegni di Studio sui Problemi Attuali di Diritto e Procedura Civile* (Italia), A. Giuffrè, Milano, 1975, p. 8.



al de legalidad. Sin embargo, esta idea puede sufrir matizaciones, ya que la norma positiva puede presentar un resultado flagrantemente injusto, mismo para el sistema de normas de *ius strictum*. Así, una norma positiva es aplicable si, y solamente si, sus condiciones son satisfechas y su aplicación no es excluida por la razón motivadora de la propia regla o por la existencia de un principio que instituya una razón contraria suficiente. Es decir, la consideración de un aspecto individual del caso puede apartar la generalización legal, en nombre de un sentido razonable equitativo.

Desde luego, la equidad puede alegarse, en todo caso en que se pueda recurrir a los principios de Justicia, sea por mandato expreso de la ley, a falta de disposiciones positivas, sea para interpretarlas. Sin embargo, esta alegación debe conllevar a un objetivo impeditivo del resultado alcanzado por la aplicación ordinaria de la norma.

#### 1.1.2.2 La equidad y la buena fe como medios de reproche al aprovechamiento injusto de la Administración

Como hemos visto, anteriormente, la equidad, pues, es, más que una fuente de Derecho, un criterio hermenéutico, estableciéndose que hay circunstancias en que la justicia y el Derecho han de auxiliarse por medio de ella.

Sin embargo, José Luis VILLAR PALASÍ<sup>203</sup> señalaba que la Sentencia de 7 de octubre de 1901 estableció que la equidad no puede ser fundamento de los fallos de la jurisdicción contencioso-administrativa contra las resoluciones de la Administración activa dictada en estricta observancia de las disposiciones legales. La equidad sería, pues, evocable exclusivamente cuando la Administración obra discrecionalmente o cuando existe una laguna legal<sup>204</sup>.

Fundamentados en la equidad, hay una serie de principios generales no de integración, sino de superioridad al texto restricto de la Ley, como lo que estamos a estudiar: «es

---

<sup>203</sup> Vid. VILLAR PALASÍ, José Luis; Villar Ezcurra, José Luis: *Principios de derecho administrativo*, Tomo I, Introducción y teoría de las normas, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1982, p. 320.

<sup>204</sup> Vid. FERNANDEZ DE VELASCO, Recaredo: «La equidad en el Derecho administrativo español», *Revista de Derecho Público*, Madrid, n. 18, año 11, 1933. p. 167, indica que, «toda equidad es discrecional, desde luego no toda discrecionalidad es equitativa. Toda equidad es discrecional por surgir la posibilidad de su invocación en ausencia de ley. Pero aun entonces el principio de equidad es secundario, subordinado, en la Administración».

*naturalmente equitativo que nadie se enriquezca con perjuicio de otro*». El principio cabe aplicarlo también, sin precisión legal expresa, contra la Administración. Por ello, el Estado, por aplicación del enriquecimiento torticero, viene obligado, por ejemplo, al pago de las obras o servicios que sin consignación crediticia y por orden del agente administrativo se realizan; o en el caso de cobro de obligaciones ilegales, ya que lo contrario supondría un enriquecimiento injusto.

Este juego de ideas podemos añadir el principio de buena fe que se exige en la conducta o actuación administrativa. Para el Derecho público este principio funciona en la delimitación del *quantum* de derechos, deberes, obligaciones y cargas, como una de tantas formas o caminos por los que la Administración deber seguir para alcanzar los objetivos que les son inherentes.

Desde este punto de vista puede considerarse como un postulado ético, como fundado en la seguridad jurídica, o en el principio constitucional de la dignidad inatacable del hombre. No obstante, el auténtico fundamento del principio estriba en la estructura de la relación Estado-administrado, dentro del Estado de Derecho. El progresivo crecimiento de las órdenes de la Administración moderna, con nuevas finalidades y tareas de orden social, produce la creciente dependencia del ciudadano ante la Administración. Este aumento de dependencia, con la consiguiente pérdida de libertad sólo puede compensarse con la mayor aplicabilidad del principio de buena fe<sup>205</sup>.

La *aplicabilidad* del principio requiere: i) una situación de confianza, y de apariencia formal jurídica, motivada por conducta de la Administración; ii) una confianza del administrado en la consistencia jurídica del órgano administrativo, iii) el principio de buena fe no constituye un fin en sí, sino una protección a la apariencia jurídica<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> Vid. VILLAR PALASÍ, José Luis; Villar Ezcurra, José Luis: *Principios de derecho administrativo...cit.*, p. 322, añade que «si la ignorancia de las Leyes no excusa a los administrados, tampoco debe dispensar a la Administración, y es injusto que ésta, de su propio error inexcusable, haga derivar consecuencias procesales de claro perjuicio para el particular».

<sup>206</sup> Una consideración, sin embargo, hay que destacar en la *bona fides* administrativa: en la Administración, la buena fe se objetiviza en sentido teleológico. No hay por qué entrar en la investigación de la conciencia psicológica de sus agentes, sino que, dado el fin de interés general objetivamente plasmado en la relación, con arreglo a él hay que valorar el alcance objetivo de la buena fe en cada caso. Se deriva de ahí una consecuencia importante: *la buena fe administrativa debe mirar, sobre todo, al fin de interés general, más que al propio interés de la Administración*

En efecto, tanto el principio de equidad como de buena fe son valores jurídicos exigibles en el proceder de la Administración Pública. Ya que en la aplicación de la Ley ni siempre, posibilita el resultado de justicia material, pudiéndose traer efectos secundarios indeseados<sup>207</sup>. Así, la equidad y la justicia material son valores perseguidos en la aplicación y construcción del Derecho; son valores de rango superior que reprochan las actuaciones de los poderes públicos ilegales y, que se anudan, sin duda, la prohibición de enriquecimiento injusto.

En el Derecho público estos axiomas tienen un papel destacado, asegurándose la seguridad jurídica e imponiéndose un principio de justicia en las relaciones administrativas.

Por cierto, la materia del enriquecimiento injusto en el ámbito administrativo es vital, delante de la muchedumbre de oportunidades que hace falta su presencia, donde deben todas se ajustaren a reglas de equidad y prudencia, consultando en las cuestiones que se susciten la justicia<sup>208</sup>.

En todas las aéreas del Derecho estatal es propicio al desarrollo de una crisis del sistema. Y es más, ella se da con los dos principales elementos que conjuga la relación jurídica estatal: la autoridad del Estado y el ciudadano. Desde luego, el principio general de equidad adquiere especial relevancia, en los frecuentes los casos en que la Administración en una supuesta defensa de los intereses públicos, olvida o infringe abiertamente a los derechos de los administrados.

En el Derecho administrativo se rige la idea que los ciudadanos deben contribuir y soportar medidas equivalentes a su capacidad de aportación a las cargas públicas. Es un principio de justicia conmutativa, las cargas e inconvenientes de la Administración pública deben recaer sobre todos los administrados de una manera material y sensiblemente igual<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> Vid. ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 294, señala que, «Los principios de equidad y buena fe que deben presidir cualquier contratación cobran especial significado en la administrativa, como compensación a los poderes exorbitantes de que goza la Administración».

<sup>208</sup> Vid. SORIANO GARCÍA, José Eudenio: «Aplicación de la equidad en el Derecho Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 23, Madrid, 1979, p. 641.

<sup>209</sup> Vid. HAURIOU, Maurice: *Précis de droit administratif et de droit public...cit.*, p. 506.

El principio de las cargas públicas irradia sus efectos sobre todo en los aspectos patrimoniales. En cierta manera, podría decir que la equidad administrativa es lesionada cuando un acto o hecho administrativo afecta al particular de manera injusta y desigual; perjuicios desiguales sin justa causa violan la equidad y fundamentan el enriquecimiento sin causa<sup>210</sup>.

Resulta evidente que los enriquecimientos injustos de la Administración a costa de los administrados chocarían y supondrían una contribución desigual e injustificada del particular a las cargas públicas. Por esta vía, la equidad en conexión con la prohibición de enriquecimiento injusto encuentra un respaldo adicional en Derecho administrativo.

Si hay un enriquecimiento injusto de la Administración pública, hay una distribución desproporcional de las cargas públicas. En efecto, ésta recibiría un beneficio general a costa de alguno de sus miembros, lo que repugnaría a toda idea de justicia y equidad<sup>211</sup>.

De hecho, por razones de equidad y seguridad jurídica, unido todo ello al principio de solidaridad ante las cargas públicas impide que un particular o administrado realice un servicio, una actividad privada en beneficio del común, soportando a su cargo sus consecuencias con exclusividad.

### *1.2 Presupuestos del enriquecimiento injusto administrativo*

Los presupuestos para la aplicación del enriquecimiento injustos son: i) un enriquecimiento por parte del demandado, representado por la obtención de una ventaja patrimonial, que puede producirse por un aumento del patrimonio (*lucrum emergens*) o por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*); ii) un empobrecimiento por parte del actor, representado a su vez por un daño, que puede constituir *damnum emergens* (daño positivo) y *lucrum cessans* (lucro frustrado), del que haya sido consecuencia el enriquecimiento del demandado; iii) falta de causa que justifique el enriquecimiento; iv) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa. En el ámbito del Derecho administrativo la construcción dogmática del enriquecimiento injusto

---

<sup>210</sup> Vid. MAYER, Otto: *Derecho administrativo alemán...cit.*, pp. 226-227.

<sup>211</sup> Vid. BIELSA, Rafael: *Derecho administrativo y ciencia de la administración*. Legislación administrativa argentina. T. II, 2. ed., J. Lajouane & Cia., Buenos Aires, 1929, pp. 303-306.

no tiene, como hemos dicho, variaciones esenciales. Con razón, pues, la doctrina de Derecho administrativo acoge también aquí las mismas nociones de enriquecimiento, empobrecimiento, relación entre ellos (correlatividad entre el incremento y la disminución patrimonial) y ausencia de justificación o causa<sup>212</sup>.

### ***1.2.1 El primer supuesto para la aplicación de la institución del enriquecimiento injusto es el efectivo enriquecimiento del demandado, esto es, de la Administración pública***

El supuesto más general es el de *lucrum emergens* del patrimonio de la Administración pública. Es suficiente con que el enriquecimiento se concrete en una utilidad o provecho real o efectivo que aproveche el patrimonio de la Administración pública, sea éste de dominio público o incluso de bienes de propios. Debe advertirse que, junto a los supuestos de *lucrum emergens*, que, como hemos dicho, son los más frecuentes, no faltan los de *damnum cessans*.

Se afirma que para que pueda prosperar la acción la Administración debe reconocer la utilidad de las ventajas recibidas, aunque pueda bastar un reconocimiento de utilidad por *facta concludenda*, como utilización de las obras o servicios, etc<sup>213</sup>.

En efecto, no se puede considerar la efectividad del enriquecimiento administrativo como en el plan privado. Pero, la fuerza de darlo por sobreentendido ante cualquier prestación que reciba la Administración, ya constituye suficiente para la existencia de este requisito<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> Vid. VEDEL, Georges: *Derecho administrativo...cit.*, p. 218, donde afirma, «La acción de *in rem verso* supone cinco requisitos: el empobrecimiento del demandante, el enriquecimiento del demandado, un vínculo de causalidad entre empobrecimiento y enriquecimiento, la ausencia de justa causa y la ausencia de otras acciones a disposición del demandante. Esta acción conduce a condenar al enriquecido a reembolsar al empobrecido los gastos *útiles* que este ha expuesto, lo que, en otras palabras, reproduce la solución del Derecho civil según la cual el empobrecido tiene derecho al reembolso del más pequeño de ambos valores, enriquecimiento o empobrecimiento». Vid. FIORINI, Bartolome A.: *Manual de derecho administrativo...cit.*, p. 538, donde considera, «circunscripto el ámbito en que debe actuar el genérico enriquecimiento sin causa del derecho administrativo, puede sintetizarse: a) utilidad o servicio destacado; b) inexistencia compensatoria; c) falta de una causa jurídica; d) inexistencia de una expresa norma prohibitiva» Vid. CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: «Enriquecimiento injusto y sin causa»...*cit.*, p. 147; Vid. BONET, G.: *L'enrichissement sans causa: droit privé et droit public*, Librairies techniques, Paris, 1989, p. 22; Vid. BAYLE, Gabriel: *L'Enrichissement sans cause en Droit Administratif*, L. G. D. J., París, 1973, p. 144 y ss.

<sup>213</sup> Vid. FRATTOROLO, Vittorio: *L'azione di arricchimento nella giurisprudenza...cit.*, p. 266, advierte que, «no siempre el reconocimiento de la utilidad es necesario o pertinente para el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa, en algunos casos será admisible la demanda a pesar de la falta de una expresión explícita o implícita del aprovechamiento de la entidad pública. Así, por ejemplo, en los casos de pago de la deuda indebida, hay una adquisición o un incremento claro del derecho de propiedad de la administración pública». Igualmente, Vid. BARBIERA, Lelio: *L'ingiustificato arricchimento...cit.*, p. 293; Vid. GOFF, Robert, JONES, Gareth: *The law of restitution*, Sweet & Maxwell, London, 1966, p. 14 y ss.

### ***1.2.2 El segundo requisito es que se haya producido un empobrecimiento del actor***

Para que se dé tal empobrecimiento basta con que se produzca una pérdida pecuniariamente apreciable en su patrimonio, puede consistir en la subida de un valor de su patrimonio (por ejemplo, cosas entregadas o suministradas, cuyo precio no se ha recibido), o en la prestación de un servicio, o realización de un trabajo por el que no se ha recibido retribución, o en la no obtención de un lucro cierto y positivo. De esta forma no hace falta que el objeto haya formado parte del patrimonio empobrecido, bastando con que haya sido expectativa segura y legítima. La existencia real de este empobrecimiento fundamenta el derecho del actor al reembolso.

El efectivo y correlativo empobrecimiento del actor, que como vimos era discutido como presupuesto necesario en el Derecho civil, ha sido rotundamente confirmado como requisito por la jurisprudencia administrativa<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> A este respecto resultan especialmente reveladoras algunas sentencias en las que se condena a una Administración por enriquecimiento sin causa y, al mismo tiempo, le abren la posibilidad de una vía de regreso para que repitan contra quien realmente se haya enriquecido. Entre ellas, la STS de 20 de octubre de 1987 (Ar. 8677) nos ofrece el ejemplo más claro: un contratista de la Diputación reclamaba de ésta, entre otros conceptos, los gastos de conservación del edificio viejo de un colegio perteneciente a un Ayuntamiento; la Diputación entiende que tales gastos deberá pagarlos, en su caso, el Ayuntamiento al contratista, lo que se correspondería con el efectivo enriquecimiento municipal; pero el TS condena a la Diputación contratante por enriquecimiento sin causa y se limita a reconocer «las acciones de que la Diputación pudiera verse asistida para reclamar el reembolso del Ayuntamiento en lo que pudiera ser a su cargo». Muy similar es a este respecto la STS de 31 de diciembre de 1985 (Ar. 6408), que condena también a la Diputación contratante por enriquecimiento sin causa rechazando la excepción planteada por ésta en el sentido de que el enriquecido era un Ayuntamiento: la sentencia no niega este hecho, pero entiende que ha de responder la Diputación que contrató «sin perjuicio de poder repetir en su caso contra el Ayuntamiento». En definitiva, se condena invocando el enriquecimiento sin causa a la Administración que no había sido la efectivamente enriquecida. Y no es difícil ni exagerado aventurar que de esta forma el presupuesto del enriquecimiento se desvanece ante otro tipo de consideraciones. *Vid.* FIORINI, Bartolome A.: *Manual de derecho administrativo... cit.*, p. 537, señala que, «El principio del enriquecimiento sin causa en el derecho administrativo no acentúa el concepto privatista del empobrecimiento de un particular o sujeto frente al enriquecimiento de otro sujeto, pues la prueba material de esta circunstancia probatoriamente se presenta en forma muy difícil y hasta imposible. No se trata de un aumento directo y especial a un patrimonio, sino de un beneficio que recibe la administración pública, que produce bien a la colectividad en los intereses primarios, o a sus elementos instrumentales de interés secundario».

<sup>215</sup> SSTs de 11, 12, 16 y 26 de noviembre de 1982 (Ar. 7255, 7263, 7268 y 7340), 26 de enero y 2 de marzo de 1983 (Ar. 365 y 1366), donde el enriquecimiento del SENPA por haber vendido por precio superior al reglamentario los cereales panificables a las empresas harineras: como quiera que se supone que esas empresas harineras repercutieron el exceso de precio sobre los consumidores, no se produjo empobrecimiento de las actoras, por lo que su acción fue desestimada. Pese a ello, no puede dejar de reconocerse el sentido amplísimo en que se entiende esta exigencia de empobrecimiento, exactamente igual que en Derecho privado y, quizá, más por la imprecisa e insuficiente separación del pago de lo indebido.

### ***1.2.3 El tercer requisito es la existencia de una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento de ambos patrimonios***

La relación de causalidad debe ser probada por el actor. El único problema que se plantea en relación con este requisito es la admisión de «desplazamientos indirectos», esto es, a través del patrimonio de un tercero que relaciona el patrimonio empobrecido del actor con el enriquecimiento del demandado, la Administración en nuestro caso<sup>216</sup>.

### ***1.2.4 El cuarto requisito es la falta de causa del enriquecimiento y correlativo empobrecimiento patrimonial***

Por lo que se refiere a la ausencia de causa o justificación, la jurisprudencia administrativa se muestra aún más imprecisa que la civil y deja sentir intensamente la falta de un criterio único sobre su significado.

Para que la pretensión de enriquecimiento injusto prospere es preciso que se trate de un enriquecimiento sin razón o que haya una falta de derecho o de justicia para que el enriquecimiento se produzca. Es preciso, pues, que el empobrecimiento del actor y correlativo enriquecimiento de la Administración pública no derive de una obligación o carga legal que pese sobre el demandante, ni del cumplimiento de prestaciones amparadas por una relación jurídica concreta, contractual o no. En estos supuestos, las operaciones que subyacen en la teoría del enriquecimiento se regulan por la propia Ley o por el negocio concreto de que se trate, y no cabe entender aplicable la acción por enriquecimiento injusto.

Para nosotros, la falta de causa o justificación del enriquecimiento se conectaba con los valores de equidad y justicia conmutativa. Si pone de relieve, una vez más, la necesidad de descender de las más abstractas y genéricas consideraciones del enriquecimiento sin causa a

---

<sup>216</sup> Vid. REBOLLO PUIG, Manuel: *El enriquecimiento injusto de la administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 171, afirma que, «La misma suerte corre el requisito de la relación entre el empobrecimiento y enriquecimiento, lo que, según creo, aparece también diluido por la interferencia imprecisa de ideas provenientes de la *negotiorum gestio*. En ésta hay que indemnizar al gestor los gastos y perjuicios sufridos en el desempeño de su cargo (art. 1.893 CC) si la gestión es útil al *dominus negotii*; pero no hay una correlación exacta entre los gastos y perjuicios de uno y la utilidad del otro, ni desde luego hay necesariamente una transferencia patrimonial del gestor al *dominus*. Ya nos consta cómo el enriquecimiento sin causa se desarrolló en la doctrina administrativa como una alternativa a la gestión de negocios y sin lograr siempre su plena autonomía conceptual. Esto se deja sentir en nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa que, como veremos después con detenimiento, hace surgir una *actio in rem verso* de unos hechos a los que confusamente configura como gestión de negocios de la Administración. De esta forma, no acaba de perfilarse la correlación entre enriquecimiento y empobrecimiento propia de la *condictio*, pero, como se comprenderá, la solución a ello exige previamente una distinción más clara con la *actio negotiorum gestorum contraria*».

las de sus tipos y, eventualmente, a las de sus diversas manifestaciones en los diferentes sectores o formas de actividad administrativa, porque será ahí, en esos terrenos más reducidos y con mayor homogeneidad, donde puedan plantearse en términos adecuados las exigencias de la equidad y las de otros valores actuando en la misma o contraria dirección; es sólo así que podrán detectarse las verdaderas exigencias de adaptación del enriquecimiento injusto al Derecho administrativo y el auténtico significado de la falta de justificación del enriquecimiento administrativo. Así, la falta de causa legal puede estar en la omisión de una norma positiva de ejecución, como también en la violación de una norma, pues en cualquiera de los dos casos hay falta de causa jurídica normativa vinculante.

### *1.3 Los supuestos del enriquecimiento injusto administrativo*

En general, la doctrina administrativa tiene considerado que los supuestos de la gestión de negocios ajenos y el pago de lo indebido merecen una consideración especial por materializaren el enriquecimiento sin causa de la Administración pública<sup>217</sup>. Sin embargo, ya afirmamos, anteriormente, que el instituto del enriquecimiento sin causa no se confunde con lo de gestión de negocios ajenos, lo que pasa es que en algunas situaciones de gestión puede producir efectos de enriquecimiento para la Administración, pero, esto no significa que sean institutos idénticos o que sean género (enriquecimiento sin causa) y especie (gestión de negocios ajenos). así pues, el pago indebido, es, por excelencia, un supuesto concreto del enriquecimiento ilegítimo de la Administración, ya que se encaja en todos los presupuestos del enriquecimiento sin causa<sup>218</sup>. Empero, creemos que esta discusión no resulta importante,

---

<sup>217</sup> Vid. GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de derecho administrativo*, V. 2, 5. ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974, pp. 12-13, donde señala que, «la doctrina parece haber evolucionado notablemente en esta materia. Con anterioridad a 1895 la mayoría de los autores, así como la jurisprudencia están de acuerdo en que las reglas de la *negotiorum gestio* son aplicables tanto a los particulares como a los entes públicos. Bien es cierto que, con respecto a estos últimos, se hacían algunas objeciones (imposibilidad de la presunción del consentimiento del *dominus*; la existencia para los entes administrativos de un derecho especial que requieren normas específicas e impone especiales representaciones; la incompetencia de la autoridad judicial para constatar la utilidad de la gestión realizada, etc.); pero a todas ellas respondió satisfactoriamente BRONDI en una notable monografía que se publicó justamente en dicho año. BRONDI demuestra, además, que el propio Derecho romano conocía de gestiones realizadas a favor de un *dominus* no persona física, con lo que, de esta forma, quedaba la puerta abierta a la aplicación de la teoría a las entidades administrativas». Vid. LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe: *Manuale di diritto amministrativo*, 7. ed., Giuffrè, Milano, 1983, pp. 186-187.

<sup>218</sup> Vid. MAYER, Otto: *Derecho administrativo alemán*. Tomo IV, parte especial, Las obligaciones especiales: (servicio del Estado ...), Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 216, en que considera, «el ejemplo más importante en derecho civil son las acciones por restitución en virtud del enriquecimiento sin causa. La obligación de indemnizar que incumbe al Estado, y de la cual hablamos aquí, no es más que la correspondiente de esta institución en la esfera del derecho público».



lo que es decisivo es conocer en que soportes podemos señalar que hubo un enriquecimiento injusto por parte de la Administración pública.

Fernández de VELASCO<sup>219</sup> predicaba la aplicación del principio de enriquecimiento injusto en dos situaciones. En primer lugar, al analizar los distintos casos de funcionarios de hecho, afirmaba que en cualquiera de estas hipótesis, el individuo puede reclamar la indemnización correspondiente en razón al enriquecimiento procurado a la Administración. En segundo lugar, admite la posibilidad del llamado gestor administrativo oficioso: lo hace, es cierto, con muchas limitaciones y cautelas, pero allí donde lo acepta entiende que si el acto tiene un contenido económico que representa un enriquecimiento para la Administración, puede el gestor reclamar una indemnización por el enriquecimiento procurado.

Carlos GARCÍA OVIEDO<sup>220</sup>, estima que, al menos en los casos de funciones abandonadas (por invasión de tropas extranjeras, insurrección, etc.), en que la causa pública habría de padecer gravemente si los particulares espontáneamente no ocupasen los oficios abandonados, esta gestión es posible y lícita y el Estado debe en la medida... requerida por la utilidad, legitimar los actos requeridos por los particulares que asumieron funciones públicas, resarciéndoles los gastos e indemnizándoles los perjuicios sufridos por la gestión.

Sabino ALVÁREZ GENDÍN<sup>221</sup> señala que surgen obligaciones administrativas nacidas de gestión de negocios de la Administración, y llevadas a cabo por sus funcionarios sin atribuciones para ello, cuando hay un enriquecimiento para ésta y hay consentimiento tácito por parte de los órganos competentes para obligarse. Lo mismo admite respecto al contratista que hubiera recibido órdenes para ejecutar obras de un arquitecto municipal sin poder para ello: “la Administración municipal, una vez realizada la obra y enriquecido el patrimonio público, debe indemnizar....”. Además, rechaza sobre las posibles objeciones presupuestarias que puedan embargar la indemnización a los particulares, afirmando simplemente que, como en todos los litigios sobre derechos de los particulares frente a la Administración, si ésta resulta condenada, no pagará si no tiene consignación en su presupuesto de gastos; pero

---

<sup>219</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, Recaredo: *Resumen de derecho administrativo y de ciencia de la administración*, Tipografía de J. Sánchez, Murcia, 1920, tomo I, pp. 323/333.

<sup>220</sup> Vid. GARCÍA OVIEDO, Carlos: *Derecho administrativo*, 9. ed., E.I.S.A., Madrid, 1968, pp. 728-729.

<sup>221</sup> Vid. ALVAREZ-GENDIN, Sabino: *Tratado general de derecho administrativo*, tomo, I, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 357-358/ 522.

vendrá obligada a consignar la cantidad correspondiente en un presupuesto extraordinario o en una habilitación o un suplemento de crédito, o mediante una transferencia de crédito que va a utilizarse en el curso del año.

A pesar de que la idea primaria del enriquecimiento injusto esté asociada a la gestión de los negocios administrativos, ésta no es suficiente para fundamentar las nuevas situaciones en que la Administración, de manera injusta, beneficiarse económicamente del patrimonio o de los servicios prestados por particulares.

Entonces, se supera la *negotiorum gestio* cambiando el fundamento por el de la *actio de in rem verso* y condicionándola a que la utilidad sea admitida expresa o tácitamente por la Administración. El incremento patrimonial indebido, ahora, puede tener origen como consecuencia de una nulidad. Los actos administrativos vinculan la Administración mismo cuando nulos, pudiendo resultar dañoso al ciudadano y benéfico al Estado<sup>222</sup>.

Así, la institución del enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones administrativas, en que el Derecho público, en especial en el Derecho administrativo, en el proceso de su desarrollo, ha obtenido del Derecho civil para su trato con los particulares, la estructura del derecho de obligaciones.

A pesar, de su tímida aplicación inicial, el principio de enriquecimiento injusto fue desarrollándose en diversas hipótesis jurídicas a fin de prevenir o evitar sus efectos contra los particulares. Desde luego, aparecen para evitar enriquecimientos injustificados de la Administración en una serie de aplicaciones o modulaciones del derecho de propiedad, junto a expropiación forzosa, y en especial, junto al Derecho fiscal. Por eso, el enriquecimiento injusto en Derecho administrativo no sigue un modelo o concepto teórico único y definitivo. El enriquecimiento injusto debe ser concebido como principio general del Derecho, susceptible de aplicación en las más variadas relaciones jurídico-administrativas<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> Vid. GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de derecho administrativo...cit.*, p. 15.

<sup>223</sup> Vid. REBOLLO PUIG, Manuel: *El enriquecimiento injusto de la administración pública...cit.*, p. 168, quien indica que, «lo cierto que el enriquecimiento sin causa se presenta en Derecho administrativo con modalidades muy distintas entre sí y ante actuaciones administrativas igualmente diversas. Es dudoso en qué medida todo ello es reconducible a unas mismas categorías generales, y lo cierto es que la jurisprudencia administrativa sólo ha logrado, si acaso, una doctrina más o menos uniforme ante un mismo tipo o manifestación del enriquecimiento. Particularmente lo ha hecho ante el enriquecimiento producido con ocasión de contratos administrativos. Pero incluso en ese ámbito reducido no dejan de observarse diferencias notables entre los supuestos de contratos nulos

### 1.3.1 La gestión de negocios a favor de un ente administrativo y el enriquecimiento injusto

El Derecho privado encuadra aquellos casos en que un particular gestiona sin mandato los asuntos de un tercero en la figura jurídica de la *negotiorum gestio*. Cabe pensar en la hipótesis de que el tercero beneficiado por la gestión sea una entidad administrativa, lo que plantea el problema del valor de los actos del gestor oficioso, así como el de los derechos de crédito que surjan a su favor en resarcimiento de los gastos que haya realizado<sup>224</sup>.

Y, además, lógicamente, pues, si se admite la personalidad de los entes administrativos en el campo del Derecho privado, la aplicabilidad de los mismos de instituciones de tal rama del Derecho deriva como indudable, por regla general. Sin embargo, la aplicabilidad de la institución tiene sus propias limitaciones<sup>225</sup>. Así, una sustitución por el particular de los órganos normales de un ente administrativo en cuanto concierne a funciones de orden público, no sería imaginable.

No obstante, una parte de la doctrina negaba al gestor la posibilidad de cualquier acción contra el ente administrativo basada en la gestión realizada. La única solución era obtener una aprobación posterior al gasto por la autoridad competente. Esta doctrina apoyaba su opinión en que era principio fundamental de la organización financiera de los poderes del Estado

---

pero ejecutados y, por ejemplo, las prestaciones superiores a las realmente pactadas. Si salimos de ese campo contractual, las diferencias aumentan y el enriquecimiento sin causa, que eventualmente se aplica en el terreno de las relaciones de empleo público, en el de la utilización administrativa de bienes ajenos o por mejoras realizadas por terceros sobre bienes públicos..., muestran rasgos peculiares y hacen desvanecerse algunos de los que en otros sectores parecían esenciales. De esta forma, las adaptaciones y modulaciones del enriquecimiento sin causa en el Derecho administrativo se van produciendo de manera desigual para cada uno de sus sectores o manifestaciones del enriquecimiento».

<sup>224</sup> Vid. HAURIOU, Maurice: *Précis de droit administratif et de droit public*, 12. ed., Dalloz, Paris, 2004, pp. 344-345, se refiere a los siguientes supuestos en que sería aplicable la teoría de la *negotiorum gestio*: «1.º Un particular que hace un gasto útil a una Administración pública. 2.º Una autoridad administrativa que realiza un gasto para el que no estaba autorizada. 3. Un alcalde que dispone de una suma de dinero de la caja municipal y lo emplea en forma útil al Municipio. 4.º Una autoridad de tutela que sobrepasando sus poderes ordena a una autoridad administrativa inferior la continuación de una obra con el consiguiente gasto». Por su parte, Vid. JELLINEK, Walter: *Verwaltungsrecht*, 3. ed., Julius Springer, Berlin, 1931, p. 239, pone los siguientes ejemplos: «una Caja administrativa no tiene momentáneamente los fondos necesarios para pagar a sus funcionarios, y, para subsanar tan apremiante necesidad, un particular adelanta dichas pagas de su peculio particular; o un Ayuntamiento está obligado a proporcionar vivienda en condiciones de habitabilidad al maestro de escuela, pero comenzado el invierno faltan las estufas, y entonces el maestro manda colocarlas particularmente, etc».

<sup>225</sup> Vid. ROMANO, Santi: *Principii di diritto amministrativo...cit.*, p. 603, señala que, «pasando por las obligaciones contractuales a las que se incluyen comúnmente la figura de la gestión de negocios ajenos. Es este un tema donde más se revela el vínculo íntimo que intercede entre la calidad subjetiva del derecho público y derecho privado corresponde a los órganos de la Administración».

moderno, que no podrían existir otros gastos públicos que aquellos que han sido regularmente votados y autorizados. Los representantes de los servicios públicos son, además, los únicos autorizados para decidir si un gasto es útil y oportuno. En todo caso, los Tribunales podrían teóricamente apreciar la utilidad; pero nunca estarían capacitados para decidirse sobre la oportunidad del gasto<sup>226</sup>.

Por otra parte, se veía que la aceptación de la *negotiorum gestio* en favor de la Administración era un grave peligro para las reglas sobre competencia y sobre formalidades de la actuación administrativa con daño para el funcionamiento de los servicios públicos que se verían perturbados con indeseables injerencias de los particulares<sup>227</sup>.

Para hacer frente a este razonamiento, se admitió, en cambio, la posibilidad de ejercicio de una acción *in rem verso* con base en el enriquecimiento experimentado por el patrimonio del ente administrativo. Este cambio de fundamento teórico tiene, además, un evidente alcance práctico: mientras que la acción nacida de la gestión de negocios se basa en la gestión útilmente realizada, prescindiendo del efecto conseguido, la acción por enriquecimiento injusto se basa únicamente en tal efecto, por lo que solamente puede prosperar si se demuestra el beneficio patrimonial experimentado por el ente administrativo<sup>228</sup>.

Estas objeciones fueron superadas por abandono de sus presupuestos teóricos, relativas a la hipotética incompatibilidad entre enriquecimiento sin causa o *negotiorum gestio* y los principios de ejecución presupuestaria.

---

<sup>226</sup> Las reglas de protección de la Hacienda pública, en particular la de previsión y autorización de todos los gastos públicos, en virtud de la cual ningún compromiso válido puede haber si no es imputable a un crédito votado y sólo proceden los pagos en virtud de previa aprobación, regla que, condujo directamente a negar un derecho de restitución al gestor espontáneo de los negocios administrativos o a quien de cualquier forma hubiera enriquecido a la Administración en detrimento propio y sin causa.

<sup>227</sup> Vid. TROLLEY, M. A.: *Cours de droit administratif*, Tomo I, G. Thorel, Joubert, Paris, 1844, p. 383.

<sup>228</sup> Vid. ZANOBINI, Guido, *Corso di diritto amministrativo...cit.*, pp. 191-192, el profesor italiano señalaba, «para el enriquecimiento injusto de la Administración, basándose en el principio general *nemo locupletari potest aliena jactura*. La aplicación del enriquecimiento injusto, facilitada por su consagración en el Código, es necesaria para resolver los problemas en que la Administración obtiene una ventaja injusta, en detrimento al patrimonio de los particulares». También Vittorio Emanuele Orlando aceptaba la *actio de in rem verso* contra la Administración, argumentando contra los supuestos obstáculos presupuestarios. Pero, sobre todo, la aprobación de un nuevo Código Civil en 1942, con proclamación y regulación del enriquecimiento injusto, clarificaba y reforzaba esa posibilidad de la que se sirvió ya frecuentemente la jurisprudencia para resolver las dificultades de la *negotiorum gestio* administrativa, Vid. ORLANDO, Vittorio Emanuele: *Principii di diritto amministrativo*, G. Barbèra, Firenze, 1952, p. 458. Igualmente, Vid. MESSINEO, Francesco: *Manual de derecho civil y comercial...cit.*, p. 465.

La doctrina distinguió las reglas de protección de la hacienda pública de aquéllas por las cuales se compromete la responsabilidad de la Administración de manera que las primeras no son infringidas por el hecho de que, al borde de los gastos votados y autorizados, nazcan obligaciones administrativas de indemnizar o restituir.

Maurice HAURIOU<sup>229</sup> explica que las dudas (sobre la aplicación de la gestión de negocios al Derecho administrativo) provienen, en parte, de un lío entre las deudas administrativas y los gastos públicos; es claro que el compromiso que resulta de la gestión de negocios, produciéndose fuera de las reglas de la contabilidad, no podría presentarse de plano como un gasto público, pero es fuente de deuda, pues las deudas pueden nacer perfectamente fuera de presupuesto y, a continuación, transformarse en gastos.

Por último, queda la cuestión relativa a saber si la obligación de resarcimiento debe de considerarse como jurídico-administrativa o jurídico-privada. Frente a la tesis que ve aquí una pura relación de Derecho privado<sup>230</sup>, cabe hacer una objeción fundamental: el mecanismo de que antes se había hablado (gestión de negocios ajenos) no puede llegar hasta convertir en jurídico-privada una cuestión que por su objeto o materia afecte al Derecho público. En todo caso estaremos aquí en presencia de aplicación de normas jurídico-privadas a relaciones administrativas, por lo que la jurisdicción contencioso-administrativa seguiría siendo, en caso de litigio, la competente<sup>231</sup>.

### **1.3.2 El pago de lo indebido**

Según el art. 1.895 del Código civil español, «*cuando se reciba alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla*». No hay ningún inconveniente en admitir que este principio sea

---

<sup>229</sup> Vid. HAURIOU, Maurice: *Précis de droit administratif et de droit public...cit.*, pp. 475-476.

<sup>230</sup> Vid. JELLINEK, Walter: *Verwaltungsrecht...cit.*, p. 240, predica que «existe un principio de Derecho natural según el cual nadie puede enriquecerse a costa de otro sin base jurídica, principio que resulta aplicable también a las relaciones de los particulares con el Estado. Pero ese principio lo concreta prácticamente en lo que al Derecho público se refiere en algo similar a la *condictio indebiti*, ya que el principio de legalidad de la Administración, por el que ninguna prestación se debe al Estado salvo que esté establecida con base en la Ley, justifica esta pretensión de reembolso para quien ha pagado erróneamente, mientras que sus restantes manifestaciones las identifica más bien con la gestión de negocios ajenos ante la que, para los casos en que admite una acción del gestor, la considera sometida al Derecho civil y no al Derecho administrativo, pues, no se trata de una aplicación matizada o razonada del Derecho civil a relaciones jurídico-administrativas, sino de una aplicación directa e inmediata del Derecho civil».

<sup>231</sup> Vid. GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de derecho administrativo...cit.*, p. 17.

aplicable tanto a las relaciones entre particulares, como a aquellas en que intervienen entidades administrativas. En definitiva se trata de una exigencia que postula la propia teoría del «enriquecimiento injusto». Y uno y otro supuesto son, en definitiva, reconducibles, desde otra perspectiva, a una hipótesis de nulidad absoluta, por falta de causa, del acto determinante del enriquecimiento indebido, de donde consiguientemente deben ser restituidas las cosas al estado en que anteriormente se encontraban.

Ahora bien, la aplicación de esta doctrina al Derecho administrativo presenta peculiaridades notables que han de ser examinadas distinguiendo según se trate de pagos indebidos realizados por entidades públicas a particulares, o, viceversa, por particulares a entidades públicas.

#### 1.3.2.1 Pagos indebidos realizados por entidades administrativas

La rigurosa protección que el ordenamiento jurídico positivo dispensa a los caudales públicos se manifiesta muy especialmente en pagos indebidos. Ahora bien, interesa determinar si el régimen de los pagos administrativos *indebidos* es aplicable en cualquier caso de un pago administrativo *ilegal*. Está claro, desde luego, que no se trata de dos conceptos equivalentes. El pago indebido es un pago sin causa jurídica, es decir, que el acreedor (que no lo es) no tiene declarado un derecho a cobrar; mientras que el pago ilegal puede ser un pago *debido*, pero realizado a espaldas de la rigurosa normativa procedimental que traba la acción administrativa en esta materia<sup>232</sup>.

La ilegalidad ha de ser declarada en la forma pertinente, ya que a la Administración le está prohibido iniciar ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico. Una vez cumplido este requisito previo, no hay inconveniente en admitir el carácter administrativo del procedimiento de reintegro.

---

<sup>232</sup> Por ejemplo, el pago que se hubiese realizado al contratista de una obra pública, siendo el contrato nulo de pleno derecho. La doctrina está de acuerdo en enjuiciar con toda severidad estos pagos ilegales. Vid. GONZÁLEZ NIETO, «Los pagos ilegales en las entidades locales», *Revista de Estudios de la vida local*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, n. 105, mayo-junio 1959, p. 324, afirma que «el pago ilegal introduce la confusión y el desorden en la contabilidad, que no puede cumplir así su misión fundamental de servir de información y de control de la gestión económica local; con él se pueden encubrir los mayores fraudes y engaños en detrimento de los intereses públicos; aunque muchas veces no encierre en realidad ninguna ilicitud de fondo, levanta siempre justificadas suspicacias, recelos y críticas en los administrados; crea un clima de indisciplina, de falta de respeto a la Ley, tanto más censurable cuanto que proviene de la actuación de autoridades y funcionarios encargados muy especialmente de velar por su cumplimiento».

### 1.3.2.2 Pagos indebidos a la Administración

Puesto que el principio que se contiene en el artículo 1.895 del Código civil es de aplicación general, también afecta a los pagos realizados indebidamente, a una entidad administrativa por particulares (o por otra Administración): la obligación de restituir surge de ellos<sup>233</sup>.

Una aplicación concreta de este supuesto (que será mejor estudiada adelante) es la regla que permite a los contribuyentes no pagar impuestos considerados ilegales o erróneos por orden judicial.

### *1.4 Sobre la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento en Derecho administrativo*

Con mayor motivo, igual remisión al estudio posterior de las diversas modalidades de enriquecimiento y a sus relaciones con cada una de las demás fuentes de obligaciones administrativas hay que realizar en cuanto a la subsidiariedad de la *actio de in rem verso*.

Tal subsidiariedad fue inicialmente reconocida por la jurisprudencia<sup>234</sup> y doctrina administrativas<sup>235</sup>, pero hoy no cabe reconocerla como característica esencial. Similar evolución se ha producido en el Derecho administrativo francés donde, ante la diversidad de soluciones del Consejo de Estado, la doctrina discute si la subsidiariedad puede continuar predicándose de la *actio de in rem verso*<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> Vid. REUTER, Dieter; MARTINEK, Michael: *Ungerechtfertigte Bereicherung*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1983, p. 801 y ss, donde indican que «las prestaciones pecuniarias indebidas a poder pública señala una un derecho de devolución, mismo que éste tenga una naturaleza propia, pero que se puede utilizar las normas de derecho privado para las lagunas existentes en el derecho público».

<sup>234</sup> SSTs de 11 de febrero de 1967 (Ar. 980) y 5 de noviembre de 1968 (Ar. 4908); todavía deja sentir sus efectos en SSTs posteriores como las de 12 de junio de 1984 (Ar. 3463) y 21 de enero de 1985 (Ar. 249).

<sup>235</sup> Vid. COSCULLUELA MONTANER, Luis: «Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el derecho administrativo», *Revista de administración pública*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, n. 84, 1977, pp. 196-198. En el mismo sentido, Vid. SANDULLI, Aldo M.: *Manuale di diritto amministrativo*, 12. ed., E. Jovene, Napoli, 1974, p. 133, el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa en el derecho italiano, refleja la opción legislativa expresa en el art. 2.042 del Código Civil italiano de 1942.

<sup>236</sup> Vid. BONET, G.: *L'enrichissement sans cause...cit.*, p. 227; Vid. BAYLE, Gabriel: *L'Enrichissement sans cause...cit.*, p. 168 y ss.

En realidad, la dificultad comienza por determinar exactamente qué deba entenderse por subsidiariedad, a lo que hay que añadir que la acción de enriquecimiento guarda con otras que hacen valer diversas obligaciones relaciones diferentes; desde luego hoy, con toda seguridad, no cabe afirmar que la *actio de in rem verso* sea subsidiaria de cualquier otra que confiera el Derecho administrativo: habrá que distinguir según la conectemos con las derivadas de una hipotética gestión de negocios administrativos, con un cobro de lo indebido por la Administración, con la acción para reclamar indemnización por responsabilidad extracontractual, y en ese panorama la idea de subsidiariedad no logra explicar la realidad y más bien se presenta como un obstáculo para su comprensión general.

### **PARTE III**

#### *1.1 El enriquecimiento injusto en Derecho tributario*

##### *1.1.1 Generalizada admisión de la *condictio indebiti* como supuesto del enriquecimiento injusto en el Derecho tributario*

En principio, es innegable que la Administración tributaria y el obligado tributario están centrados en posiciones contrapuestas de poder público y de subordinado. La autoridad emite actos con contenidos financieros que deben ser obedecidos por el obligado tributario.

Precisamente en el Derecho tributario, parece conveniente una protección jurídica muy amplia. Y es que en la imposición tributaria vemos en juego la potestad más importante de intervención del Estado en el patrimonio de los destinatarios de la norma. Además, es necesario tener en cuenta en este contexto la generalidad de la imposición. El número desorbitado de supuestos tributarios, hace necesario revestir toda la posición jurídica del obligado tributario con mecanismos de protección y de defensa.

Desde luego, el axioma de que ninguna persona puede enriquecerse injustamente en perjuicio de otro es un supraconcepto que resulta en un principio general del Derecho, de fuertes raíces en la conciencia social y, que actúa como parámetro de comportamiento. Su objetivo es reajustar los desequilibrios patrimoniales no justificados por lo que, normalmente, se resolverá en la atribución de un derecho a la devolución del indebido a favor del *solvens indebiti*<sup>237</sup>. Así, no se puede hablar de un principio general del Derecho que imponga la

---

<sup>237</sup> Vid. TESAURO, Francesco: *Il rimborso dell'imposta*, Editrice Torinese, Torino, 1975, pp. 11-12; Vid. HENSEL, Albert: *Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 368; Vid. GONZÁLEZ GARCÍA,



revisión de todos los lucros obtenidos, de todos los enriquecimientos recibidos. La revisión sólo se produce en algunos casos en que se valora como digno de tutela el interés del demandante de la restitución y se desprotege el interés del demandado. Surge así, la necesidad de averiguar la posible aplicación de este principio de protección al patrimonio en el ámbito del Derecho tributario.

La posibilidad de uso de la *condictio indebiti* contra la Administración pública es algo que no se puede negar, además su plena aplicación en el ámbito fiscal, donde no hay ninguna objeción a su eficacia. La relación jurídico-tributaria permite el nacimiento de un crédito a favor del acreedor tributario, es decir, del Estado. Como consecuencia de las relaciones entre acreedor y deudor tributario puede ocurrir, y no de forma ocasional, que el primero reciba más de lo que corresponde a su crédito tributario. Conforme a los principios del Estado de Derecho el acreedor tributario debe estar obligado a devolver el exceso de prestación al deudor tributario. Conforme a este presupuesto (igual pero inverso al caso principal) al deudor tributario le corresponde un crédito frente al acreedor que, de forma unitaria, conocemos como derecho a la devolución.

No puede el Estado cobrarle a los contribuyentes tributos por encima de los previstos en la ley vigente, ni siquiera a pretexto de que en el supuesto que ello ocurra resulta ser el producto de un error que no quiso ni buscó, y mucho menos cuando el Estado, persigue ese enriquecimiento adoptando una ley que prohíbe la devolución del pago indebido por error. Un tributo distinto al legalmente previsto no se permite evitar el enriquecimiento sin causa. Y ese enriquecimiento vulnera igualmente el derecho de propiedad del contribuyente, que es salvaguardado desde luego por la Constitución, pues afecta su patrimonio al menos en la misma proporción en que el Estado se enriquece, enriquecimiento que resulta ilícito aún que con motivo de un error del sujeto pasivo.

Incluso existe, en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos<sup>238</sup>, una consagración legal expresa para ingresos tributarios, así como un desarrollo reglamentario que lo reconoce

---

Eusebio: «Ingresos indebidos y pago de intereses por el Estado», *Memoria de la Asociación Española de Derecho Financiero de 1978*, Madrid, 1980, p. 440; Vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Dos estudios...cit.*, pp. 35 y ss. Vid. VIRGO, Graham: *The principles of the law of restitution*, 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 3 y ss.

<sup>238</sup> En España, la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), dice: Artículo 32. Devolución de ingresos indebidos. 1. La Administración tributaria devolverá a los obligados tributarios, a los sujetos infractores

con mayor amplitud<sup>239</sup>. Nuestro interés, por tanto, se centrará únicamente en la función que pueda corresponderle y en su relación con el enriquecimiento sin causa.

### 1.2 Régimen en materia de tributos

El principio de enriquecimiento injusto o sin causa tuvo, en general, una construcción básicamente jurisprudencial<sup>240</sup>, resultando en tres significaciones distintas: como un principio ético, como aplicación de la equidad o como desplazamiento patrimonial privado de causa. Será objeto de estudio del presente trabajo solamente el último significado y su aplicación en relación al pago de la deuda tributaria.

La dificultad especial que el enriquecimiento injusto afronta en su aplicación en el Derecho tributario es por su propia carga moral equitativa. Es decir, su modulación de equidad entendido como el recurso a fórmulas de justicia conforme lo que es bueno y justo (*ex bono et aequo*), no es bastante suficiente para conformarse con la legalidad estricta a que está sometida la Administración tributaria.

Sin embargo, no estamos rechazando, por completo, la posible existencia de una equidad tributaria. Esa ha sido admitida como un mecanismo aplicable en los supuestos en que, siendo injusta e inequitativa la tributación, procede adecuar ésta a las circunstancias del caso<sup>241</sup>. Así entendida, la equidad constituye una técnica jurídica que, ateniéndose a las

---

o a los sucesores de unos y otros, los ingresos que indebidamente se hubieran realizado en el Tesoro Público con ocasión del cumplimiento de sus obligaciones tributarias o del pago de sanciones, conforme a lo establecido en el artículo 221 de esta Ley. Más adelante, afirma: Artículo 221. Procedimiento para la devolución de ingresos indebidos. 1. El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos se iniciará de oficio o a instancia del interesado, en los siguientes supuestos: a. Cuando se haya producido una duplicidad en el pago de deudas tributarias o sanciones. B. Cuando la cantidad pagada haya sido superior al importe a ingresar resultante de un acto administrativo o de una autoliquidación. C. Cuando se hayan ingresado cantidades correspondientes a deudas o sanciones tributarias después de haber transcurrido los plazos de prescripción. D. Cuando así lo establezca la normativa tributaria.

<sup>239</sup> Sin embargo, mismo que no hubiera una previsión en la Ley tributaria, se podría utilizar, como fundamento legal el artículo 1.895 CC, según «cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla». Como acabamos de decir, siempre se ha aceptado que esta acción de repetición de lo pagado sin causa que vale también para la Administración, tanto a su favor como en su contra. Aunque lo que aquí nos ocupa impone especial consideración de las obligaciones de la Administración, no de sus derechos a la devolución por el particular.

<sup>240</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Estudios de derecho privado, común y foral...cit.*, p. 305; Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: José Antonio, *El enriquecimiento sin causa...cit.*, pp. 11 y ss.

<sup>241</sup> Vid. DE LA HUCHA CELADOR, F.: «Algunas consideraciones sobre la aplicación de la equidad en el Derecho tributario», *Impuestos-La ley*, t. I, 1987, p. 822, con digna sabiduría señala, «A nuestro juicio, el que, a

circunstancias del caso, permite una aplicación flexible de la ley, por lo que se puede decir que es un auxiliar en la labor interpretativa de la norma escrita<sup>242</sup>. Así, en estos supuestos la equidad constituye una técnica, a través de la cual el juzgador tendrá que acudir a un principio general del Derecho, no siendo sino la aplicación de los principios generales, no olvidándose de su función fundamentadora de las normas positivas<sup>243</sup>.

De esta manera, si no bastaran argumentaciones más abstractas, un principio general de devolución por la Administración del cobro de lo indebido de tributos se deduciría inequívocamente de estas normas de la Ley General Tributaria. En consecuencia, no es necesario en cada caso un reconocimiento normativo particular del derecho a la devolución o una proclamación de la acción de repetición, sino que compruebe el carácter indebido del pago realizado, en favor de la Administración para que así, aparezca aquel derecho y esta acción. El procedimiento para hacerlo efectivo no se eshace tan en vista, desde nuestra perspectiva, pero, de tal modo, la ausencia generalizada de regulaciones específicas traerá una dificultad en acrésimo, en la recuperación del patrimonio de los contribuyentes afectados<sup>244</sup>.

---

través de la equidad, entren en juego, en sede aplicativa, los principios generales del Derecho o, incluso y más específicamente, principios propios del Derecho Tributario y que, a su través, pueda el juzgador «impedir los resultados aberrantes —contrarios al principio de justicia y de seguridad jurídica— que se derivarían de la aplicación estricta del precepto adecuado al caso controvertido». Esta vía de actuación de los principios generales permitiría conciliar las exigencias del principio de legalidad con las dimanantes de la justicia tributaria. Admitido el recurso a la equidad en Derecho Tributario, como criterio de ponderación en la aplicación de las normas, cabe abogar por una defensa a ultranza de la justicia, justicia que trasciende, en ocasiones, las soluciones ofrecidas por los preceptos legales. Cuando en un caso concreto, la solución legislativa repugne los criterios de justicia a nuestro entender hay que postular una aplicación superadora del precepto positivo, fundamentando tal aplicación superadora en principios generales (y aquí el principio de capacidad contributiva puede jugar un papel capital) que restituyan el valor justicia; igualmente sería positivo que el legislador —caso de que la citada aplicación superadora parezca inadecuada— estableciera mecanismos de corrección a fin de que el dogma de la generalidad de la ley se mantenga, pero se subsanen los efectos perniciosos que, en casos concretos, pueden producirse. El hecho de que el ordenamiento español se muestre reactivo a estas soluciones muestra hasta qué punto nuestro sistema tributario arrastra algunas lacras por su excesivo apego a la ley, apego que no sería nocivo si las leyes fueran perfectas técnicamente, entendiendo esta expresión no en un sentido formal, sino, sobre todo, material, como expresión del valor justicia. La profusión legislativa, con sus riesgos de ineficiencia e injusticia, hacen necesario que nos replanteemos problemas de equidad, de buena fe, etc. Confíemos en que el ordenamiento tributario español, cuya técnica formal va cada día depurándose más, no olvide que es sólo un instrumento para el logro de la justicia y que, si no alcanza ésta, se transformaría en una bella construcción inservible».

<sup>242</sup> Vid. RIBÓ DURÁN, Luis: *Diccionario de derecho*, 3. ed., Bosch, Barcelona, 2005, p. 255.

<sup>243</sup> Vid. DE LA HUCHA CELADOR, F.: «Algunas consideraciones...*cit.*», p. 819; Vid. ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil...cit.*, p. 125; Vid. CASTRO Y BRAVO, Federico de: *Derecho civil de España...cit.*, pp. 470 y ss.

<sup>244</sup> Por otra parte, tal regulación reglamentaria pone de relieve la inaplicabilidad del régimen del Código Civil: si ya desde un planteamiento puramente teórico se niega con todo acierto esa aplicación o sólo se admite la de sus principios subyacentes con todo tipo de cautelas y particularidades.

Nos consta ya que generalmente se ha considerado que la regulación civil del cobro de lo indebido tiene su fundamento en el principio general de interdicción del enriquecimiento injusto del que no sería más que una concreción para supuestos específicos<sup>245</sup>.

Así, el tributo puede ser indebido por contradicción sobrevenida con el ordenamiento, como en los supuestos de declaración de inconstitucionalidad. En este caso, es la conculcación de los elementos definidores del tributo lo que determina que se establezca su devolución, no pudiendo buscarse el fundamento en razones de equidad. Por ello, la única posibilidad de plantear la posible concurrencia del principio de enriquecimiento sin causa como motivación de la devolución de ingresos tributarios indebidos, es, desde su concepción, hacerlo como una transmisión patrimonial carente de causa<sup>246</sup>.

Las exigencias del enriquecimiento que hubo sido obtenido a costa de otro y privado de una justa causa, lleva a situar el recurso de la —causal en una fijación de una directiva general sobre el carácter injusto del enriquecimiento

Con efecto, “*causa*” (o *injusto*) es un concepto indeterminado, dado que, implicando la necesidad de un juicio de valor (jurídico), no permite una rigurosa definición de su contenido. Parece, por tanto, que nada más se hace del que juntar más indeterminación a la vacuidad del principio (indeterminado) de la prohibición del enriquecimiento.

El instituto del enriquecimiento sin causa siempre presentará un grado de indeterminación. Con efecto, haciendo una analogía con la representación del átomo de litio<sup>247</sup>, donde hay un núcleo y una zona periférica. El primero sería como un núcleo conceptual fijo, determinable por la interpretación. La segunda consistiría como una aureola conceptual indeterminada, sólo determinable progresivamente a través de la decisión de los

---

<sup>245</sup> Vid. ANDREOLI, Giuseppe: *La ripetizione dell'indebito*, CEDAM, Padova, 1940, pp. 62-63. Igualmente, Vid. E. PALMER, George: *The Law of Restitution*, V. III, Little, Brown and Company, Boston and Toronto, pp. 254-255.

<sup>246</sup> Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar: *La devolución de ingresos tributarios indebidos*, Instituto de Estudios Fiscales - Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 37; Vid. DE SANTIS, Alberto: «La tutela giurisdizionale del diritto alia ripetizione d'indebito tributario», *Bollettino tributario d'informazioni*, Milano, n. 11, anno quarantanovesimo, 15-06-1982, pp. 841-842.

<sup>247</sup> El modelo atómico de Bor describe el átomo como un núcleo pequeño cargado positivo y cercado por electrones en órbita circular. En el caso del litio, un núcleo con 3 protones, 4 neutrones y una zona periférica con 3 electrones.

casos concretos. La zona periférica del enriquecimiento sin causa será siempre más amplia e indeterminada, dada la vacuidad del concepto. Para contrariar esta indeterminación, hace necesario establecer una tipología del enriquecimiento sin causa. De este modo, los grupos de casos servirán de guías útiles en la apreciación de los nuevos casos, como elementos sugestivos para una correcta decisión por el juzgador.

Esta dicha tipología, como ya antes presentado, tiene raíces históricas (*condictio indebiti*, *condictio causa data non secuta*, etc.) donde son creadas verdaderas cláusulas generales de ámbito más reducido.

Esta labor de definición y determinación del núcleo, exige, también, una ampliación de la zona nuclear. Es adecuado decir que existe varias zonas nucleares, constituidas cada una de ellas por elementos singulares, pero que están unidas por la idea de que nadie puede sacar ventaja ilegítima a costa de otro.

El núcleo conceptual correspondería a las concepciones objetivas de la causa que la identifican como instrumentos jurídicos correctivos de los desplazamientos patrimoniales ilegítimos. Mientras, la zona periférica resultaría en concepciones subjetivas, para los cuales un enriquecimiento será sin causa cuando la adquisición del enriquecido no se corresponda con una finalidad satisfactoria de su propio interés.

Desde luego, el ejemplo más contundente del núcleo conceptual del enriquecimiento sin causa es la repetición del indebido, que a través de un mero proceso interpretativo de la ley es posible conocer en toda su determinación.

El derecho de repetición constituye un supuesto particular de enriquecimiento sin causa que el último análisis encierra la idea del daño experimentado en un acervo y el correlativo aumento en otro patrimonio, desplazamiento de un derecho que genera la pretensión de restablecer la equivalencia perdida o el equilibrio alterado.

Así, cabe plantear la conformación de enriquecimiento injusto al Derecho tributario en una teoría donde el concepto de —injusto‖ debe estar tanto, mismo que sea indirectamente, en el esquema causal, incluido en la norma que regula una determinada relación jurídica tributaria, como la voluntad específica de los sujetos que participan de dicha relación.

Esta idea conduce que la noción de causa en el régimen jurídico tributario sea admitida dentro de una obligación general, como también, en las normas reguladoras de transferencias patrimoniales. Es decir, la causa (o injusto) también es un hecho constitutivo de obligación en que no se puede quitar el sentido reprochable y los efectos que derivan del incumplimiento<sup>248</sup>.

Como la obligación tributaria resulta de la ley, la causa inmediata, al principio, sólo podría ser la propia norma positiva<sup>249</sup>. Mientras, la causa, en las obligaciones contractuales entre particulares, será un mecanismo que permite armonizar la voluntad de éstos con aquellos valores socialmente admitidos; en estos casos existirá enriquecimiento sin causa cuando esta voluntad negocial no sea corresponda con el fin objeto del negocio. Pero, en las

---

<sup>248</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del derecho civil patrimonial...cit.*, pp. 159-160; Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo: *La obligación...cit.*, p. 106/111.

<sup>249</sup> Vid. TESORO, Giorgio: «La causa giuridica dell'obbligazione tributaria», *Rivista italiana di diritto finanziario*, Bari, 1937, pp. 41-42, donde afirma que la causa jurídica de la obligación tributaria es el presupuesto fáctico. A este respecto escribe, «la obligación tributaria surge en tanto en cuanto exista el presupuesto de hecho, que las normas tributarias han asumido como motivo de la imposición, como causa de la imposición: si falta el presupuesto de hecho, la obligación tributaria es nula o anulable. En este sentido el presupuesto de hecho puede considerarse como la causa jurídica de la obligación tributaria». Creemos que esta no sea la opción más adecuada para determinar la causa de la obligación tributaria, ya que al final, en Derecho tributario el presupuesto de hecho es la propia norma impositiva, es ella que dice que hechos son convenientes para la tributación, y además, ni siempre es capaz de justificar la existencia de dicha obligación. Vid. JARACH, Dino: *El hecho imponible: teoría general del derecho tributario sustantivo*, 2. ed., Abeledo-perrot, Buenos Aires, 1971, pp. 94-95, apunta que, « No nos parece conveniente detenernos en el presupuesto de hecho de la relación, considerando a éste como causa jurídica. El presupuesto de hecho de la relación jurídica es también una causa en sentido lógico-común; pero identificar la causa con el hecho imponible, como lo hacen algunos autores, significa eludir el mismo concepto de causa que se busca. Como en el Derecho privado los titulados anticausalistas dicen que buscar la causa del contrato, o, en general, del negocio, significa buscar el cuarto ángulo de un triángulo ya formado y que, por ende, es suficiente limitarse a los otros elementos universalmente admitidos del negocio, así en el Derecho tributario identificar la causa con el hecho imponible significa renunciar a ir más lejos de los elementos unánimemente reconocidos como determinantes de la relación tributaria. Como si en Derecho privado se pretendiera identificar la causa con la voluntad o con el objeto del negocio. Sin entrar en la definición del concepto de causa ya puede sentarse de antemano el principio: o negar el concepto de causa o ir más allá del simple presupuesto de hecho»; Vid. SAINZ DE BUJANDA, Fernando: *Hacienda y derecho: estudios de derecho financiero*, V. 4, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955-1973, p. 516-518, señala que, «el examen crítico de la doctrina de TESORO y de los restantes autores que, como él, estiman que "el presupuesto de hecho puede ser considerado como la causa jurídica de la obligación tributaria" es, sin duda, extremadamente sencillo. Lo que ocurre es que, siendo exactas muchas de las observaciones formuladas, el razonamiento que sirve de eje a esa doctrina ofrece una profunda contradicción interna y conduce, por ello, necesariamente, a una conclusión errónea o, más exactamente, infecunda. Ahora bien, sentada esa afirmación irrefutable —en ella nos apoyamos nosotros, en gran parte, para rechazar el concepto de causa de la obligación tributaria— no resulta congruente la segunda parte de la tesis de TESORO, según la cual el único modo de conciliar el peculiar origen y naturaleza de la obligación tributaria con el concepto de "causa" consiste en identificar esta última con el presupuesto de hecho. ¿Qué necesidad lógica obliga a semejante identificación? Lo cierto es que el hecho imponible, delimitado por la norma positiva, opera, junto a esta última, como elemento generador de la obligación, y, en tal sentido, tiene una fisonomía jurídica perfectamente definida y responde a unas exigencias de técnica jurídica que no pueden ni deben confundirse con los problemas valorativos que la causa representa. Una de dos: o se prescinde del concepto de causa, o se formula de ésta una noción jurídica propia. A nuestro juicio hay que ir más allá del presupuesto de hecho, para *justificarlo*; pero la justificación del presupuesto ha de obtenerse determinando su fundamento jurídico y no indagando la causa de cada obligación tributaria concreta».

demás transferencias económicas, configuradas ex lege al borde de la voluntad de los particulares, el problema de la concurrencia, o no, de la causa es resuelta averiguando si cada transmisión patrimonial viene fundamentada en un expreso mandato legal, y si esa norma positiva está de acuerdo con las demás normas de rango superior que le da sustentación<sup>250</sup>.

Delante de los apuntes anteriormente efectuados, podemos valorar las condiciones de que la devolución de tributos indebidamente ingresados se fundamenta en la interdicción del enriquecimiento sin causa de la Administración tributaria<sup>251</sup>.

El “enriquecimiento” de la Administración fiscal, entendido como un aumento patrimonial por afluencia de los tributos, tiene lugar a través del ejercicio de una potestad estatal, traducida en un derecho de crédito sobre el patrimonio individual, para manutención de intereses generales, objetivamente definidos en la ley. El enriquecimiento sin causa no puede justificarse en el Derecho financiero, como es hecha en las relaciones particulares, en la salvaguarda de derechos patrimoniales, sino en el interés de que las relaciones entre el ente público y el sujeto se desarrollen en el marco de la ley. Será, por tanto, la no exigencia del tributo en concordancia con su definición en la ley, el fundamento último de cualquier prohibición de determinados enriquecimientos por parte de la Hacienda Pública. Lo esencial será que, aquél que haya pagado indebidamente, pruebe la ilegalidad del pago, y no que el pago le haya supuesto un empobrecimiento<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> Vid. TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel: «La causa de los tributos», *Hacienda Pública Española*, n. 64, 1980, pp. 220-221, indica que, «el concepto de causa así entendido requiere una cierta atención porque presenta un atractivo que en último término puede resultar equívoco. En efecto, resulta evidente que el legislador debe buscar alguna justificación para someter a tributación ciertos hechos para determinadas personas, en vez de hacerlo respecto de otros u otras. Si a tal justificación se le quiere denominar causa es posible que el concepto no sea incorrecto, pero es bastante claro que resulta equívoco. Dicho de otro modo, el establecimiento de los tributos se basa en una serie de principios que tradicionalmente se han condensado en los de igualdad y capacidad contributiva, en definitiva, en la prohibición de discriminaciones arbitrarias a la luz de la común conciencia jurídica. Si a estos principios se les denomina causa de los tributos se está expresando una idea que es correcta desde un punto de vista usual, pues en efecto su existencia es lo que justifica la exigencia de los tributos; pero se está utilizando el término de una manera equívoca, porque la palabra causa tiene otro significado en el mundo jurídico. En definitiva, frente a la teoría de la causa de los tributos, parece mucho más convincente la postura que defiende la existencia de una fundamentación, de una «ratio legis», que justifica la exigencia de los tributos en algunos supuestos y los rechaza en otros. La mera subsunción de un caso concreto en la «fattispecie» legal determina sin más la obligación de contribuir».

<sup>251</sup> Vid. GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de derecho administrativo...cit.*, pp. 17-18, indica que, «no hay ningún inconveniente en admitir que este principio sea aplicable tanto a las relaciones entre particulares, como a aquellas en que intervienen entidades administrativas. En definitiva se trata de una exigencia que postula la propia teoría del enriquecimiento injusto».

<sup>252</sup> Vid. POTITO, Enrico: *L'ordinamento tributario italiano*, A. Giuffrè, Milano, 1978, p. 697.

En las relaciones de Derecho privado, el enriquecimiento sin causa hace falta para fundamentar la devolución, la prueba del “empobrecimiento” de su titular, sin empobrecimiento no hay acción de devolución<sup>253</sup>.

Pero esta exigencia, junto a la necesidad de que dicho empobrecimiento fuese necesaria por el que solicitaba la devolución, significaba imponer una auténtica *probatio diabólica*, ya que, por ejemplo en los impuestos indirectos el contribuyente debería demostrar un hecho negativo: no haber trasladado al consumidor la cantidad cuya devolución se reclama<sup>254</sup>.

Así, ningún requisito más se debe exigir el *solvens* salvo la prueba de la antijuridicidad del tributo, lo que supone comenzar a admitir que el fundamento de la devolución es la ilegalidad del cobro efectuado. El empobrecimiento no es más que el perjuicio singular que determina, a favor de quien lo padece, un interés legítimo que le permite recurrir contra la ilegal aplicación de un tributo. El aforismo que *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nadie puede alegar su propia torpeza para obtener provecho) es plenamente aplicable a la Administración, pues esta no puede beneficiarse de sus propios actos nulos, impidiendo la debida restitución de los ingresos tributarios ilegítimos<sup>255</sup>.

De esa manera, podemos decir que el derecho de la devolución de los tributos constituye también en una obligación tributaria<sup>256</sup> que toca a la Administración esatisfacer la pretensión del particular. No se puede negar, que la ilegalidad de un tributo constituya un injusto que puede generar un enriquecimiento estatal.

Sin embargo, Cesar NOVOA GARCÍA<sup>257</sup> no acepta la idea de un enriquecimiento sin causa de la Administración tributaria. Pues, entiende que la ausencia de causa debe calificarse de irrelevante, ya que si la causa es “causa de la obligación”, la falta de causa se confunde con

---

<sup>253</sup> Vid. BONNECASE, Julien: *Elementos de derecho civil...cit.*, pp. 318-319.

<sup>254</sup> Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar: *La devolución de ingresos...cit.*, p. 45.

<sup>255</sup> Vid. REBOLLO PUIG, Manuel: «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *Documentación administrativa*, Madrid, n. 263-264, 2002, pp. 196 y ss.

<sup>256</sup> La obligación tributaria comprende tanto obligaciones del sujeto pasivo (contribuyente, responsable tributario) para con la Administración, bien como, de esta para con aquel.

<sup>257</sup> Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar: *La devolución de ingresos....cit.*, p.46.



la falta de algún elemento de la obligación tributaria, y la causa es la ley, —tributo sin causal sería tributo surgido sin la cobertura legal suficiente. Y ante una transmisión ilegal, incluso en Derecho privado, lo que procede no es una acción destinada a restablecer el equilibrio patrimonial roto, sino una acción personal basada en la nulidad o anulabilidad de la transmisión.

El referido autor centra su raciocinio en la idea de que la ley es suficiente como fuente de la obligación tributaria y que la noción de “causa” no es compatible y necesaria para la configuración del enriquecimiento.

El noble profesor, tendría completa razón, si todas las normas que crean los tributos fuesen “legales”, es decir, si existiera legisladores “perfectos” que al establecieran los tributos siguiesen la mejor técnica constitucional. Desde luego, la ilegalidad tributaria es presupuesto de hecho de la norma de devolución y, por lo tanto, suficiente causa (o injusto) autorizada por la ley para la configuración del enriquecimiento estatal ilegítimo. La constatación de ilegalidad de un tributo tiene doble efecto: i) la desobligación del particular en cumplir con la norma impositiva; ii) y la obligación administrativa de devolver los ingresos indebidos. Cuando este último efecto no es complacido, tenemos un enriquecimiento sin justa causa. La obligación de devolver lo indebidamente cobrado descansa sobre la base directa del enriquecimiento sin causa y de la repetición del pago del indebido<sup>258</sup>.

Así, en el caso de un desplazamiento de valor sin causa entre dos patrimonios, necesariamente se ha de articular un procedimiento que efectúe el desplazamiento en sentido inverso<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup> Vid. CARRETERO PÉREZ, Adolfo: *Derecho financiero*, Santillana, Madrid, 1968, p. 479; Vid. POTITO, Enrico: *L'ordinamento tributario italiano...cit.*, pp. 669-670; Vid. FERREIRO LAPATZA, José Juan: *Derecho tributario*, Parte general, 24. ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 111, señala que, «el principio o regla general según la cual «ninguno debe enriquecerse torticeramente en daño de otro» encuentra, en mi opinión, una de sus más claras concreciones en el artículo 1.895 C.c. conforme al que «cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error había sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla». Ya en el ámbito tributario, esta regla se concreta en el artículo 32 L.G.T., conforme al que «la Administración tributaria devolverá [...] los ingresos que indebidamente se hubieran realizado en el Tesoro Público [...]» con la entrega, por ejemplo, de una cantidad superior a la debida, con el pago duplicado o con el pago de una obligación prescrita».

<sup>259</sup> Vid. BELTRÁN MORAL, Susana y GIL BÉJAR, José Antonio, «El error de hecho en la devolución de impuestos», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, tomo II, n. 162/1982, pp. 1414 y 1415; Vid. HIERRO ECHEVARRÍA, Antonio: «La devolución de los ingresos tributarios indebidos», VII *Jornadas hispano-luso-americanas de Estudios Tributarios, Memoria de la Asociación Española de Derecho Financiero*, 1978, Madrid, 1980, pp. 343 y ss.

En el mismo sentido se expresa Eusebio GONZÁLEZ GARCÍA<sup>260</sup> al interpretar el art. 4.3 del Código Civil<sup>261</sup>. De tal manera que serán de general aplicación las normas de Derecho común cuando no existan normas específicas en el ordenamiento tributario, teniendo en cuenta tanto la legislación tributaria de carácter general como la de carácter especial. Pero es que además, el noble autor utiliza otro argumento para defender la aplicación de las teorías civilísticas en el Derecho financiero. Así, utiliza la antigua dicotomía entre el Derecho tributario formal y material o sustantivo, para establecer un vínculo más estrecho entre el Derecho tributario sustantivo y el Derecho civil como consecuencia de la posible aplicación directa o subsidiaria de la regulación civil. Serían de aplicación las doctrinas civiles del enriquecimiento injusto en el aspecto sustantivo de la devolución de ingresos indebidos, mientras que los elementos formales tendrían que ver con el principio de legalidad.

Praena REQUENA<sup>262</sup> apunta el mismo fundamento para la devolución de ingresos indebidos en el ámbito civil que en el tributario, afirmando que a través de esta acción de restitución, que se concede a quien pagó indebidamente, se pretende evitar un enriquecimiento sin causa que se produciría en el acreedor.

Ni todos comparten de esta idea, Antonio MARTÍNEZ LAFUENTE<sup>263</sup> afirma que aunque algunos autores han entendido que en el artículo 155 de la Ley General Tributaria<sup>264</sup> se refleja un supuesto de enriquecimiento injusto, dicha conceptualización no puede mantenerse;

<sup>260</sup> Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio: Ingresos indebidos...*cit.*, pp. 439 y 440.

<sup>261</sup> 4.3 – Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorios en las materias regidas por otras leyes.

<sup>262</sup> Vid. PRAENA REQUENA, A.: «Los expedientes de devolución de ingresos indebidos», *Hacienda Pública Española*, n. 16/1972, p. 269. Vid. SERRANO ANTÓN, Fernando: *Las devoluciones tributarias*, Marcial Pons, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 85, señala que, «en general, se puede decir que en el Derecho público existe un régimen específico para los ingresos tributarios indebidos que evita toda invocación directa de la *actio de in rem verso*. Como mucho, en estos supuestos podría hablarse del principio general de prohibición de enriquecimiento sin causa, pero en cualquier caso se separa bastante del régimen de la *condictio indebiti* civil. No obstante, es cierto que con ocasión de la devolución de ingresos pueden surgir supuestos de enriquecimiento injusto que sí son atendibles mediante una genérica acción de enriquecimiento».

<sup>263</sup> Vid. MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio: «El enriquecimiento sin causa en Derecho financiero», *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, n. 36/1982, p. 661.

<sup>264</sup> La anterior redacción de la Ley General Tributaria disponía: Los sujetos pasivos o responsables y sus herederos o causahabientes tendrán derecho a la devolución de los ingresos que indebidamente hubieran realizado en el Tesoro con ocasión del pago de las deudas tributarias. Por vía reglamentaria se regulará el procedimiento que debe seguirse según los distintos casos de ingresos indebidos para el reconocimiento del derecho a la devolución y la forma de su realización que podrá hacerse según preceptúa el artículo 68 de esta ley mediante compensación.

tampoco estamos ante un «procedimiento especial de revisión», sino ante la restitución al contribuyente de cantidades previamente ingresadas sobre las que ha recaído un previo pronunciamiento en tal sentido». Esta es una visión parcialmente equivocada del instituto del enriquecimiento injusto de la Administración tributaria. Acordamos que la acción de enriquecimiento injusto puede tener distinción de la acción de restitución tributaria<sup>265</sup>. Empero, sus efectos no traendo devolución de los tributos indebidos, se traducen, claramente, en un enriquecimiento injustificado, digno de reproche, en beneficio del Poder Público. Reconocemos que puede haber un enriquecimiento ilegítimo en Derecho tributario, cuando ocurra tal hipótesis. Por lo tanto, el enriquecimiento sin causa presupone la permanencia del dinero aportado por el obligado tributario en el patrimonio del acreedor por fuerza de una obligación objetivamente ilícita<sup>266</sup>.

Además, la acción de enriquecimiento hará resuelto los huecos o los flecos que ha dejado la de devolución, más concretamente cuando: i) el retenido, solicite la devolución de lo ingresado indebidamente por el retenedor; ii) los que soportaron la repercusión soliciten del sujeto pasivo lo que éste haya obtenido como devolución del ingreso indebido efectuado; iii) el retenido o repercutido soliciten la devolución del retenedor o sujeto pasivo que no llegaron a ingresar en la Hacienda Pública de lo que retuvieron o repercutieron por considerarlo luego

---

<sup>265</sup> Vid. REBOLLO PUIG, Manuel: *El enriquecimiento... cit.*, p. 237, donde apunta que, «también aquí se afirma que los ingresos tributarios indebidos han dado origen a un supuesto de enriquecimiento injusto y que la obligación de devolución tiene su fundamento en el principio prohibitivo del enriquecimiento injusto. Pero luego el régimen y el sentido general no es exactamente el mismo. En muchos casos, la devolución del ingreso indebido coincidirá exactamente con los resultados de una acción de enriquecimiento. Pero esto es más bien una apariencia engañosa que conviene despejar. Simplificando, cabe decir que la obligación que exige la *condictio indebiti* y la de la *actio de in rem verso* difieren en el objeto, la extensión y los sujetos: la primera recae, en principio, sobre la cosa, y la segunda sobre el valor; la primera tiende a una restitución total, mientras que la segunda está limitada por el efectivo empobrecimiento de uno y el enriquecimiento del otro; en la *condictio indebiti* será acreedor el *solvens* y deudor el *accipiens*, en tanto que en la de *in rem verso* lo serán, respectivamente el empobrecido y el enriquecido, los que no siempre ni necesariamente tiene que coincidir con los anteriores».

<sup>266</sup> Vid. CASANA MERINO, Fernando: *La devolución de ingresos indebidos en materia tributaria*, La Ley, Madrid, 1992, pp. 47-48, quien dice que, «la obligación de devolver, pueden señalarse como características de la misma las siguientes: [...] b) La obligación nace como consecuencia de un ingreso en la Hacienda Pública que inicialmente ha sido ilícito o ilegal. Ello distingue las obligaciones de devolución de las obligaciones o supuestos de reembolso, en los que el ingreso fue en un principio legítimo y válido, pero en las que como consecuencia de una circunstancia sobrevenida resulta un enriquecimiento injusto para la Administración, teniendo obligación de reembolsar. [...] d) Los efectos de la obligación de devolver hacen referencia a la devolución de lo indebidamente ingresado por la Hacienda Pública y que dio lugar a un enriquecimiento injusto por su parte». La Sentencia del T. S. de 27 de noviembre de 1981 (21) señala que «ha de evitarse el enriquecimiento indebido o sin causa que provocaría la no devolución: doctrina sobre enriquecimiento indebido o sin causa proclamada por este Alto Tribunal en aras de la base ética que inspira el ordenamiento jurídico, en las Sentencias de la Sala 1.a de 16 de noviembre de 1978 y de 1 de diciembre de 1980 y de 21 de abril de 1976 de esta Sala, entre otras muchas, doctrina compatible con la buena fe del que ha de realizar la devolución».

indebido; iv) cualquier tercero que efectuó el pago por el sujeto pasivo del tributo, reclame de éste su importe; v) la Administración que recaudó y devuelve el ingreso reclame el importe a aquella otra Administración para la que recaudaba y que ha sido efectivamente la enriquecida. En estos supuestos, la acción de enriquecimiento alcanzaría hechos no comprendidos en las hipótesis de devolución de tributos, en algunos de estos casos la relación de enriquecimiento puede producirse entre particulares y ser de Derecho privado aunque tenga su origen en un ingreso de Derecho público, en otros, el enriquecimiento será de la Administración no pronto en su actividad tributaria sino, por ejemplo, como retenedora en el pago a sus empleados o a sus contratistas<sup>267</sup>.

En definitiva, la aplicación del principio de que nadie debe enriquecerse a costa de otro, para legitimar el derecho a la devolución de los ingresos indebidos y la consiguiente obligación de devolver, puede servir de base a la definición de la relación jurídica existente. Parece seguro que el enriquecimiento se produciría efectivamente, *de retener la Hacienda Pública* el impuesto indebidamente pagado, pero esto, a nuestro ver, sería un efecto que característico de la situación examinada, en tales casos, se trata es de un enriquecimiento económico que no es causa de la obligación, sino efecto de su incumplimiento.

De esa manera, la acción de restitución de tributos indebidos constituye el medio idóneo para que el particular logre la recompensación de su patrimonio que ha sufrido una ablación ilegítima por parte de la Administración tributaria. Sin embargo, no se puede rechazar la idea del enriquecimiento injusto, ya que esta fundamenta, en un mayor o menor grado, toda y cualquier transferencia patrimonial que no respeta los principios históricos de las obligaciones y las normas positivas que regulan la materia. Poner, únicamente, en el principio de legalidad el reconocimiento del derecho de devolución de los tributos ilegales, es olvidar de toda la evolución sufrida por el instituto, desde el derecho romano clásico hasta los principios y normas privatista, bien como, los axiomas jurídicos de equidad, justicia material, buena fe que nortean la toda la aplicación y la elaboración del Derecho.

### *1.3 Fundamentos constitucionales de la restitución tributaria*

En un régimen constitucional los institutos jurídicos que componen toda la orden normativa tienen, en una mayor o menor medida, fundamento constitucional que les permiten

---

<sup>267</sup> Vid. REBOLLO PUIG, Manuel: *El enriquecimiento...cit.*, p. 242.

y legitiman su aplicación y existencia. La Constitución dibuja el deber de los particulares de participar en el sostenimiento de las cargas públicas basado en determinados principios. Así, hay la necesidad de una determinada disciplina jurídica para el establecimiento del tributo como a la fijación de límites sustanciales a la actividad de imposición tributaria, en base a la capacidad contributiva del ciudadano. El fundamento constitucional de la restitución de indebidos está en la concreción del principio de conmutatividad del ordenamiento jurídico, pues, dentro de las muchas relaciones jurídicas patrimoniales, el efecto conmutativo es inherente, ya que para compensar los incumplimientos de las obligaciones se puede sustituir éstas por otras compensaciones<sup>268</sup>.

Se pretende fundamentar la norma que obliga a la devolución tributaria en sentido genérico a la luz de los principios constitucionales de reserva de ley o legalidad tributaria, en conexión con los de capacidad contributiva, seguridad jurídica y justicia, principios estos que dentro del deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos consagrado en el artículo 31 de la Constitución<sup>269</sup> rigen la ordenación de todos los tributos<sup>270</sup>.

El Derecho tributario, en general, está sostenido por las ejes fundamentales de la legalidad y la capacidad económica. Quizá por ello, la gran mayoría de reflexiones que se realizan posteriormente se ciñen a esos dos pilares<sup>271</sup>.

---

<sup>268</sup> Vid. KRUSE, Heinrich Wilhelm: *Steuerrecht: ein Studienbuch. I teil, Allgemeiner*, 2. ed., Beck, München, 1969, p. 131; Vid. ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco: *La configuración jurídica del deber de contribuir: perfiles constitucionales*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 186-187.

<sup>269</sup> El artículo 31 de la Constitución española apunta que, «Artículo 31. 1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. 2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía. 3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley».

<sup>270</sup> Vid. RODRIGUEZ BEREIJO, A.: «El sistema tributario en la Constitución (Los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 36, 1992, p. 21, señala que, «Todo el proceso de aplicación de los tributos encuentra su raíz y su justificación en el deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que nuestra Constitución impone en el art. 31, y sólo a partir de él puede entenderse cabalmente la singular posición en que la Constitución sitúa al Estado y demás entes públicos como titulares del poder tributario y a los ciudadanos en cuanto sujetos de ese deber constitucional».

<sup>271</sup> Vid. CASADO OLLERO, Gabriel, prólogo a la obra de Alonso González, Luis Manuel, *Jurisprudencia constitucional tributaria*, Marcial Pons-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1993, p. 9.

### 1.3.1 El principio de legalidad tributaria

El principio de legalidad tributaria exige que sólo puedan ser impuestos por el Estado sacrificios patrimoniales a sus súbditos mediante ley, esto es, mediante aquella fórmula jurídica, ya que es una expresión de una voluntad soberana (legítimamente constituida, en otro caso no sería jurídica) manifestada en la forma solemne establecida, tiene la virtud de obligar (la fuerza de ley), al tiempo que permite, en su caso, la apertura de los mecanismos revisores previstos ante la Jurisdicción. La conexión de esta idea con el principio de auto imposición (consentimiento de los impuestos por los súbditos) es clara. Asimismo, en la base de este principio, que puede conectar, al brocardo romano «lo que a todos afecta por todos debe ser aprobado»<sup>272</sup>.

El primer principio fundamental del Derecho Tributario Constitucional, lo que Dino JARACH<sup>273</sup> llamar la "partida de nacimiento" del Derecho Tributario. La Ley, como producto del poder legislativo, sigue enmarcando la actuación pública en general, por lo mismo que la Ley, o bien opera directamente sobre los poderes públicos, o bien condiciona, o limita, o determina tales poderes.

Desde un punto de vista de su naturaleza el principio de legalidad tributaria aparece revestido de la condición de derecho de los ciudadanos, derecho que se funda tradicionalmente en la protección de la libertad y sobre todo de la propiedad privada, aunque hoy por hoy empiece a perder estos rasgos en beneficio de una interpretación más solidaria y social del mismo.

Al abordar el estudio del principio de legalidad, suele ser igualmente frecuente considerar los dos sentidos en que el mismo se manifiesta. De una parte, en sentido positivo, el principio de reserva de ley proclama que en la parcela por él amparada, de entre las fuentes de producción jurídica, sólo tiene cabida la ley. En sentido negativo, la aplicación del

<sup>272</sup> *Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari*. El artículo 14 de la Constitución española señala que, «Artículo 14. Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social.

<sup>273</sup> Vid. JARACH, Dino: *Curso superior de Derecho Tributario*, Liceo Profesional Cima, Buenos Aires, 1969, pp. 101-102, apunta que, «La base histórico-constitucional del principio es que los tributos representan invasiones del poder público en las riquezas particulares; en un Estado de derecho estas invasiones deben hacerse únicamente a través del instrumento legal, o sea, de la ley; el Estado no puede penetrar a su arbitrio en los patrimonios particulares para sacar de ellos una tajada a su placer».

principio supone la exclusión de cualquier otra potestad normativa distinta de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas.

El prof. Eusebio GONZÁLEZ<sup>274</sup> señalaba que, «de entre las múltiples sistematizaciones ofrecidas del principio de reserva de ley, creemos oportuno recoger la que distingue dentro del mismo dos modalidades: a) En primer lugar, la modalidad de acto legislativo primario, que consiste en que se exige ley no para regular en su totalidad los elementos fundamentales del tributo, sino tan sólo para crearlo. b) Existe, después, el principio de reserva de ley propiamente dicho, para regular una materia determinada. Dentro de ésta, a su vez, suele distinguirse entre la reserva absoluta de ley, que se produce en el supuesto, harto infrecuente, de que la totalidad de la materia acotada venga regulada en exclusiva por la ley o, al menos, por actos, con fuerza de ley; y la denominada reserva relativa o atenuada, que consiste en exigir la presencia de la ley tan sólo a efectos de determinar los elementos fundamentales o identidad de la prestación establecida, pudiendo confiarse al ejecutivo la integración o desarrollo de los restantes elementos».

El principio de reserva de ley en materia tributaria, en su acepción formal, se ha definido tradicionalmente como límite del sistema de producción de normas jurídicas con eficacia constitutiva de obligaciones tributarias, es decir, una ley formal para crear las instituciones tributarias. Desde luego, la reserva de ley se define como una limitación formal de las fuentes de creación jurídica y viene a significar que el tributo sólo existe si estar previa y expresamente indicado en la ley, como acto del Poder Legislativo. De esta forma, la actuación de la Administración tributaria se encontrará sujeta al principio de legalidad en el sentido de que estará subordinada a lo establecido en la ley tributaria<sup>275</sup>.

Actualmente hay una tendencia a definir el principio de legalidad también en su aspecto material, en relación no sólo a la previa exigencia de ley, sino al contenido de ésta. Por ello,

---

<sup>274</sup> Vid. PÉREZ DE AYALA, José Luis; GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio: *Curso de derecho tributario*, 6. ed., Tomo I, Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, pp., 163-164.

<sup>275</sup> Vid. SAINZ DE BUJANDA, Fernando: *Hacienda y derecho: estudios de derecho financiero*, v. 3, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 178; Vid. CAZORLA PRIETO, Luis María: «Los principios constitucional-financiero en el nuevo orden jurídico», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 518; Vid. FERREIRO LAPATZA, José Juan: *Curso de derecho financiero español*, 14. ed., Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 337; Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio: «El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 971.

ya no será necesario sólo garantizar la generalidad y abstracción de la ley, sino también su grado de concreción. De ahí la necesidad de delimitar la actuación de los aplicadores de la ley, señalando el ámbito propio de ésta<sup>276</sup>.

El principio de legalidad fornece un sustrato para las devoluciones de ingresos indebidos, ya que todo ingreso indebido contraria la Ley. El prof. Dino JARACH<sup>277</sup> formula la noción de ingreso indebido desde la perspectiva del principio constitucional de legalidad tributaria. Afirma que el ingreso indebido tiene su origen en un mismo principio constitucional, o sea, que el contribuyente sólo debe en concepto de impuesto lo que la Ley ha establecido, de lo cual deriva que cuando se verifica un determinado hecho imponible surge la obligación, pero limitada al supuesto y a la cantidad que la Ley ha querido imponer. Y si alguien ha pagado una cantidad distinta de la que la Ley impone, por un hecho que no está previsto como supuesto de la obligación, en virtud de un corolario del mismo principio de legalidad, surge para el Estado la obligación de devolver y nace, para el que ha pagado, el derecho de crédito para repetir lo indebido. Reconoce así Dino JARACH que la deuda tributaria aparece predeterminada en la ley, incluso en los tributos variables, donde el resultado de las operaciones aritméticas de cuantificación del tributo se halla prefijado en los elementos que de manera abstracta configura la ley. El indebido es consecuencia de la no coincidencia de una deuda tributaria concreta con la cantidad implícitamente contenida en la ley. El resultado predeterminado en la ley es único para cada caso.

Así, la obligación de devolución se justifica por la producción de un quebrantamiento no sólo del principio que exige la taxatividad legal de los ingresos tributarios, sino de sus esquemas aplicativos, prefigurados en la ley<sup>278</sup>. La necesidad de restituir la vigencia del principio de legalidad, en cuanto exigencia constitucional en la ordenación de los tributos, es el fundamento que justifica el reconocimiento, en la ley ordinaria, de un derecho a la devolución a favor de quien ha pagado indebidamente un tributo.

---

<sup>276</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Curso de derecho administrativo*, tomo I...cit., p. 434.

<sup>277</sup> Vid. JARACH, Dino: *Curso superior de Derecho Tributario...cit.*, p. 164.

<sup>278</sup> Vid. CARRETERO PÉREZ, Adolfo: *Derecho financiero...cit.*, p. 479, para quien afirma que, «El tributo engendra una relación jurídica propia del Estado de Legalidad y, en consecuencia, el reintegro del tributo, pagado, pero no debido, ha de estar previsto en la ley, pues el principio general del cobro de lo indebido es con mayor motivo aplicable a la Administración Financiera. El supuesto es en todos los casos un enriquecimiento injusto de la Hacienda».



Donato GIANNINI<sup>279</sup> afirma que la existencia y la medida de la deuda impositiva están ligadas a la producción, en un momento dado o en un cierto período de tiempo, de la situación de hecho prevista por la Ley. Y por ello lo que fuese pagado fuera de dicha hipótesis legal o de la valoración establecida legalmente, constituiría un pago indebido.

Albert HENSEL<sup>280</sup> también discierne sobre los ingresos indebidos manteniendo una posición similar diciendo que el Estado debe recibir de los súbditos solamente lo que está objetivamente legitimado a obtener, en base de normas jurídicas o de actos administrativos. En consecuencia, debe estar obligado a devolver la suma que excede de su crédito tributario legítimo.

Desde luego, los tributos deben exigir los hechos imposables en los límites de la Ley, y cuando se rebasan éstos, merecen el calificativo de ilegal, siendo constitutivo de un derecho que se traduce en la obligación de devolución.

Heinz PAULICK<sup>281</sup> apunta que del principio de legalidad deriva el principio de obediencia a la Ley, lo cual afirma que las autoridades financieras no pueden dejar de ejecutar la Ley, sino que están obligadas a liquidar y recaudar los impuestos cuando y en la medida en que se realice el hecho imponible. *A sensu contrario*, si se liquida o recauda de forma ilegal se está incumpliendo el principio de legalidad.

Además, el fundamentado del derecho de la devolución de los ingresos indebidos se encuentra al mismo tiempo en el principio de igualdad considerado como una especificación del principio de justicia distributiva tributaria. La devolución está fundamentada en el principio de igualdad jurídica basándose en la concepción de la imposición en el Estado de Derecho, ya que sólo se puede pretender un tributo en la medida en que ha sido previsto en una Ley<sup>282</sup>. En efecto, se produce esta situación cuando se exige un impuesto no previsto en

---

<sup>279</sup> Vid. GIANNINI, Achille Donato: *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Editrice Torinese, Torino, 1956, p. 188.

<sup>280</sup> Vid. HENSEL, Albert: *Derecho tributario...cit.*, p. 383. Igualmente, Vid. BLUMENSTEIN, Ernst: *System des Steuerrechts*, Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1971, p. 295.

<sup>281</sup> Vid. PAULICK, Heinz: *Ordenanza tributaria alemana*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980, p. 49.

<sup>282</sup> El principio de igualdad ha sido interpretado como un verdadero límite al poder fiscal y a su ejercicio por parte del Poder Legislativo, con la consecuencia de que si éste lo viola, el Poder Judicial, como supremo intérprete de la Constitución, puede invalidar la ley que infrinja este principio. Además el principio de igualdad,

una Ley, constituyendo un tratamiento desigual respecto a todos aquellos ciudadanos que no han sido gravados del mismo modo. Comportamiento que debe ser erradicado a través de la devolución de lo pagado ilegítimamente.

Una aplicación ilegal del ordenamiento crea una desigualdad respecto del resto de sus conciudadanos. Así pues, la Ley realiza un papel de gran importancia como instrumento garantizador de un trato igual de todos ante la Ley frente a las posibles arbitrariedades y abusos. Dos son los aspectos del principio de legalidad: un positivo, que es el constituido por la certeza que aporta toda Ley, y un negativo, constituido por la Ley como mecanismo de defensa frente a las arbitrariedades de la Administración. De donde se infiere la íntima relación existente entre los principios de legalidad y de seguridad jurídica<sup>283</sup>.

Cabría añadir también, que la devolución se apoyase en una razón de equidad. Esto es, se procedería a devolver aun cuando la ley no lo previese, porque una aplicación rígida de la ley tributaria implicaría una tributación injusta e inequitativa.

### ***1.3.2 La capacidad contributiva como eje en la devolución de los ingresos indebidos***

El tributo no constituye una mera entrega de recursos que los particulares se ven constreñidos a realizar al ente público, en acatamiento al poder de imposición que éste

---

no significa simplemente igualdad ante la ley, es decir, que la ley se aplica de igual manera a todo el mundo, o sea, que frente a una relación jurídica tributaria nacida de la ley, todos deben ser tratados con aplicación de los mismos principios legales establecidos. El principio va mucho más allá. Significa que la ley misma debe dar un tratamiento igual y que tiene que respetar las igualdades en materia de cargas tributarias, o sea, que los legisladores, la Administración y los jueces son quienes deben cuidar de que se dé un tratamiento igualitario a los contribuyentes. Sin embargo, la Sentencia 76/1990, el Tribunal Constitucional, tras advertir que, «no cabe, en efecto, sostener que la Administración tributaria y el contribuyente se encuentren en la misma situación como si de una relación jurídico-privada se tratara», añade que "esa pretendida igualdad resulta desmentida por el artículo 31.1 de la Constitución que, al configurar el deber tributario como deber constitucional, está autorizando al legislador para que, dentro de un sistema tributario justo, adopte las medidas que sean eficaces y atribuya a la Administración las potestades que sean necesarias para exigir y lograr el exacto cumplimiento de sus obligaciones fiscales por parte de los contribuyentes, potestades que por esencia sitúan a la Administración como *potentior persona* en una situación de superioridad sobre los contribuyentes». Interesa advertir que la supremacía reconocida a la Administración en el ejercicio de las potestades tributarias no emana de una superioridad inherente a la Administración como tal; en el Estado de Derecho la supremacía ni es detentación de poderes o prerrogativas ilimitadas en la forma o en el contenido, ni tampoco constituye una cualidad inmanente de un sujeto o persona jurídica, sino que la supremacía se concede en función de la defensa y tutela especial que se otorga a un interés jurídico que lo haga prevalecer de forma eficaz y enérgica frente a los ataques que hipotéticamente pueda sufrir. En definitiva, sobre el deber de contribuir o el derecho constitucional del ciudadano a no ser gravado con detracciones patrimoniales que no se fundamenten en el Ordenamiento Constitucional, exige que sea por medio de instrumentos recaudatorios constitucionales, que traduzcan en un tributo justo y en un tributo legal.

<sup>283</sup> Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio: «Principio de legalidad tributaria...cit., p. 74.

ejercita. La exacción, por lo contrario, se produce de *jure*, es una verdadera institución jurídica, por lo que, en sustancia, ha de consistir en una prestación *justa*. Un sistema tributario no puede ser, en último análisis, sino el conjunto armónico de prestaciones pecuniarias que han de ser satisfechas por una colectividad al Estado, o a otros entes públicos, en la forma, tiempo y cuantía que la ley establezca, *con sujeción a un criterio de justicia*. El sistema tributario es obra de Derecho y, siendo esto así, su fundamento no puede ser otro que una idea de justicia, en cuanto se refiere a la distribución de las cargas públicas. No basta, pues, con que el tributo sea legal; es, además, necesario que sea justo. Por ello, junto al principio de legalidad, es necesario indagar, en cualquier sistema, los principios inspiradores del justo reparto de la carga tributaria. De esa manera, el derecho fundamental de restitución de las cuantías ilegales está también fundamentado en el principio de capacidad contributiva. Las contribuciones al sostenimiento de los gastos públicos deben estar de acuerdo con la capacidad económica de los contribuyentes<sup>284</sup>.

Así, el principio de capacidad económica puede ser el causante directo de algunas devoluciones y ya no sólo el principio de legalidad o el hecho de venir regulado por Ley, puesto que la finalidad de toda devolución consiste en que frente a una misma capacidad económica se establece este mecanismo devolutivo para no soportar una carga mayor<sup>285</sup>.

La capacidad económica vincula al legislador ordinario en un doble sentido: a) De un lado, en sentido positivo, todo el que poseé un determinado nivel de capacidad económica hay que contribuir, lo que obliga a tipificar como hechos imponible, todas las situaciones indicativas de esa capacidad económica; pero esto no significa que efectivamente se deban enumerar todas esas situaciones, sino sólo aquellas que consigan gravar la capacidad económica real, que es única a cada sujeto. Habrá que combinar el aspecto subjetivo de la capacidad económica (todo sujeto que tenga un determinado nivel de capacidad económica deberá contribuir) con su aspecto o dimensión objetiva (sujeción al impuesto de todos los actos reveladores de esa capacidad); b) De otro lado, en su sentido negativo, el principio de capacidad económica impide que puedan someterse a la tributación, situaciones no indicativas

---

<sup>284</sup> Vid. SAINZ DE BUJANDA, Fernando: *Hacienda y derecho...cit.*, p.182/186, señala que, « La justicia tributaria es, por esencia, parte del Derecho tributario. En rigor, es su cimentación y su razón de ser de las normas tributarias sólo serán legítimas si en ellas se establecen tributos justos, y esto sólo acontecerá en la medida en que esas cargas se impongan a los súbditos en orden al bien común y con arreglo a criterios que emanen del Derecho natural».

<sup>285</sup> Vid. POTITO, Enrico: *L'ordinamento tributario italiano... cit.*, p. 697.

de esa capacidad. Con ello queremos indicar que no se exige la efectiva existencia de capacidad económica en cada acto concreto de imposición, basta con que la situación elegida como hecho imponible sea general y presuntivamente indicativa de capacidad económica. Si no lo es, la norma será inconstitucional. Desde ya, la técnica jurídica de la devolución de los ingresos juega entre éstos de los aspectos del principio de capacidad económica, fundamentando la debida restitución de lo que fue retirado a margen del autorizado por las normas impositivas<sup>286</sup>.

Debemos entenderla como un elemento que sirve para analizar la totalidad del tributo. Esto es, que la capacidad económica, en tanto fundamento, no afecta solamente a la selección legislativa de los hechos imposables, sino también a la cuantificación de la obligación tributaria, siendo necesario adoptar criterios de capacidad económica, tanto a la hora de establecer las técnicas para gravar las manifestaciones de capacidad como a la hora de definir bases y tipos<sup>287</sup>.

---

<sup>286</sup> Vid. GIARDINA, Emilio: *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, A. Giuffrè, Milano, 1961, pp. 438 y ss, señala que, «La capacidad económica se puede hablar en dos sentidos, paralelamente, la capacidad económica absoluta y la capacidad económica relativa. *La capacidad económica absoluta* se refiere a la existencia de capacidad, a la aptitud abstracta para concurrir a las cargas públicas. En un primer momento — creación de la norma tributaria— hay que definir quiénes son los sujetos con capacidad económica, y para ello, habrá que determinar qué hechos o qué situaciones son las que nos indican la existencia de la capacidad económica. Aquellos que protagonicen estos hechos indicativos de capacidad económica serán los sujetos que deban contribuir. Respecto de la capacidad económica absoluta: i) Que el análisis histórico del precepto constitucional, es decir, el estudio de los antecedentes del principio demuestra que la capacidad económica consiste en la posesión de una riqueza, en la disponibilidad de medios económicos para efectuar el pago del tributo; ii) Que la conexión entre la riqueza y la noción de capacidad económica se pone asimismo de relieve a través de una interpretación sistemática de los textos tributarios. En el sentido de que las normas reguladoras de los tributos en particular tratan constantemente de encontrar manifestaciones de riqueza para establecer nuevos gravámenes; iii) Que pueden establecer una serie de criterios orientadores para ayudar en la tarea de decidir si un determinado hecho es o no indicativo de capacidad económica. *La capacidad económica relativa* supone la absoluta, y se dirige a delimitar el grado de capacidad. *El quantum*. Opera, pues, en el momento de la determinación de la cuota. Respecto de la capacidad económica relativa: i) La determinación de los criterios que conducen al descubrimiento de la capacidad económica relativa, ha seguido el método de fijar la extensión y las manifestaciones de la riqueza imponible y los métodos impositivos; ii) Respecto a la extensión y manifestaciones de la riqueza imponible, la doctrina distingue los tributos que están estructurados en base a índices directos de capacidad económica, de aquellos otros que se han establecido teniendo en cuenta índices indirectos. Recuérdese que el principal índice directo era la percepción de una renta; pues bien, la renta debe ser neta, individual, actual y disponible; iii) No basta, con fijar la extensión y las manifestaciones de la riqueza imponible, sino que, para concretar la participación de cada uno en la carga tributaria de acuerdo con el principio de capacidad económica, parece necesario establecer los *métodos impositivos* que hagan factible tal adecuación, entendiéndose por métodos impositivos al conjunto de medidas técnicas sancionadas por la normativa tributaria que, partiendo de una manifestación de la riqueza imponible de un sujeto, conducen a la determinación de la cuota impositiva que por esa riqueza ha de satisfacer».

<sup>287</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Matías: *Ordenamiento tributario español*, 3. ed., Civitas, Madrid, 1977, p. 73; Vid. PITA GRANDAL, Ana María: *La cuantificación de los tributos en el derecho español*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1984, p. 100.

No debe olvidarse, además, que en el ámbito tributario el general principio de igualdad se materializa por el principio de capacidad contributiva, al que vendría a dotar de un contenido material<sup>288</sup>. Cada tributo se liga a una situación de hecho que constituye el presupuesto, debiendo ser expresión de aptitud contributiva. Cuando estas situaciones son consideradas ilegales por no expresaren capacidad de contribuir, se espera que aquellos que sufrieran la imposición fiscal tengan la recomposición patrimonial debida, para reajustar el reparto de la tributación<sup>289</sup>.

Pagos de este género, desligados del presupuesto del tributo y por consiguiente del índice de capacidad contributiva, serían inconstitucionales si no se estableciera un mecanismo de reequilibrio, que puede estar representado en la misma regla de la devolución. El principio de capacidad contributiva hace igualmente ilegítimas aquellas normas excepcionales que excluyen la devolución del impuesto indebidamente pagado por inexistencia del hecho imponible en la medida del ingreso. Así, si el obligado tributario considera, erróneamente, que se ha realizado el hecho imponible y paga una determinada cuantía por el impuesto que supone debido, allá más adelante, siendo patente la inexistencia del hecho, no se admite la devolución, estamos ante una contribución a los gastos públicos no justificada por la correspondiente capacidad, se viola la capacidad contributiva cuando se paga un tributo sin obligación, esto es, cuando no se han respetado en el momento de aplicar el tributo los elementos sustanciales del mismo recogidos en la ley del tributo<sup>290</sup>.

Así, incluso en aquellos supuestos en que la devolución se fundamenta que el tributo se ha exigido sin que hubiese tenido lugar la manifestación de capacidad contributiva gravada, dicha devolución lo es de un tributo indebido, precisamente porque en su recaudación no se han respetado los elementos sustanciales legalmente definidos.

---

<sup>288</sup> Vid. MANZONI, Ignazio: *Il principio della capacità...cit.*, p. 14.

<sup>289</sup> La devolución buscar reequilibrar la propiedad del particular que fue injustificadamente afectada por la norma impositiva ilegal. Vid. KRUSE, Heinrich Wilhelm: *Steuerrecht...cit.*, 1969, p. 151 y ss.

<sup>290</sup> Vid. MOSCHETTI, Francesco: *La capacità contributiva...cit.*, p. 385/389.

Por eso, como señala Fernando PÉREZ ROYO<sup>291</sup>, si dicho efecto patrimonial no llega a alcanzarse por algún vicio del acto, habrá que entender que el hecho imponible no se ha realizado. Esto es, el hecho imponible no se llegará a realizar si uno de los componentes esenciales para su definición, como es el índice de capacidad contributiva que se quiere gravar, no llega a efectuarse, aunque formalmente haya tenido lugar el presupuesto del hecho tomado en consideración para la definición del citado hecho imponible. Por tanto, nos encontraremos ante un supuesto de “ingreso indebido” por no realización del hecho imponible, que no concurra a un elemento sustantivo del mismo: la capacidad contributiva.

El derecho a la devolución desarrolla un papel de gran importancia porque perfecciona la dogmática tributaria constitucional, echándose los vínculos de tributación que no respetan el principio de capacidad contributiva.

### ***1.3.3 Principio de seguridad jurídica y valor justicia***

Otros principios constitucionales de carácter general como los principios de justicia y de seguridad jurídica, afectan la cuestión de las devoluciones tributarias.

En efecto, el principio de seguridad jurídica a la luz del principio de material de justicia en el Derecho tributario debe reflejar que la devolución de lo no debido demanda una certidumbre pronta y definitiva acerca de la cuantía.

De la jurisprudencia constitucional se deduce que el principio de seguridad jurídica presenta una triple dimensión: i) Como conocimiento y certeza del Derecho positivo; ii) Como confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico en general, en cuanto garantes de la paz social; iii) Como previsibilidad de los efectos que se derivan de la aplicación de las normas y de las propias acciones o de las conductas de terceros<sup>292</sup>.

---

<sup>291</sup> Vid. PÉREZ ROYO, Fernando: *Derecho financiero y tributario*: parte general, 15. ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 148-149.

<sup>292</sup> La seguridad jurídica es «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio» (SSTC 27/1981, 99/1987 y 227/1988). El principio de seguridad jurídica exige «... que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma. En este orden de exigencia no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas, singularmente en un sector como el tributario, que, además

La inseguridad del contribuyente puede producirse, como la inseguridad jurídica en general, por causas que deriven de la propia estructura del ordenamiento jurídico o por manifestaciones de la arbitrariedad. Unas y otras pueden ser especialmente extensas y peligrosas en la órbita impositiva.

Así, la devolución termina por ser una figura establecida por el ordenamiento para los supuestos en los que no se deba legitimar la consolidación de los ingresos indebidos efectuados. Además, el reconocimiento de una Teoría General de Restitución exige una correcta regulación de la misma, donde se enumeren al menos implícitamente los casos de devolución y se determinen los procedimientos para efectuar la devolución, dotando definitividad al contenido del principio de seguridad jurídica.

Si la consolidación de las situaciones generadas entre Administración y contribuyente constituye una exigencia del principio de seguridad jurídica, la revisión de esas situaciones constituye una exigencia del valor justicia, proclamado como valor superior de cualquier ordenamiento jurídico. En consecuencia, ésta no definitividad del ingreso tributario y, por tanto, de la situación jurídica entre Administración y contribuyente por aquel generada, constituiría el fundamento de la devolución tributaria.

Así pues, en la fundamentación de la devolución tributaria concurren el principio constitucional de seguridad jurídica y el valor justicia, si bien el conflicto entre ambos resulta inevitable: mientras que la Administración invoca el principio de seguridad jurídica para fundamentar la consolidación del ingreso efectuado por el administrado, este justifica la no definitividad del ingreso tributario y la consiguiente necesidad de su devolución en el principio de justicia

---

de regular actos y relaciones jurídicas en masa que afectan y condicionan la actividad económica global de todos los ciudadanos, atribuye a estos una participación y un protagonismo creciente en la gestión y aplicación de los tributos. Resulta inexcusable en este contexto el esfuerzo del legislador, tanto estatal como autonómico, por alumbrar una normativa tributaria abarcable y comprensible para la mayoría de los ciudadanos a los que va dirigida; puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia» ( STC 150/1990 de 4 de octubre. FJ. 8º ). No obstante lo anterior, «... las omisiones o las deficiencias técnicas de una norma no constituyen en sí mismas tachas de inconstitucionalidad; siendo, por otra parte, inherentes al valor superior del pluralismo ( art. 1.1 de la Constitución ) que las leyes puedan resultar acertadas y oportunas a unos como desacertadas e inoportunas para otros» (SSTC 76/1990 y 150/1990. FJ 8º ).

Por consiguiente, no se debe ni se puede acudir al principio de seguridad jurídica para fundamentar en favor de la Hacienda Pública la consolidación de los ingresos indebidos efectuados a la misma. Pues, estaría legitimando un enriquecimiento injusto o sin causa de la Administración.

*1.4 El derecho a la devolución ¿es un derecho objetivo, de un derecho subjetivo o de un interés legítimo?*

En la relación jurídica tributaria, más precisamente en la aplicación de los tributos, puede producir una multitud de intereses jurídicos subjetivos u objetivos. Delante del carácter bilateral de la imposición fiscal, la Hacienda Pública no ocupa siempre la posición acreedora dado que no es difícil encontrarse a sujetos pasivos en situaciones activas y viceversa. Ahora bien, el fenómeno tributario no se agota en el establecimiento del tributo ni en el mecanismo contributivo, sino que éstos concurren con otros intereses complementarios relacionados con la satisfacción del crédito tributario. Entre estos otros intereses se encuentra el interés en el cumplimiento imparcial y exacto de las Leyes tributarias, no sólo por parte del deudor y demás interesados en el procedimiento de aplicación del tributo, sino también por parte de la Administración financiera en el ejercicio de sus funciones gestoras<sup>293</sup>.

El administrado puede resultar titular de una serie de situaciones jurídicas de naturaleza patrimonial, donde la devolución de los ingresos indebidos constituye en un derecho de crédito que posee el obligado tributario que efectuó el ingreso frente a la Administración. Es un instrumento que persigue el restablecimiento patrimonial a una situación existente previa que coincide con el momento de ingreso del correspondiente tributo en la Hacienda Pública. Es necesario, por tanto, realizar un breve estudio para determinar la naturaleza de este derecho a la devolución, si estamos delante de un derecho objetivo o subjetivo, hasta mismo de un interés legítimo.

---

<sup>293</sup> Vid. SOLER ROCH, María Teresa: «Notas sobre la configuración de las obligaciones y deberes tributarios con especial referencia al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, n. 25/1980, pp. 9-10.



### 1.4.1 La devolución de los ingresos indebidos como un interés legítimo

Enrico ALLORIO<sup>294</sup> defiende la posición del particular frente a la norma tributaria como un interés legítimo<sup>295</sup>; el particular, para este autor, tendría un interés a una correcta imposición del tributo, pero de la norma no se derivarían derechos susceptibles de hacerse valer en un proceso declarativo, sino que la salvaguarda del interés legítimo debería venir de una jurisdicción de anulación o poder para obtener la anulación del acto de imposición.

Definir un derecho jurídico como un interés protegido por el Derecho o una voluntad reconocida por el Derecho es igualmente incorrecta. Decir que alguien tiene interés en cierta línea de conducta por parte de otra persona significa que él desea esta conducta porque considera que ella le es útil. La palabra “interés” denota una cierta actitud mental. Así, es inadmisibles que alguien tenga un derecho jurídico de exigir una cierta línea de conducta de otra persona solamente porque tenga un interés concreto por esa conducta. Cuando el Legislador obliga un individuo a comportarse de cierta manera para con otro individuo, de modo a salvaguardar un derecho de éste, ese interés encuentra su expresión específica en la conducta por la cual éste usa o ejerce su derecho. Pero alguien puede usar, o no, sus propios derechos de acuerdo con su voluntad y no los dejará de tener. Es posible tener un derecho sin que se tenga conocimiento de ello. En todo caso, alguien puede estar interesado en que otro individuo cumpla su deber jurídico, sin que tenga un derecho jurídico sobre lo otro. Así, se puede tener derecho a cierta conducta de la parte de otro individuo, sin que se tenga interés por esta conducta, y se puede también tener interés sin que se tenga derecho<sup>296</sup>.

Sin duda, el Legislador da a los particulares un derecho de recuperar su dinero, justamente, porque el Legislador supone que las personas posean ciertos intereses sobre

---

<sup>294</sup> Vid. ALLORIO, Enrico: *Diritto processuale tributario*, 5. ed., Unione tipografico editrice Torinese, Torino, 1969, p. 123 y ss.

<sup>295</sup> Vid. DROMI, José Roberto: *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Grouz, Madrid, 1986, p.56, apunta lo que sería un interés legítimo, « El interés legítimo puede ser común o especial. El interés legítimo común se caracteriza por los siguientes elementos: a) norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida; b) que esa conducta no sea debida a un sujeto particular en situación de exclusividad, sino a un conjunto de individuos en concurrencia; c) interés personal y directo del individuo en la conducta administrativa. Por su parte, el interés legítimo especial se caracteriza por: a) ausencia de una norma jurídica que predetermine concretamente cómo debería ser la conducta administrativa, si bien la administración debe someterse a la existencia de un límite elástico impuesto por la razonabilidad, desviación de poder, etc.; b) situación de exclusividad o concurrencia; c) interés personal y directo del recurrente».

<sup>296</sup> Vid. KELSEN, Hans: *Teoría general del derecho y del estado...cit.*, pp. 94-95.

ciertas condiciones, y él pretende proteger algunos de esos intereses. Sin embargo, un derecho de restitución existe mismo en los casos en que no hay ninguno interés efectivo. El derecho, por tanto, debe consistir, no en un supuesto interés, sino en la protección jurídica. La protección al derecho del contribuyente de obtener de vuelta los ingresos indebidos es establecido por reglas jurídicas, por consecuente, es una norma jurídica según la cual el Estado es obligado a restituir lo indebido, y además, no interferir en la propiedad de los particulares, sólo cuando autorizado por ley. Así, no es correcto afirmar que los particulares tienen un —interés legítimo, ya que eso resultaría en una postura frágil e indefinida frente al derecho de restitución.

#### ***1.4.2 La devolución como un derecho subjetivo o un derecho objetivo***

Ahora, solamente se debe saber si estamos delante de un derecho subjetivo u objetivo. Este debate, típico de la teoría general del Derecho, es necesario para la construcción una dogmática tributaria coherente con los principios y postulados que fundamenta todo el microcosmos de la devolución de los tributos indebidos.

El dualismo entre el Derecho subjetivo y el Derecho objetivo empieza con en la determinación temporal de sus orígenes. Se considera que el Derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo. En el principio, existían apenas Derechos subjetivos, en especial, el prototipo de todos los derechos y en un período posterior el Derecho objetivo fue acrecentado, como orden del Estado, con el propósito de sancionar y proteger los derechos que, independientemente de esta orden, habían pasado a existir. Esta idea fue desarrollada por la Escuela Histórica.

Heinrich DERNBURG<sup>297</sup> afirmaba que los derechos vinieron a existir mucho antes que el Estado. Para el autor ellos tuvieron su base en la personalidad del individuo y en respeto que él era capaz de obtener y de imponer. El concepto de orden jurídica puede ser extraído de la percepción de los derechos existentes a penas por medio de un proceso gradual de abstracción. Heinrich DERNBURG arremata diciendo que histórica y lógicamente es

---

<sup>297</sup> Vid. DERNBURG, Heinrich: *System des Romischem Rechts* (Der Pandekten, achte, umgearbeitete Auflage). Primera parte (1911), p. 65, *apud* KELSEN, Hans: *Teoría general del derecho y del estado...cit.*, p. 92; Vid. CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco: *El derecho subjetivo en su historia*, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, Cádiz, 2003, p. 411.

incorrecto suponer que los derechos nada más son que emanaciones del Derecho. La orden jurídica garante y ajusta los derechos jurídicos, pero no los crea.

Para Hans KELSEN<sup>298</sup> la teoría de la precedencia de los Derechos subjetivos es insustentable, tanto de un punto de vista lógico, cuanto psicológico. El carácter jurídico de un fenómeno no es perceptible por los sentidos. El hecho de un individuo tener o no un derecho, no se puede ver, oír o tocar. La afirmación de que un individuo tiene un derecho o no es un juicio de valor que es posible lógica y psicológicamente a penas si el individuo que hace la afirmación presupone la existencia, esto es, la validez de una norma jurídica referente a su pretensión. Esta norma no es, ni lógica, ni psicológicamente, el resultado de una abstracción basada en una suma de percepciones similares de derechos. Sin una norma jurídica que regule la conducta humana no es posible hacer ninguna afirmación sobre la existencia o no de derechos. Derechos jurídicos no pueden venir antes de la existencia del propio Derecho. Esto significa que el Derecho objetivo precede los Derechos subjetivos o es concomitante a ellos.

El derecho de los particulares a la devolución de los tributos indebidos está fundado en el principio de la legalidad, de pronto su existencia está condicionada a una ley que reconozca y garantice lo dicho derecho. Esta realidad jurídica resulta en una obligación legal estatal de Derecho público<sup>299</sup>.

Continuando el estudio, trataremos ahora de exponer un sencillo análisis del contenido del Derecho subjetivo. La norma jurídica, por razón de su naturaleza imperativo-atributiva, no sólo prescribe un deber a un sujeto sino que otorga una facultad o poder a otro sujeto. Esta facultad o poder se denomina Derecho subjetivo. El Derecho subjetivo sólo puede entenderse en función del deber prescrito en la norma. Si en toda norma jurídica se encuentra siempre un deber y un poder, el Derecho en sentido subjetivo es precisamente el poder que la norma atribuye a un sujeto. En otras palabras, es la autorización que la norma jurídica otorga a un sujeto para exigir a otro el cumplimiento de un deber jurídico que ya tiene. El Derecho subjetivo puede presentarse de las siguientes maneras: (i) como mero reverso material de un deber jurídico general de todos los demás que se ejerce independientemente de la voluntad del

---

<sup>298</sup> Vid. KELSEN, Hans; *Teoría general del derecho y del estado...cit.*, pp. 92-93.

<sup>299</sup> Vid. GUERRERO CORRAL, Luis: *El derecho del contribuyente a la devolución de impuestos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 13.

titular del derecho; (ii) como derecho de pretensión que se ejerce siempre voluntariamente. Donde el titular del derecho puede ejercerlo o no ejercerlo; (iii) como derecho a dar nacimiento, modificar o extinguir ciertas relaciones jurídicas. El derecho como poder de formación jurídica básicamente se ejerce voluntariamente; (iv) como potestad, que es de obligatorio ejercicio. En todos los casos el derecho subjetivo es un poder, una facultad o autorización que la norma jurídica atribuye a un sujeto que por ello se llama titular del derecho<sup>300</sup>.

La Teoría de la voluntad de Bernardo WINDSCHEID<sup>301</sup> afirma que el derecho subjetivo es un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico. Por derecho subjetivo se entiende la facultad de exigir determinado comportamiento, positivo o negativo, de la persona o personas que se hallan frente al titular. Tal proposición recibió críticas pues hay casos en los que el titular de un derecho subjetivo no desea ejercitarlo; o numerosas personas carecen de voluntad en sentido psicológico, son incapaces civiles; además los derechos no desaparecen aunque el titular de los mismos ignore su existencia y hay derechos cuya renuncia no produce consecuencias legales, por lo tanto, la substancia del derecho no puede residir en el fenómeno volitivo<sup>302</sup>.

Rudolf VON JHERING<sup>303</sup> (Teoría del interés) dice que en todo derecho hay dos elementos igualmente importantes: forma y substancial. La relación entre ambos es comparable a la que existe entre la corteza y la medula de una planta. El interés representa el elemento interno; la acción, en la protección del derecho subjetivo. Éste debe definirse como un interés jurídicamente protegido ("intereses medios"), eso es, los intereses generales y constantes en una sociedad, los que el orden jurídico toma en cuenta para protegerlos con independencia de los propósitos individuales.

---

<sup>300</sup> Vid. LA TORRE, Massimo: *La lucha contra el derecho subjetivo: Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 164; Vid. DROMI, José Roberto: *Derecho subjetivo y responsabilidad pública...cit.*, p. 64; Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: *Elementos de derecho civil*. T. 1, Parte general. Vol. 3, Derecho subjetivo; Negocio jurídico, 3. ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 73-75.

<sup>301</sup> Vid. WINDSCHEID, Bernhard: *Diritto delle pandette*, v. 1, parte prima, Unione tipografico-editrice, Torino, 1902, pp. 169 y ss.

<sup>302</sup> Vid. KELSEN, Hans: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado...cit.*, p. 509; Vid. JHERING, Rudolf von: *La dogmática jurídica*, Losada, Buenos Aires, 1946, p. 215 y ss.

<sup>303</sup> Vid. JHERING, Rudolf von: *La dogmática jurídica...cit.*, p. 173 y ss.

En efecto, es criticable la postura de JHERING ya que al final no hay diferencia entre Derecho objetivo y subjetivo, los "intereses medios" no pueden ser sino los intereses protegidos por el derecho positivo en una época y un lugar determinados, porque resulta imposible precisar universalmente, es decir, de manera objetiva, otra clase de intereses generales y constantes en una sociedad, y porque los sujetos concretos del orden no poseen otros intereses que los individuales. En consecuencia, el derecho subjetivo como interés medio jurídicamente protegido, sólo puede ser la propia norma positiva en cuanto este determina y protege idéntico interés que aquél. Así pues, el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido, en cuanto este interés se encuentra determinado objetivamente por la norma positiva, por el derecho objetivo.

Georg JELLINEK<sup>304</sup> (Teoría ecléctica) había reunido ambas determinaciones (Teoría de la voluntad y del interés) en el concepto de Derecho subjetivo, al decir que es un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual. El Derecho subjetivo consiste en el poder de la voluntad al mismo tiempo en que es protegido por la orden jurídica. Los dos elementos (voluntad e interés) se encuentran presentes, un en el momento interno (psíquico); y el otro externo, finalista.

Sin embargo, esta Teoría no supera las objeciones formuladas contra cada una de sus partes. El eclecticismo es siempre una suma de problemas, sin solución para las dificultades que continúan en las raíces de las respuestas. Así, las mismas objeciones hechas, aisladamente, a la Teoría de la voluntad y a la Teoría del interés, continúan a prevalecer contra la Teoría ecléctica de JELLINEK.

Según Giorgio del VECCHIO<sup>305</sup> (Teoría del Derecho subjetivo como facultad) es posible definir el Derecho subjetivo como la facultad de voluntad y de pretensión atribuida al sujeto, que corresponde una obligación de la otra parte, con la cual establece la correlación inescindible del Derecho subjetivo a un deber jurídico (pero no a la inversa). DEL VECCHIO señala además una cierta identidad entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al afirmar que no puede haber facultad como derecho subjetivo, sin que sea declarada en una norma. La que, a su vez, es para él una limitación de esta facultad. Para este autor, el Derecho tiene dos

---

<sup>304</sup> Vid. JELLINEK, Georg: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Aalen, Scientia, 1964, p. 81 y ss.

<sup>305</sup> Vid. DEL VECCHIO, Giorgio: *Filosofía del derecho*, 7. ed., Bosch, Barcelona, 1960, p. 367 y ss.

momentos: el objetivo, como imposición o mandato, y el subjetivo, como garantía de libertad, formulando así una doctrina que se aproxima de manera inminente a la total identificación del derecho objetivo con el subjetivo.

Ahora bien, no tenemos por qué oponer reparo alguno en la concepción de DEL VECCHIO acerca del Derecho subjetivo, por cuanto lo considera como una facultad atribuida al sujeto designado por la norma, ya que lo primero sigue siendo aquí el Derecho objetivo que configura y aun limita tal facultad.

De lo expuesto se desprende que el Derecho subjetivo es a un mismo tiempo voluntad, interés y facultad, pero voluntad creada y autorizada por la norma, interés del derecho y facultad jurídica, no querer psicológico, interés individual ni facultad subjetiva<sup>306</sup>.

Así pues, todo lo que hemos predicado del Derecho subjetivo es algo que pertenece o constituye a la norma positiva, al Derecho objetivo, el cual nos autoriza a decir que el Derecho subjetivo es el propio Derecho objetivo en cuanto lo miramos a través del sujeto facultado por la norma. El derecho subjetivo es posibilidad de hacer u omitir; por tanto, posibilidad de conducirse, haciendo u omitiendo, algo que el derecho subjetivo permite a un sujeto o a su representante. Mientras lo que éstos pueden hacer u omitir está permitido, la realización de aquella posibilidad (o ejercicio del derecho) necesariamente ostenta el signo

---

<sup>306</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: *Elementos de Derecho civil...cit.*, pp. 73-74, señala que, «El estudio de las teorías nos permite retener algunas constantes o caracteres del derecho subjetivo. Así, a) Se trata de una situación de poder concedido por el ordenamiento jurídico a una persona. Es ésta su nota primera y más ostensible. Todo derecho se manifiesta por la concesión a su titular de una posibilidad de hacer algo o exigir algo; se traduce en una o varias facultades de actuación. b) Es un poder institucionalizado y tipificado por el ordenamiento jurídico. El ordenamiento concede esos poderes en la medida en que lo exigen o aconsejan imperativos éticos, conveniencias económicas y sociales, etc., y en esa misma medida delimita su contenido, que en alguna forma supone una limitación del ámbito de libertad de otras personas. c) El poder se concreta en ciertas posibilidades de actuación específica (facultades) que son componentes naturales suyos, pero no necesariamente esenciales. d) El derecho subjetivo se presenta como una parte o lado (activo) de la relación jurídica, mas con entidad independiente de ella y vida autónoma. Esa autonomía respecto de la relación jurídica en que se inserta le da sustantividad y posibilidad de subsistir sin detrimento de su identidad al separarse del titular, lo que le hace susceptible de tráfico, desprendido de aquella relación jurídica para insertarse en otra (transmisión del derecho de propiedad o del derecho de crédito). e) Tal situación de poder sólo adquiere la categoría de derecho subjetivo si su manejo y ejercicio queda a discreción del titular, es decir, cuando el ordenamiento jurídico confiere a éste la protección y defensa del interés jurídico protegido». Vid. ROSS, Alf: *Hacia una ciencia realista del derecho: crítica del dualismo en el derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 224, apunta que, «De acuerdo con el punto de vista románico-jusnaturalista, así como en la común racionalización del concepto de derechos subjetivos, está presente la siguiente estructura: a) Un derecho en primer lugar implica un *sujeto* humano como fuente original de las fuerzas metafísicas; b) además, un *objeto* sobre el cual se ejerce control; c) y finalmente una *protección* procesal que no es, por cierto, necesaria para la existencia ideal del derecho *per se*, sino para su realización en relación con otras personas en el mundo físico».

positivo de la licitud. Por ello afirmamos que el derecho subjetivo es la posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo.

Y es en este sentido como podemos afirmar, de acuerdo con Hans KELSEN<sup>307</sup> (Teoría normativa), que el Derecho subjetivo es, como el deber jurídico, la norma de derecho en su relación con un individuo designado por la misma norma, designación que es también facultamiento en cuanto hace depender de su declaración de voluntad (ejercicio de una acción, presentación de una demanda), la aplicación de la norma coactiva estatal. Desde luego, el llamado Derecho subjetivo, en cuanto facultad, no es más que una modalidad, una forma peculiar del Derecho objetivo: es norma, y que esa modalidad consiste en que el Derecho pone la manifestación de voluntad dirigida a exigir una determinada conducta ajena, como condición del deber de realizar la conducta exigida y, en especial, como condición de realización del acto coactivo, por lo que, quién está por la norma autorizado a manifestar en tal sentido su voluntad es, por sólo esa razón, el 'titular' del Derecho subjetivo.

En consecuencia, el Derecho subjetivo es, *stricto sensu*, la norma positiva, el Derecho objetivo, sin que esto sea obstáculo para que pueda hablarse también de él como facultad jurídica, voluntad normativa, interés objetivo y, aún más, como todas aquellas otras calidades que podamos determinar a través del orden jurídico, eso es, de la norma positiva. Así, en la forma externa, el derecho subjetivo opera como titularidad<sup>308</sup>. Concepto cuyo valor técnico reside en designar la especial condición de ser sujeto activo en una relación jurídica básica. Es un modo de concretar el derecho objetivo. Es una realidad existencial como atributo de la persona en su dimensión social. Es íntima y entrañable la vinculación entre los derechos fundamentales de la persona y los derechos subjetivos. El derecho subjetivo brinda la disposición facultativa de medios jurídicos para la defensa de libertades reconocidas u otorgadas por el derecho objetivo.

En definitiva, el Derecho subjetivo no nace de un nada, no es una entidad metafísica que acompañe al hombre desde su gestación, no es tampoco un simple correlato del deber jurídico en la mecánica del juicio normativo. El Derecho subjetivo se correlaciona con el deber

---

<sup>307</sup> Vid. KELSEN, Hans: *Teoría general del derecho y del estado...cit*, p. 87.

<sup>308</sup> Vid. PRISCO, Giuseppe: *Filosofía del derecho fundada en la ética*, Librería de Miguel Guijarro, Madrid, 1886, p. 170, indica que, «Todo derecho subjetivo supone necesariamente un *sujeto* al cual corresponde. Y este sujeto no puede ser más que el hombre. Como la esencia del derecho subjetivo es tal que necesariamente exige inteligencia, libertad y poder, y estas propiedades sólo se pueden dar en el hombre, es clara la consecuencia».

jurídico, ya que se da siempre en relación paralela con éste, por tener que fundarse la facultad de uno en la obligación de otro, pero no es correlato forzoso de tal deber, ya que es posible la existencia de éste sin un derecho correlativo, como por ejemplo en las sentencias desestimatorias, donde la pretensión fue ejercida sin que hubiera un derecho reconocido<sup>309</sup>. Los derechos subjetivos no forman, pues, un orden diverso del objetivo ni el antecedente forzoso de éste, ya que nuestras personales aspiraciones de justicia no pueden designarse objetivamente como derechos.

De todo lo expuesto podemos concluir que el Derecho subjetivo es la norma positiva; es interés objetivo traducido en voluntad normativa en la posibilidad de poner en marcha el mecanismo coercitivo del Estado. Luego, los Derechos subjetivos no forman, pues, un orden diverso del objetivo ni el antecedente forzoso de éste, ya que son medios de definidores y reguladores de las relaciones intersubjetivas y de las situaciones jurídicas. Ningún Derecho subjetivo es pensable científicamente si no hay una regla jurídica positiva que le sirva de apoyo y le dé carácter jurídico. El Derecho subjetivo es, pues, un aspecto del Derecho objetivo.

Cuanto al Derecho objetivo podemos decir que es un sistema porque todas las normas que lo integran están relacionadas entre sí, formando una unidad, de modo que unas son condicionante de otras que aparecen condicionadas. Este sistema parte de la norma de máxima generalidad (la constitucional) a la más individualizada que está constituida por el último acto de aplicación de las normas generales. Por razón de estos dos límites, el Derecho objetivo es un sistema normativo cerrado. Estas normas son imperativo-atributivas expedidas por el Estado como actividad normativa y por ello se dice que son normas jurídicas estatales que organizan la sociedad, coordinando a los sujetos jurídicos y concatenando la actividad de los mismos. Es una estructura jurídica completamente definida (no difusa) en la cual todos y cada uno de los sujetos tiene facultades y deberes<sup>310</sup>.

---

<sup>309</sup> Vid. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin: *Tratado de derecho civil*, Primer tomo, Derecho civil: parte general, Vol. primero, Introducción, derecho objetivo, derechos subjetivos, sujeto del derecho, objeto del derecho, 2. ed., Bosch, Barcelona, 1953, p. señala que, «Al derecho objetivo como ordenamiento jurídico contraponemos el derecho subjetivo, la facultad. Conceptualmente el derecho subjetivo es un poder concedido al individuo por el ordenamiento jurídico, según su fin, es un medio para la satisfacción de intereses humanos».

<sup>310</sup> Vid. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1974, pp. 10-11.



Expuestas las principales concepciones acerca del Derecho subjetivo y objetivo, tenemos que el Derecho de devolución es un derecho de crédito que posee un régimen jurídico concreto y un contenido distinto al resto de las situaciones jurídicas subjetivas. Así, resulta en una situación jurídica activa de carácter patrimonial que posee el particular frente la situación jurídica pasiva u obligación de la Administración cuyo cumplimiento conlleva la satisfacción del derecho de crédito<sup>311</sup>. En tal sentido, entendemos al derecho a la restitución y el deber de restituir, como incardinados en una relación más amplia nacida del ejercicio de la potestad de imposición.

Las Leyes tributarias al establecieron los tributos, también instrumentaliza y reconoce a los ciudadanos mecanismos contra el Fisco cuando éste se apropia de parcelas patrimoniales indebidas. Esta apropiación, por lo tanto, genera un derecho de crédito (un Derecho objetivo) que no se confunde con una posible acción de restitución (un Derecho subjetivo). Así que, cuando la Ley tributaria define los supuestos de la devolución de tributos ilegítimos está concretizando y garantizando la existencia de tal Derecho objetivo. Ahora bien, imponer un deber significa precisamente *imperar*. Por consiguiente, aquello que es una simple afirmación u observación de un hecho, no tiene carácter jurídico. Y ésto, no pasa en la situación de examen, la Ley General Tributaria define la devolución de los ingresos indebidos como una obligación de la Administración tributaria, aquí, no cabe indagaciones acerca de la existencia de una conveniencia al poder público, solamente, tenemos un mandato imperativo, traducido en un deber jurídico objetivo.

### *1.5 Contenido del derecho a la devolución de ingresos indebidos*

El objeto de toda obligación se halla constituido por una determinada conducta exigible al deudor. En el caso que nos ocupa consiste en dar. Pero como dicha conducta, a su vez, tiene por objeto dar una cantidad de dinero, cabe distinguir entre el objeto inmediato (dar) y el

---

<sup>311</sup> Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre. **Artículo 30.** Obligaciones y deberes de la Administración tributaria. 1. La Administración tributaria está sujeta al cumplimiento de las obligaciones de contenido económico establecidas en esta Ley. Tienen esta naturaleza la obligación de realizar las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, la de devolución de ingresos indebidos, la de reembolso de los costes de las garantías y la de satisfacer intereses de demora. **Artículo 221.** Procedimiento para la devolución de ingresos indebidos. 1. El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos se iniciará de oficio o a instancia del interesado, en los siguientes supuestos:

objeto mediato (la cantidad que está obligado a dar el sujeto pasivo)<sup>312</sup>. Refiriéndonos a este último, constituye el objeto de la obligación de devolución la cantidad que está obligado a satisfacer el sujeto pasivo, y cuyo pago supone la extinción del vínculo nacido como consecuencia del ingreso indebido. Esta cantidad está integrada por la totalidad de las sumas entregadas indebidamente, y que pueden corresponder a muy distintos conceptos. Junto a la obligación de devolución de carácter principal, cuyo objeto mediato está integrado por la totalidad de las cantidades indebidamente entregadas, existe una obligación de devolución de carácter accesorio, que es devolver los intereses de la cantidad indebidamente ingresada<sup>313</sup>.

El presente estudio se centrará únicamente en dos elementos integrantes de la deuda tributaria (la cuota tributaria y el interés de demora). Sin embargo, no ignoramos los demás elementos que poden integrar el Derecho de restitución: los recargos exigibles legalmente sobre las bases o las cuotas; el recargo de apremio; y las sanciones pecuniarias, etc.

En este momento hay que señalar tan sólo que, a diferencia de la obligación material a cargo de la Administración consistente en la devolución de cantidades, en este caso la obligación material de devolver surge porque se han ingresado cantidades sin tener el deber de hacerlo. Como ejemplos de tal circunstancia, es posible señalar los casos en que se paga un mismo tributo dos veces, cuando se paga una deuda tributaria por un importe superior al que legalmente corresponde, o cuando se satisface una deuda que se hallaba prescrita por el paso del tiempo<sup>314</sup>. Obsérvese, que a diferencia de los supuestos de devolución, el origen de esta obligación material a cargo de la Administración se halla en la improcedencia del ingreso realizado<sup>315</sup>.

---

<sup>312</sup> Vid. PÉREZ DE AYALA, José Luis; GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio: *Curso de derecho tributario...cit.*, p. 267, señala que, «En nuestra Ley General Tributaria existen, sin duda, dos conceptos de deuda tributaria: a) En primer lugar, en determinados artículos se utiliza la expresión deuda tributaria como idéntica a la que en lecciones anteriores hemos llamado obligación tributaria material, donde creemos claro que el legislador, al referirse a la deuda tributaria, lo hace como sinónimo de la obligación tributaria material). Este modo de entender la deuda tributaria material es, por otra parte, frecuente en la doctrina. b) Un segundo concepto, sin duda también empleado en la ley, hace referencia, bajo la denominación de deuda tributaria, al *contenido* de la prestación de dar que constituye el *objeto* de la obligación tributaria material. Esta tiene por objeto la prestación, el pago de la deuda tributaria, así entendida».

<sup>313</sup> Vid. CASANA MERINO, Fernando: *La devolución de los ingresos...cit.* p. 85.

<sup>314</sup> Vid. FANTOZZI, Augusto: *Diritto tributario*, UTET, Torino, 1991, p. 398, apunta que, « El primer caso de la devolución es la falta de ley. El pago es injusto desde el principio o viene, posteriormente, por una norma que le regule».

<sup>315</sup> Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, «Artículo 221. Procedimiento para la devolución de ingresos indebidos. 1. El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos

En conclusión, el indebido puede extenderse no sólo a la cuota tributaria sino a cualquiera de los otros conceptos de la deuda o a todos a la vez, por consiguiente, si se reconoce el derecho a la devolución de ingresos indebidos en toda su amplitud deberá extenderse no sólo a la cuota tributaria sino a todos los elementos de la deuda tributaria. Asimismo si se reconoce el carácter indebido de una parte o porción de la cuota, no se devolverá todo lo ingresado, tan sólo lo hará en la medida en que sea declarada indebida la cuota; además, como lo que queda de los conceptos depende de la cuota se reintegrarán en razón de la cuantía de la cuota reconocida como indebida.

### ***1.5.1 Importe del ingreso indebidamente efectuado***

A menudo deuda tributaria y cuota tributaria coinciden cuantitativamente, aunque ello no significa, como pudo verse, que sus conceptos sean idénticos, ya que el concepto de deuda tributaria es más amplio que el de cuota tributaria. La cuota es el elemento necesario y principal de la deuda tributaria, pero no debe confundirse con ésta ni cualitativa ni cuantitativamente<sup>316</sup>.

Se estará ante una deuda tributaria, entendida en sentido amplio, a través de dos factores: primero, según los elementos cuantitativos que forman parte de cada una de ellas; y segundo, según el número de sujetos activos acreedores que intervengan.

Si la deuda coincide con la cuota y es declarada indebida en su totalidad, entonces se devolverá íntegramente, piénsese en el caso que no se haya realizado el hecho imponible. Si, por el contrario, tan sólo se declara excesiva en una porción, se devolverá parte de esa cuota, concretamente la declarada indebida, por ejemplo, es el caso de un error aritmético o de una cuantificación calculada en exceso.

---

indebidos se iniciará de oficio o a instancia del interesado, en los siguientes supuestos: a) Cuando se haya producido una duplicidad en el pago de deudas tributarias o sanciones. b) Cuando la cantidad pagada haya sido superior al importe a ingresar resultante de un acto administrativo o de una autoliquidación. c) Cuando se hayan ingresado cantidades correspondientes a deudas o sanciones tributarias después de haber transcurrido los plazos de prescripción. d) Cuando así lo establezca la normativa tributaria».

<sup>316</sup> Vid. PÉREZ DE AYALA, José Luis; GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio, *Curso de derecho tributario...cit.*, p. 270.

Desde luego, el objeto de la devolución de un ingreso calificado como indebido está constituido por el importe del ingreso indebidamente efectuado e incluirá todas aquellas cantidades satisfechas por lo administrado, bien en cumplimiento de sus obligaciones tributales, bien como consecuencia del castigo impuesto por infringir el ordenamiento tributario, y que devienen indebidas ab origine o como consecuencia de la revisión de una actuación del particular o acto administrativo en la aplicación de los tributos o en la imposición de sanciones. El derecho a la devolución del ingreso tributario indebido debe recoger todas estas cantidades si fuera servir para garantizar que con la devolución se retorna al estado de legalidad<sup>317</sup>.

### ***1.5.2 Los intereses de demora***

A continuación trataremos de la obligación de pagar intereses, accesoria con respecto a la obligación de devolución de carácter principal, pero que tiene una naturaleza distinta, pues en este caso no se trata de una obligación de devolución, sino de una obligación de pago. No se trata de devolver una cantidad ya ingresada, sino de pagar una cantidad superior a la ingresada, y que se calcula en función de ella, pues los intereses se giran sobre la cuota más los recargos, costas, intereses y sanciones, en su caso<sup>318</sup>.

Cuando el contribuyente cumple con la obligación de ingresar la deuda tributaria en la que se contienen los intereses de demora correspondientes a un retraso en el cumplimiento de la misma, y posteriormente se reconoce un derecho a la devolución total o parcial de esta deuda, le corresponderá al contribuyente derecho a la devolución de los intereses de demora exigidos por la deuda declarada indebida o la cantidad que le corresponda en atención a la porción de la deuda que ha sido declarada indebida.

---

<sup>317</sup> Vid. CAMBRA GRAS, José Manuel, MIÑANA, Ricard Pérez, BELADA RIBELES, Luis Jesús: «Devolución de ingresos indebidos», en *Revisión e impugnación de actuaciones tributarias*, José Garberí Llobregat - director, Bosch, Barcelona, 2006, Tomo I, p. 407.

<sup>318</sup> La Profa. Rosa María Galán el interés de demora es la Prestación inherente a la aplicación de los tributos, de carácter obligacional, nacida por el retraso en el pago de una obligación tributaria, que consiste en dar una cantidad de dinero proporcional a la cuantía de la obligación tributaria principal y al tiempo en que se retrase su pago. Vid. ALFONSO GALÁN, Rosa María: *Los Intereses por retraso o demora a favor de la Hacienda Pública*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 76; Ya Jesús Rodríguez Márquez propone que el interés de demora puede definirse como aquella prestación pecuniaria que debe satisfacerse como consecuencia de la realización del pago extemporáneo de una deuda tributaria, sin que, a tales efectos, tenga relevancia la concurrencia o no de culpabilidad en el deudor y que se calcula en función del principal debido, del tipo aplicable y del tiempo al que se extienda el retraso. Vid. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús: *El interés de demora en la Ley General Tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 53.

La razón se encuentra en que el interés de demora es un integrante accesorio de la deuda tributaria, es decir, guarda relación directa con una obligación tributaria ya realizada, cuya existencia sin ella, sería imposible el nacimiento mismo de la obligación accesoria. Por consiguiente, no debe resultar extraño que si se declara indebida una deuda o la parte de una deuda tributaria, se deba devolver la totalidad o la parte correspondiente de los intereses de demora devengados correspondientes a la cantidad que se declarada indebida<sup>319</sup>.

Cuando se hace alusión a una deuda tributaria que devenga intereses de demora se está haciendo referencia a cualquier supuesto que produzca dichos intereses. En todo caso se observa un común denominador y es que la accesoriidad de los intereses de demora respecto de la deuda tributaria conduce a asegurar que si declara indebida una deuda tributaria también se van a ver afectados los intereses de demora<sup>320</sup>.

No obstante el carácter accesorio de los intereses tributarios, eso es, de que su devolución está unida con la deuda que total o parcialmente que ha sido declarada indebida, plantearse la posibilidad de la devolución exclusivamente de los intereses de demora sin afectar en nada a la deuda tributaria.

Fernando SERRANO ANTÓN<sup>321</sup> afirma que se puede pensar en dos casos: el primero, correspondiente a un cálculo erróneo de los intereses de demora a la hora de su cuantificación; y un segundo supuesto, que sería aquél que afecta al contribuyente que habiendo cumplido su obligación en plazo, le exigen unos intereses que son pagados erróneamente —por ignorancia de la situación en que se encuentra— como si se tratara del período ejecutivo. Pues bien, el primer caso versa sobre un error aritmético en el cálculo de intereses de demora sobre una cuota que está perfectamente hallada. En el segundo caso, la exigencia de esos intereses indebidos se hace por parte de la Administración, con lo que se puede tachar de ilegal. El procedimiento a seguir en ambos casos consiste en solicitar el reconocimiento del derecho a la devolución de los intereses indebidamente percibidos por la Administración, a través, como no podría ser distinto, de la impugnación del acto en donde se liquiden los mismos.

---

<sup>319</sup> Vid. SOLER ROCH, María Teresa: «Notas sobre la configuración...*cit.*, p. 17.

<sup>320</sup> Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar: *La devolución de ingresos...cit.*, p. 223.

<sup>321</sup> Vid. SERRANO ANTÓN, Fernando: *Las devoluciones tributarias...cit.*, p. 162.

Analizaremos, entonces, con separación el pago de intereses en la obligación civil y el pago de intereses en la obligación de devolución de los tributos, con la finalidad de aplicar los principios acuñados por la doctrina civilista, si ello fuera posible, al ámbito tributario.

#### 1.5.2.1 El pago de intereses en las obligaciones civiles de devolución

Para Manuel ALBALADEJO<sup>322</sup> el interés legal tiene dos sentidos. En un primer sentido se habla de interés legal para aludir a su origen, ya que es la ley quien establece su pago. En otro sentido se habla del interés legal aludiendo a la cuantía, ya que es la ley quien la fija.

Ludwig ENNECCERUS<sup>323</sup> define intereses como la cantidad de cosas fungibles que pueden exigirse como rendimiento de una obligación de capital en proporción al importe o al valor del capital y al tiempo por el cual se está privado de la utilización del mismo.

En opinión de NÚÑEZ LAGOS<sup>324</sup>, los intereses tienen una finalidad indemnizatoria, habiendo el deudor incurrido en mora sin necesidad de interpelación ni requerimiento alguno. La categoría de intereses moratorios nos lleva a establecer su distinción con otras clases de intereses, en especial con los conceptos de intereses correspectivos y compensatorios.

Siguiendo a Jesús CARDENAL FERNÁNDEZ<sup>325</sup>, cabe distinguir entre los siguientes tipos de intereses: i) Intereses moratorios: son los que tienen su fundamento en el resarcimiento del daño causado por el deudor a su acreedor como consecuencia del retraso culposo en la entrega de la cantidad debida; ii) Intereses correspectivos: son aquellos que tienen la función de restablecer el desequilibrio producido en el patrimonio del deudor como consecuencia de la indisponibilidad de una suma de dinero durante el tiempo que se encuentra en poder del acreedor. Se fundan en la presunción de productividad del dinero, siendo incompatibles con los intereses moratorios. A partir del día de la mora, los intereses correspectivos se convierten en moratorios, pero no se acumulan a estos; iii) Intereses compensatorios: son aquellos que tienen por finalidad restablecer el desequilibrio existente en

---

<sup>322</sup> Vid. ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*. II...cit., pp. 69-70.

<sup>323</sup> Vid. ENNECCERUS, Ludwig: *Tratado de derecho civil...cit.*, p. 53.

<sup>324</sup> Vid. NÚÑEZ-LAGOS, R.: *Código civil...cit.*, pp. 314-315.

<sup>325</sup> Vid. CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús: *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Montecorvo, Madrid, 1979, p. 255 y ss; Vid. ALFONSO GALÁN, Rosa María: *op. cit.*, pp. 80-85.

el patrimonio del acreedor como consecuencia de la falta de percepción de los frutos producidos por la cosa debida. En los intereses correspondientes la circunstancia relevante es la indisponibilidad de una suma de dinero, mientras en los compensatorios, lo relevante es la falta de percepción de los frutos, de tal forma que si la cosa no produce frutos, los intereses compensatorios no nacen.

#### 1.5.2.2 El pago de intereses en las obligaciones de devolución de ingresos tributarios indebidos

Los preceptos civiles relativos al cobro de consecuencia del ingreso indebido de un tributo reflejan en algún nivel en las obligaciones de devolución. Así, uno de los fundamentos del pago de intereses por parte de la Administración no se encuentra ya en la devolución de una cantidad que se había obtenido de forma ilegítima e ilegal en concepto de tributo, sino que se debe buscar en el carácter indemnizatorio de aquéllos. Además, razones elementales de justicia exigían el restablecimiento del equilibrio en la relación crediticia surgida como consecuencia de la resolución de un expediente de devolución de ingresos indebidos y lo hace, no sólo compensando las posibles actuaciones moratorias de la Administración, sino, además, procurando al particular la satisfacción de los intereses correspondientes derivados de la utilización de esas sumas monetarias por el tesoro. Por consiguiente, se perciben intereses correspondientes desde el día en que se produjo el ingreso indebido, e intereses moratorios desde que transcurrido el plazo legal correspondiente sin que el indebido se haya devuelto por la Administración. Unos y otros se contabilizan desde la fecha en la que se realiza el ingreso hasta su efectiva devolución, aplicando el mismo interés tanto a los intereses correspondientes como a los moratorios<sup>326</sup>.

El devengo de intereses comienza desde el momento en que se efectuó el ingreso en el Tesoro hasta que se haya producido la devolución del mismo por la Administración, es decir, mediante el pago materia. Además, de ser una obligación administrativa de carácter automático (*ope legis*), no hace falta su solicitud por escrito<sup>327</sup>.

---

<sup>326</sup> Vid. ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto: *Derecho tributario*. Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 136.

<sup>327</sup> Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, «Artículo 32. 2. Con la devolución de ingresos indebidos la Administración tributaria abonará el interés de demora regulado en el artículo 26 de esta Ley, sin necesidad de que el obligado tributario lo solicite. A estos efectos, el interés de demora se devengará desde la fecha en que se hubiese realizado el ingreso indebido hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución».

En definitiva, con el ingreso indebido se origina, como consecuencia, un pago no procedente realizado por el obligado tributario. Este ingreso sin cobertura legal lleva al particular derecho a solicitar su devolución, con los correspondientes intereses, visando un justo reequilibrio financiero de los particulares frente a las ablaciones indebidas del Estado.

### *1.6 La declaración de inconstitucionalidad y los ingresos indebidos*

Una serie de problemas que desafía constantemente la garantía constitucional de reembolso del indebido es la cuestión de la declaración de inconstitucionalidad *soluti retentio* a favor de la Hacienda Pública, impidiendo la devolución de las cantidades ya recogidas.

El derecho al reembolso de las sumas indebidas, como expuestos en el apartado 1.3 goza de protección constitucional, tanto por el principio de legalidad como de capacidad económica<sup>328</sup>.

El principio de legalidad en materia tributaria garantiza al particular que él efectuará la prestación en favor del Estado sólo cuando una ley imponga tal obligación y en la medida requerida por ella. Esta garantía, para ser completa, debe ser entendida no sólo en el sentido de que la ley legitima la tributación, sino también en el sentido de que la tributación no prevista en la ley no puede modificar el equilibrio patrimonial. Si la Administración tributaria, pudiera adquirir por alguna razón sumas no adeudadas a la ley (es la ley que deberá revelar el método para determinar la cantidad), el principio de legalidad se vería muy afectado, pues permitiría a las autoridades fiscales la adquisición de fondos fuera de los casos específicamente previstos.

De hecho, la regla del *soluti retentio* a favor de la Hacienda Pública resultaría en una interpretación en —blanco de la materia fiscal, lo que no es compatible con el principio de la legalidad. El valor y la confianza de las normas fiscales serían afectadas, ya que la imposición fiscal se lograría no sólo por efecto de las disposiciones fiscales legítimas y específicas, pero también fuera de los supuestos legales, es decir, con base en una norma inconstitucional. Indudablemente, el principio del *soluti retentio* a favor de la Hacienda Pública viola el principio constitucional de la capacidad económica. Este principio requiere que el deber de

---

<sup>328</sup> Vid. TESAURO, Francesco: *Il rimborso dell'imposta ...cit.*, p. 33.



contribuir a los gastos públicos esté vinculados a situaciones y personas que presenten una aptitud especial, que es precisamente la capacidad contributiva<sup>329</sup>.

La regla del *soluti retentio*, puede constituir en más un instrumento de obtención de dinero para el gasto público. La temeraria solución, reconocería situaciones que no están relacionadas con la expresión de capacidad económica, ya que el pago en indebido no está vinculado a ninguna hipótesis de hecho típica. Se enriquecería la Hacienda pública por un lado, basado en un agotamiento fiscal sin indicadores típicos de capacidad económica.

De esto se deduce que si los tribunales consienten que la Administración tributaria puede retener cantidades tomadas a través de hechos impositivos ilegales, entonces, permite, implícitamente, que el Legislador establezca una ley que autorice a la Administración la conveniencia o no del reembolso de los tributos. Violaría a un sólo tiempo, el contenido material de la reserva de ley y la capacidad contributiva.

Los principios mencionados son una de las garantías constitucionales de protección del patrimonio privado, asegurando que el Estado no se utilice de otros instrumentos tributarios, sino a través de la debida fuente normativa y en las situaciones que presentan señales de capacidad contributiva. Puede suceder, por diversas razones, en especial por la declaración de inconstitucionalidad, que un tributo se produzca sin el respeto de estos principios y, desde luego en el derecho la repetición es el instrumento principal para el reequilibrio patrimonial de los particulares atingidos por la tributación ilegal.

Así, el derecho de repetición del indebido desempeña un papel de gran importancia, ya que por naturaleza tiene por objetivo resguardar los derechos patrimoniales de los individuos contra los ataques estatales a las limitaciones constitucionales al poder de tributar.

---

<sup>329</sup> Vid. MOSCHETTI, Francesco: *Il principio della capacità contributiva*, CEDAM, Padova, 1973, pp. 23-24; Vid. GIARDINA, Emilio: *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva...cit.*, p. 34; Vid. MANZONI, Ignazio: *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano...cit.*, p. 13 y ss; Vid. GAFFURI, Gianfranco: *L'attitudine alla contribuzione*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 225 y ss; Vid. MAFFEZZONI, Federico: *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Editrice Torinese, Torino, 1971, p. 6; Vid. NABAIS, José Casalta: *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 496 y ss. Vid. HERRERA MOLINA, Pedro Manuel: *Capacidad económica y sistema fiscal: análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 82 y ss.

La gran amenaza al derecho de restitución de los tributos indebidos es la declaración de inconstitucionalidad con efectos *ex nunc*, que difícilmente escapa al juicio de censura y de reproche.

A menudo cuando la sentencia declara la inconstitucionalidad de una ley, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, las disposiciones o actos con fuerza normativa a los que deban extenderse por conexión o consecuencia. Ocurre una invalidez *ab initio* de la ley inconstitucional<sup>330</sup>.

La inconstitucionalidad de la ley es equivalente a la nulidad de la misma. Sin embargo, la doctrina de los “efectos prospectivos”, explica la desvinculación entre la nulidad y la inconstitucionalidad. Dicha doctrina señala la posibilidad de sentencias que declaran la inconstitucionalidad pero no la nulidad de la Ley. Al postre, mediante esta técnica los efectos se producen en el futuro excluyéndose toda retroactividad<sup>331</sup>.

Además, se añade que la sentencia que considera que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto (tanto en casos de inconstitucionalidad como de nulidad) no implica la revisión de una serie de situaciones jurídicas creadas al amparo de la normativa inconstitucional: i) las situaciones decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada; ii) las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes; iii) y aquellas afectadas por el vacío normativo derivado de una declaración de inconstitucionalidad. En estos casos falta la norma que indique en qué sentido rectificar las consecuencias de un precepto inconstitucional.

La razón de esta doctrina prospectiva se encuentra en la protección de las “arcas públicas” contra una posible quiebra financiera del Estado. Así, el interés general legitima a la no devolución de los ingresos basados en una ley inconstitucional. No puede entenderse esto como una especie de absoluta discrecionalidad por parte del Tribunal, más parece que puede

---

<sup>330</sup> Vid. ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco: *La configuración jurídica del...cit.*, p. 353, para quien señala, «la Sentencia declaratoria de nulidad, como es sabido, tiene eficacia *ex tunc*; las referencias a la ineficacia originaria; a una invalidez *ex origine* o a una nulidad *a radice*».

<sup>331</sup> Vid. ZORNOZA PÉREZ, Juan José: «Aspectos constitucionales del régimen de tributación conjunta en el IRPF (Comentario a la STC 45/1989, de 20 de febrero)», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, n. 27/1989, p. 190 y ss.

defenderse la posibilidad de que el Tribunal opere excepcionalmente otros principios constitucionales que podrían hacerse prevalecer.

Todo eso significa nada más que una labor siniestra que vulnerarse de forma implícita la Constitución, además es una peligrosa carta blanca a ese principio nada jurídico “del poder normativo de lo fáctico”<sup>332</sup>.

Los ingresos indebidos deberán ser devueltos de acuerdo con los más elementales principios de justicia. Tales efectos prospectivos han producido confusión e incertidumbre y muestra innumerables problemas sobre los efectos de la declaración.

La política tributaria de un Estado debe incentivar a los contribuyentes a pagar los impuestos que inciden contra ellos. Además, este incentivo será más efectivo al paso que sea garantizado el derecho a devolución de los ingresos considerados ilegales; es un incremento a más de confianza y de seguridad al contribuyente en el rato de cumplir con sus obligaciones fiscales<sup>333</sup>.

En definitiva, es inadmisibles condicionar el reconocimiento del derecho fundamental de restitución de los ingresos indebidos a un juicio cuantitativo de coste económico, eso es, los particulares sólo tendrían derecho a la devolución en las situaciones de escasa cuantía a devolver. En este panorama, el examen del derecho de reembolso, se iniciaría no con base los principios y garantías de los contribuyentes, sino, a partir de la conveniencia del Estado.

---

<sup>332</sup> Vid. SERRANO ANTÓN, Fernando: *Las devoluciones tributarias...cit.*, p. 294.

<sup>333</sup> Vid. E. PALMER, George: *The Law of Restitution*, Volume II, Little Brown and Company, Boston-Toronto, p. 340.

## 2 LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR EN MATERIA TRIBUTARIA

### 2.1 Consideraciones propedéuticas

Los antiguos romanos, que fueron gente muy sabia y muy práctica, sintetizaron los grandes principios jurídicos en tres axiomas, a los que el Derecho podría reducirse como mínima expresión y no obstante ser suficientes para abarcar todos los aspectos a regular por las normas: *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) *alterum non laedere*, es decir no dañar al otro. Para los romanos a partir de esos principios se podía ante cualquier situación saber cómo comportarse en relación con los demás.

El principio del *alterum non laedere* es, como la noción misma de derecho, inseparable de la de alteridad, es decir en relación a otro, o lo que es lo mismo tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque al daño que uno se infiere a sí mismo no entra en la consideración de la responsabilidad civil, como sería el caso del suicida o de quien se flagela por motivos religiosos, o cuando la víctima ha sido culpable del daño. Por eso Ricardo de ANGEL YÁGÜEZ comienza su libro sobre el tema diciendo que “*el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana*”<sup>334</sup>.

El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que mucho por el contrario hace nacer una obligación –en sentido jurídico– de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama “responder” o ser “responsable” o tener “responsabilidad” por el daño padecido por otra persona. La obligación de reparar el daño ha sido considerada por los autores como una sanción, más propiamente como una sanción resarcitoria, para que se la pudiera diferenciar de la sanción represiva propia del ámbito penal.

Podemos entonces hacer un resumen al decir que el principio general del derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es conculcado, acarrea

---

<sup>334</sup> Vid. ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo de: *La responsabilidad civil*, 2. ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, p. 21.

una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado, o como dice DE CUPIS una reacción del derecho para facilitar la represión del daño<sup>335</sup>.

Debemos aclarar sin embargo que no siempre que se causa un daño se responde. De todos modos las excepciones a la indemnización del daño, debido al progreso jurídico y muy en especial de esta materia, cada vez son menores, porque se considera conveniente que la víctima sea compensada de algún modo.

## 2.2 Una primera aproximación a función de la responsabilidad patrimonial del Estado

Previamente, antes del análisis de las funciones de la responsabilidad extracontractual del Estado, hace falta estudiar las funciones que la doctrina iusprivatista atribuye, en general, a la institución de la responsabilidad extracontractual, institución donde la primera procede<sup>336</sup>.

La palabra '*responsabilidad*' es polisémica, debido a los muchos significados que conlleva. Cuando se afirma que alguien es responsable, según el contexto en que se expresa, se indica que se trata de una persona sensata, o que tiene cierta obligación específica por razón de un cargo, o que se halla obligado a pagar una deuda o reparar un daño, o que es un actor de un acto ilícito, o sufrirá una sanción por acto ilícito cometido por él o por tercero<sup>337</sup>.

No es fácil, por lo tanto, exponer cuáles son las funciones que cumple la responsabilidad civil, ya que realiza una variedad de ellas y que ninguna está en grado de explicar por sí sola la compleja estructura de las reglas jurisprudenciales sobre el ilícito civil. Así, ninguna función es, aisladamente considerada, suficiente para explicar la entera estructura del juicio aquilino. Además, dichas funciones dependen, lógicamente, del concreto

---

<sup>335</sup> Vid. DE CUPIS, Adriano: *El daño*. Teoría general de la responsabilidad civil, Bosch, Barcelona, 1970, p. 82.

<sup>336</sup> Vid. LÓPEZ MUÑOZ, Riánsares: *Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la administración de justicia*, 2. ed., Comares, Granada, 2000, p. 27; Vid. FLOGAÏTIS, Spyridon: *Administrative law et droit administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1986, pp. 203-204, señala que, «La teoría de la responsabilidad administrativa representa un capítulo a más del espíritu privatista que atraviesa el Derecho administrativo. Con su naturaleza publicista fragmentada, la responsabilidad administrativa nunca ha sido libertada en su totalidad de la teoría general de la responsabilidad de manera que la apariencia privatista se mantiene intacta».

<sup>337</sup> Vid. GUIBOURG, Ricardo A.: *Teoría general del derecho*. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 35; Vid. ZANOBINI, Guido: *Corso di diritto amministrativo*. V. I, Principi generali, 6. ed., A. Giuffrè, Milano, 1952, p. 269, indica que, «La responsabilidad indica una obligación de alguien en virtud de las consecuencias de un acto perjudicial. La responsabilidad del entidad pública no puede, en ningún caso, prescindir de la ocurrencia de un evento dañoso, mismo que sea consecuencia de una actividad lícita y legítima».

alcance y configuración que reciba el sistema de responsabilidad recogido por cada ordenamiento jurídico<sup>338</sup>.

Sin embargo, si le preguntamos a un sujeto cualquiera ¿por qué ante un daño el sujeto dañador debe indemnizar a la víctima?, este posiblemente nos responda que el Derecho reacciona así para que la víctima puede pagar sus gastos y para que el acto realizado por el dañador no quede impune. Como observamos esta es una respuesta sencilla en la que encontramos sólo dos de las funciones de la responsabilidad civil, esto es, la función resarcitoria y la función sancionadora, pero ¿ellas son las únicas?, la respuesta es un completo no. Probablemente el sujeto al que se le hizo la pregunta detuvo su análisis en las consecuencias que la indemnización traería para las partes involucradas directamente con el daño, o sea, el dañador y la víctima; pero la responsabilidad civil no debe tener una visión miope, sino que además debe mirar más allá, debe tomar en cuenta el rol de las reglas concernientes a la responsabilidad civil en el comportamiento de toda la sociedad en su conjunto. El primero de los enfoques, es decir el que tan sólo observa las consecuencias de la responsabilidad civil entre el dañador y el dañado (óptica tradicional), toma el nombre de enfoque microsistémico, y el segundo de los enfoques que observa las consecuencias ante toda la sociedad se denomina enfoque macrosistémico.

Desde luego, se deduce que el principio de responsabilidad patrimonial es uno de los más importantes del Derecho y, en particular, del Derecho Público, por cuanto que protege a los ciudadanos que actúan correctamente en su vida cotidiana de los daños y perjuicios que puedan sufrir como consecuencia de acciones ajenas provenientes, sea de otros ciudadanos, sea de los poderes públicos<sup>339</sup>.

---

<sup>338</sup> La cuestión, además, se complica enormemente porque con gran frecuencia se confunden las funciones que *tiene* la responsabilidad civil con las que la misma *debería tener*. Esta materia es muy propicia, en efecto, a la confusión de los planos del ser y del deber ser. Por si fuera poco, además, existen no pocas divergencias en el momento de determinar las funciones que *debe* tener la institución de la responsabilidad civil. La fijación de las funciones que deben corresponder a la responsabilidad es, como resulta obvio, la cuestión más importante, aquella en la que convergen y se ponen de manifiesto las diferencias dogmáticas y —sobre todo— ideológicas que separan a los distintos autores. *Vid.* MIR PUIGPELAT, Oriol: *La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, p. 132.

<sup>339</sup> *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Fundamentos de derecho administrativo*, tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 221, destaca que: «El principio de garantía patrimonial de los ciudadanos constituye uno de los pilares, quizás el básico, en que el Estado liberal se apoya desde sus propios orígenes. Uno de los más poderosos motores de las revoluciones burguesas se localizó en la decisión de finalizar definitivamente con una historia multiseccular de apropiaciones abusivas y confiscaciones operadas autoritariamente por los monarcas sobre los bienes de los súbditos». *Vid.* GARRIDO MAYOL, Vicente: *La*

El enfoque microsistémico o diádico -óptica tradicional-, permite verificar el modo de actuación de los distintos elementos de la figura en una específica relación, es decir, observa el papel cumplido por la responsabilidad civil en dos sujetos específicos: el dañante y el dañado, y es allí donde acaba su análisis; en cambio el segundo, denominado enfoque macrosistémico o sistémico permite identificar la función de la responsabilidad civil en el modelo económico que se tome como referencia, tomando en consideración no sólo al dañante y a la víctima sino también a la sociedad en general que comparte un mismo modelo jurídico<sup>340</sup>.

Desde la óptica microsistémica encontramos principalmente, a) la función satisfactiva, considerada como garantía de un adecuado resarcimiento a favor del sujeto dañado, b) la función sancionadora, que pune con sanciones civiles cuando la conducta haya infringido en modo relevante las reglas de conciencia social, y c) la distribución del daño, como la función de restaurar el *status quo* ante el que se encontraba el damnificado antes de padecer el perjuicio.

Desde la óptica macrosistémica encontramos principalmente, a) la función disuasiva de actividades, que permitirá incentivar conductas preventivas de los daños y a su vez desincentivará las conductas dañosas; y b) la función de distribución social del riesgo, que vuelva su análisis en el estudio de los sujetos que se ven beneficiados con el desarrollo de determinada actividad, siendo este el presupuesto para que tales sujetos sean quienes soporten

---

*responsabilidad patrimonial del estado especial referencia a la responsabilidad del estado legislador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 54, donde señala la necesidad histórica de un sistema de responsabilidad civil aplicada a los poderes públicos, a saber: «La estabilidad requerida por la economía capitalista exigía erradicar este estado de cosas (las apropiaciones abusivas por parte del Estado), lo que se pretende conseguir mediante la implantación de tres postulados: primero, que las apropiaciones de los bienes de los súbditos habían de limitarse a aquellos casos excepcionales en que lo impusiera una necesidad o razón de utilidad pública evidente, y no la conveniencia o lucro personal del Rey; segundo, que la constatación de la existencia de tal necesidad no debía hacerla el monarca, sino sólo la representación popular encarnada en el Parlamento; y ello, no sólo por su presunta objetividad y neutralidad en cuanto al destino final del objeto apropiado, sino ante todo por su legitimidad: sólo la representación genuina de la comunidad puede excepcionar y levantar la protección que ampara la esfera jurídica de los ciudadanos. Y tercero, y fundamental, que estas apropiaciones sólo pueden afectar a un objeto determinado, pero no a su valor económico, que debe permanecer intacto: la comunidad puede apropiarse de un objeto propiedad de un ciudadano, pero debe entregarle una suma equivalente a su valor real; entrega que, además, debe ser previa y anterior a la apropiación del objeto, como condición indispensable para llevarla legítimamente a término».

<sup>340</sup> Vid. FRANZONI, Massimo: “La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones”, En: *Estudios sobre la responsabilidad Civil*, Ara Editores, Lima, 2001, p. 199-201.

el riesgo de la realización de dicha actividad, esta concepción encuentra su fundamento en el principio solidarístico en el que todos debemos contribuir para todos<sup>341</sup>.

La doctrina civilista señala que la función primordial de la responsabilidad extracontractual es de reparar o compensar; la responsabilidad civil, en este sentido, persigue la reparación de los daños producidos a las víctimas<sup>342</sup>. La reparación de daños parece ser, en efecto, la razón de ser de la institución, la que justifica su existencia, se puede decir que se trata de una función metajurídica (todos tienen que reparar sus faltas); una responsabilidad civil que no reparara daños no sería, seguramente, una verdadera responsabilidad civil, sino una institución distinta e inocua<sup>343</sup>.

Una segunda función de la responsabilidad civil generalmente admitida es la preventiva; las normas de responsabilidad civil, además de indemnizar, sirven para prevenir la producción de daños. No obstante, una parte de la doctrina española niega la función preventiva de la responsabilidad<sup>344</sup>. Porque dicha doctrina no distingue, muchas veces, entre prevenir y castigar, entre prevenir y retribuir<sup>345</sup>.

---

<sup>341</sup> Vid. TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e Responsabilità Oggettiva*, Giufre Editore, Milano, 1961, p. 16.

<sup>342</sup> Vid. LARENZ, Karl: *Derecho de obligaciones*, tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 562, para quien, «El que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo en cuanto sea del mismo responsable y hasta donde alcance su responsabilidad. Así, surgen relaciones obligatorias legales derivadas de daño imputable que la ley ha regulado bajo la rúbrica de *actos ilícitos*. Sin embargo, no todo daño imputable implica en sentido propio un acto ilícito, un acto *injusto* imputable. A veces para conservar un bien jurídico de más valor la ley permite la infracción de un bien jurídico de otro, pero al favorecido por ello se le impone en compensación un deber de indemnizar».

<sup>343</sup> Vid. PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Art. 1.902», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándid... [et al.]. 2. ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1971; Vid. ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de: *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 60; Vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Derecho de daños*, 1. ed., Civitas, Madrid, 1999, pp. 56/62; Vid. ROCA I TRIAS, Encarna: *Derecho de daños: textos y materiales*, 5. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 24-25; Vid. FRANZONI, Massimo: *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, CEDAM, Padova, 1988, p. 19. Vid. VINEY, Geneviève; MARKESINIS, B. S.: *La réparation du dommage corporel: essai de comparaison des droits anglais et français*, Economica, Paris, 1985, p. 57, señala que en «un conocido caso de la jurisprudencia inglesa, estableció algunos desarrollos del concepto de «daños punitivos». Reconoció que la función primera de la indemnización de los daños y perjuicios es la de reparar el perjuicio sufrido por la víctima, mientras que la de los «daños punitivos» es la de castigar y disuadir al culpable, lo que hace de esa figura una institución intermedia entre el Derecho civil y el Derecho penal».

<sup>344</sup> Vid. ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de: *La responsabilidad civil...cit.*, p. 60; Vid. PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Art. 1.902», en *Comentario... cit.*, p. 1971.

<sup>345</sup> Vid. SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa; GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 106.



Debe diferenciarse claramente, en efecto, la prevención de la retribución. Ambas notas concurren conjuntamente en las sanciones. Pero que ambas notas vayan unidas, en las sanciones, no significa que no puedan ir separadas. Toda sanción busca la prevención (además de la retribución), pero no toda medida preventiva tiene carácter sancionador.

Según PABLO SALVADOR, MARÍA TERESA CASTIÑEIRA, y CARLOS GÓMEZ<sup>346</sup> no hay ninguna buena razón para que el Derecho de daños no se pueda utilizar, junto con otras ramas del Derecho, como instrumento para reducir el número y la gravedad de los sucesos. Un importante planteamiento de la función preventiva en la responsabilidad extracontractual es obtenido del análisis económico del Derecho, donde la responsabilidad civil sirve para reducir la suma de los costes de los accidentes y de los de evitarlos; y no solamente para evitar daños, sino reparar en los costes que dicha prevención conlleva<sup>347</sup>.

La idea compensatoria y preventiva son las dos funciones más frecuentemente reconocidas del Derecho de daños a la responsabilidad civil, una en la esfera microsistémica y la otra en la macrosistémica. Sin embargo, no se puede olvidar la función de control social de las actividades humanas. La responsabilidad civil sirve como instrumento de control social de las distintas actividades generadoras de daños, a través de la función demarcadora. La responsabilidad civil cumple dicha función en la medida en que delimita (demarca) el área de las conductas y actividades a las que vincula el deber indemnizatorio, distinguiéndola de la otra gran área a ella contrapuesta: la de las conductas y actividades no generadoras de

---

<sup>346</sup> Vid. SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa; GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: *Prevenir y castigar: libertad...cit.*, p. 117. En el mismo sentido: Vid. ESSER, Josef: *Schuldrecht: ein Lehrbuch*, 7. ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1992, p. 524/527-528; Vid. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Derecho de daños...cit.*, pp. 47-48; Vid. PONZANELLI, Giulio: *La responsabilità civile: profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 35; Vid. MONATERI, Pier Giuseppe: *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale: (analisi comparata di un problema)*, CEDAM, Padova, 1989, pp. 20-21.

<sup>347</sup> Para Guido Calabresi hay que evitar prevenir únicamente los daños que valga la pena evitar desde una perspectiva económica, es decir, aquellos cuya prevención no exija inversiones en medidas de seguridad superiores a los propios daños. Vid. CALABRESI, Guido: *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 35-36. Este concepto económico de culpa está basado en la fórmula de juez Learned Hand que posteriormente fue difundido por Richard Posner en qué existe culpa cuando el coste del daño (L), multiplicado por la probabilidad de que se produzca (P), sea mayor que el coste de las medidas de seguridad requeridas para evitarlo (B), es decir, cuando  $L \times P$  (el coste esperado del daño)  $> B$  (sea superior al coste de las medidas de prevención). Vid. POSNER, Richard A.: *El análisis económico del derecho*, 2. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pp. 272-273.

responsabilidad<sup>348</sup>. La responsabilidad civil, por tanto, en virtud de su función demarcatoria, delimita el alcance de la libertad de actuación de los distintos agentes sociales.

A la vista de los breves comentarios acerca de la funciones del instituto de la responsabilidad civil, adentramos en su aplicación al régimen del Estado<sup>349</sup>.

Como hemos dicho anteriormente el instituto de la responsabilidad patrimonial cumple una variedad de funciones. En el caso de la responsabilidad de los poderes públicos, ella puede resultar en una sanción; una sanción en la medida que impone la obligación de reparar las fallas de las entidades públicas como una forma de evitar otros delitos y alentar a los destinatarios de la norma que cumplan rigurosamente con sus deberes legales. En otros casos, la responsabilidad juega el papel de asegurar, la obligación de reparación es una obligación de seguro que posean los ciudadanos contra los riesgos de daños y perjuicios ocasionados por el Estado<sup>350</sup>.

Ciertamente, la función primordial de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, en general, es y debe ser la reparación de los daños<sup>351</sup>, que pueda producir la

---

<sup>348</sup> Vid. SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa; GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: *Prevenir y castigar...cit.*, pp. 103-105.

<sup>349</sup> Vid. LOCHAK, Danièle: «Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative», en *Le droit administratif en mutation*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993, p. 283 señala que, «La responsabilidad administrativa cumple dos posibles funciones: i) el principio de correlación entre los beneficios y cargas, es decir, las autoridades públicas deben reparar los daños causados por las actividades de los funcionarios públicos; ii) la otra función, corolaria de esta, indica el principio de igualdad ante las cargas públicas, que se encuentra en el justo interés colectivo en que las personas deben soportar y aprovechar las consecuencias costosas de manera a no crear situaciones de desigualdad injustificada, es decir, los poderes públicos están obligados a reparar las consecuencias costosas que crea para un individuo o individuos, para evitar que esto ocurra una violación de la igualdad».

<sup>350</sup> Vid. FRIER, Pierre-Laurent: *Précis de droit administratif*, 3. ed., Montchrestien, Paris, 2005, p. 471 y ss.

<sup>351</sup> En la sentencia STS 182/2011 de uno de febrero de 2011, el Tribunal Supremo en su fundamento jurídico tercero señala que la responsabilidad patrimonial se concibe como institución que viene a tutelar la integridad patrimonial de los administrados frente a las intromisiones de los poderes públicos, atendiendo a la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos, al margen de la potestad expropiatoria, como consecuencia de la actividad desarrollada en el ejercicio del poder. Se configura así como presupuesto básico del nacimiento de tal responsabilidad la existencia de una lesión o detrimento en el patrimonio del particular o, como dice la Sentencia de 25 de noviembre de 1995, «la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado».

actividad administrativa<sup>352</sup>. Así lo entiende, la doctrina española, cuando afirma que dicha institución persigue, ante todo, asegurar la integridad patrimonial de los particulares<sup>353</sup>.

En efecto, no se puede concebir una responsabilidad patrimonial del Estado que no tenga como objetivo prioritario la compensación de daños. La función compensatoria es una condición necesaria para la existencia material de un Estado de Derecho<sup>354</sup>.

La responsabilidad extracontractual del Estado también está adscrita a la función preventiva. Desde luego, esta función sirve para evitar los daños causados por el poder público y sus agentes, lo que presenta el tener que satisfacer una indemnización. Esta función exige que la responsabilidad patrimonial alcance no sólo a la Administración, como organización, sino también a los otros poderes que forman el Estado y todas las personas físicas que lo integran y actúan.

Otro punto de referencia de la responsabilidad del Estado está en la función de control, es decir, la fiscalización del buen funcionamiento de los servicios y actividades públicas, así como espera y determina la Constitución. Dentro de esta perspectiva, la responsabilidad extracontractual aparece como un principio de orden, como un instrumento de control del poder y del buen funcionamiento de los servicios públicos y ejercicio de las actividades públicas. La responsabilidad es un instrumento idóneo para configurar y modular la actuación

---

<sup>352</sup> Vid. ZANOBINI, Guido: *Corso di diritto...cit.*, p. 270, apunta que, «La responsabilidad del Estado y de los organismos públicos se basa sobre todo en el principio más fundamental de justicia distributiva, que tiende a evitar cualquier daño injustificado y que no se distribuye uniforme y equitativamente por todos los ciudadanos». Así lo entiende Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de marzo de 1989 (RAJ 1.986) al señalar: «Siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular sin que este venga obligado a soportarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello, ya que al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos, es totalmente irrelevante para la imputación de los mismos a la Administración que ésta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal».

<sup>353</sup> Vid. MARTÍN REBOLLO, Luis: «La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en España» en *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio europeo de derechos humanos, España, Alemania, Francia, Italia* / Javier Barnés (coordinador), Tecnos, Madrid, 1996, p. 820; Vid. AHUMADA RAMOS, Francisco Javier de: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, 2. ed., Aranzadi, Cizur Menor-Navarra, 2004, p. 79.

<sup>354</sup> Vid. HARLOW, Carol: «Pouvoir discrétionnaire et responsabilité du gouvernement», en *Pouvoir discrétionnaire de l'administration et problèmes de responsabilité: actes / 25e. Colloque de droit européen*, Oxford (Royaume-Uni), 27-29 septembre 1995, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997, pp. 165-166.

pública, sea ella administrativa, judicial o legislativa. En que enseña a los poderes cómo deben o no actuar (si quieren evitar tener que indemnizar) y contribuye a evitar los daños derivados de sus acciones<sup>355</sup>.

Finalmente, la responsabilidad patrimonial estatal debe desempeñar la función demarcatoria. Por medio del conjunto normativo regulador el poder público debe configurarse en un sistema que demarque, delimite con claridad y precisión sus actuaciones que pueden o no generar el deber indemnizatorio.

Esta función, es fundamental en todo sistema de responsabilidad patrimonial, pues se encuentra directamente vinculada al principio de seguridad jurídica, imprescindible para consolidación de un sistema jurídico justo, que atienda a las necesidades y garantías de los ciudadanos.

### 2.3 La autonomía de la responsabilidad del Estado Legislador

La *Allerhochste Kabinettsordre* prusiana de 4 de diciembre de 1831 fue el primer intento en el ordenamiento alemán para regular el problema de la responsabilidad patrimonial del Estado. En efecto, anteriormente a esta norma, el Estado podría disponer de los derechos adquiridos de los súbditos para el bien de la generalidad, pero este sacrificio debería ser indemnizado. Esta idea, sigue en la nueva regulación de la responsabilidad estatal, empero, añade dos importantes supuestos: la limitación del derecho de propiedad de los ciudadanos por el Estado sólo habrían de ser impuestas por la ley y la segunda, el propietario limitado debía quedar totalmente indemne por las limitaciones impuestas. Al menos en teoría, tal sistema de protección patrimonial de los ciudadanos era, pues, muy desarrollado para la época, tanto el sacrificio de derechos e intereses como las limitaciones de la propiedad obligaban al Estado a indemnizar<sup>356</sup>.

El planteamiento acerca de la responsabilidad del Estado por actos legislativos en Alemania remite a los comienzos del siglo XX, como consecuencia de la admisión inicial del

---

<sup>355</sup> Vid. MARTÍN REBOLLO, Luis: «La responsabilidad patrimonial de las...*cit.*, p. 813.

<sup>356</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Fundamentos de derecho administrativo...cit.*, pp. 81-82; Vid. VÁZQUEZ-SEIJÁS, Juan José: «Introducción», en *Manual de responsabilidad pública*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, p. 9.

principio de la responsabilidad pública. Sin embargo, tales discusiones caminaron, invariablemente, para la negativa del reconocimiento de la misma, en razón, fundamentalmente de que el Parlamento constituía en un órgano de la sociedad, no en un órgano del Estado y, por lo tanto, siendo un órgano independiente por completo de la organización estatal, los actos legislativos no se imputan al Estado, siendo inviable el nacimiento de una responsabilidad por esta causa.

De esa manera, la figura de la responsabilidad patrimonial de carácter público a los daños y perjuicios derivados de una actividad legislativa, siempre tuvo un reconocimiento minoritario en la doctrina administrativa<sup>357</sup>. El esfuerzo preliminar de la doctrina era distinguir los términos de las expropiaciones legislativas de la responsabilidad por actos del Legislador.

La doctrina española hace una distinción entre leyes expropiatorias y no expropiatorias. Las primeras suprimen o privan de derechos subjetivos e intereses legítimos a un administrado, en tanto las segundas afectan, por su aplicación y eficacia, a una pequeña proporción de personas y le causan un daño especialmente intenso, sin llegar a suprimir, directamente, derechos subjetivos o intereses legítimos. La clásica distinción entre expropiación y responsabilidad del Estado-Legislador se funda en que la primera produce un detrimento como consecuencia de una actuación directamente dirigida a provocarlo por razones de utilidad pública o interés general (ejercicio de la potestad expropiatoria) en tanto que la segunda es una secuela no querida o perseguida como finalidad de la actuación.

SANTAMARÍA PASTOR<sup>358</sup> basa esta distinción en el modo en que los perjuicios legislativos repercuten sobre el patrimonio de los particulares. Que la garantía constitucional del patrimonio cubre a éste frente a las inmisiones tanto directas (expropiación) como

---

<sup>357</sup> Vid. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: *Derecho general de organización*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, pp. 278/282, sostiene que «ante un acto legislativo, sólo se puede afirmar su principal e indiscutible responsabilidad, siendo también vana su declaración de no indemnización. Además, la trascendencia de la decisión por la no indemnización, exige la declaración expresa, y, por ello, ante su silencio, el juez no tiene que indagar la supuesta voluntad de la Ley para determinar la posible indemnización, ya que la decisión constitucional, ha decidido ya esta cuestión en principio, sin indagar por otros caminos, esto es, los diferentes y complejos supuestos (socialización, versus expropiación o privación singular, etc.), efectos (sacrificio personal, etc.), para determinar la legitimidad de una posible indemnización».

<sup>358</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Fundamentos de derecho administrativo...cit.*, p. 223.

indirectas (responsabilidad) realizadas por cualquiera de los poderes públicos, no sólo por las Administraciones.

AVELINO BLASCO ESTEVE<sup>359</sup> expone que el deslinde dogmático entre expropiación y responsabilidad no desaparece si la privación o el daño se causan a través de un acto administrativo o a través de una norma: en ambos casos, la expropiación supone una actividad directamente dirigida a la privación y por eso sometida a un procedimiento, mientras que la responsabilidad implica una actuación que causa un daño de modo residual o incidental al fin principal que se persigue.

Si esta distinción es válida para los daños causados por actuaciones singulares, no puede dejar de serlo para los daños ocasionados por las normas. Esto supone que, sin negar que existirán casos de solapamiento entre unas y otras, habrá leyes expropiatorias (las dirigidas directamente a producir una privación singular) y leyes que generen responsabilidad (las que causen un daño incidental a la finalidad que con ellos se persiguen): éstas serían en concreto aquellas que produzcan un perjuicio anormal (o un sacrificio especial) en la esfera jurídica de alguno o algunos administrados, perjuicio que supere el nivel de tolerabilidad de las cargas comunes que implica la convivencia social<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> Vid. BLASCO ESTEVE, Avelino: «La responsabilidad de la Administración», en *Comentario sistemático a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común: (ley 30/1992 de 26 de noviembre)*- autores Juan Alfonso Santamaría Pastor...[et al.], Libros Jurídicos Carperi, Madrid, 1993, p. 421. Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, 4. ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2006, pp. 90-91.

<sup>360</sup> El criterio analógico utilizado por el autor (de la utilización responsabilidad administrativa de la expropiación ejecutada por la Administración, al ámbito de las lesiones patrimoniales causadas por las leyes) es perfectamente válido cuando se trata de actuaciones administrativas puesto que es cierto que cuando la Administración quiere expropiar unos bienes y derechos para sí o para terceros mediando una causa de utilidad pública o interés social tiene que seguir forzosamente los trámites previstos en la LEF y que el resto de su actividad, ejercitando las potestades que tenga atribuidas legalmente o bien realizando actuaciones materiales en aplicación de las leyes y de sus propias decisiones, pueden generar daños subsumibles bajo la figura de la responsabilidad administrativa- no se puede trasladar, sin embargo, de una forma mecánica a los daños derivados de las leyes. Vid. FENOR DE LA MAZA Y CORNIDE-QUIROGA, Ángel: *Reflexions sobre a responsabilidade do Estado lexislador*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1994, pp. 34-35, Menos convincente nos parece el criterio de distinción entre responsabilidad y expropiaciones legislativas propuesto por Ángel Fenor de la Maza y Cornide-Quiroga sobre la base del círculo de los beneficiados por la ablación patrimonial. Para este autor la intervención legislativa «tendrá naturaleza expropiatoria si el daño o lesión patrimonial origina un correlativo y concreto beneficio o enriquecimiento de cualquier clase en la organización, o el patrimonio o los servicios o actividades de la Administración que ejecuta la medida o de un tercero o terceras personan vinculadas con la Administración actuante en virtud de un título específico (concesión, contrato, etc.)»; mientras que, por el contrario, estaríamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial cuando «se reparte entre toda la colectividad el enriquecimiento correlativo al daño o lesión experimentado por los afectados por la medida, porque la actividad de ejecución material de la ley o del acto legislativo no permite localizar y asignar un determinado beneficio o atribución patrimonial». Se trata de un criterio claramente insuficiente e impreciso ya que no resulta nada sencillo, salvo los supuestos de leyes expropiatorias que ordenen la transmisión de

La actividad legislativa incide sobre la esfera de derechos de los ciudadanos estableciendo el alcance de sus derechos y la extensión de sus obligaciones. Por ello con independencia de que sea posible en el plano de la realidad que una ley produzca unos efectos que ni siquiera haya podido imaginar el Legislador o incluso opuestos a los que se perseguían, los resultados derivados de una disposición legal son imputables directamente al Legislador<sup>361</sup>.

La responsabilidad legislativa no actúa sólo en el plano normativo sino que atiende a los efectos reales que las leyes producen sobre el patrimonio de sus destinatarios. Esto es, parte del dato concreto de cómo quedan las situaciones subjetivas de los particulares como consecuencia de una actuación legislativa. Así, la lesión indemnizable, no es general y abstracta, sino especial y concreta.

Mientras que la garantía expropiatoria se reduce a los efectos que produzca una ley sobre las situaciones patrimoniales subjetivas de los particulares, eso es, una expectativa esperada de la privación de bienes y derechos, que es un concepto estricto de “*privación de bienes y derechos*” autorizados por la ley<sup>362</sup>.

---

determinados bienes y derechos, concretar el círculo de personas que se benefician del daño que produce una ley. Incluso si las ventajas económicas se reparten entre toda la colectividad habría también que incluir entre los beneficiarios a quien ha sufrido una lesión patrimonial.

<sup>361</sup> Vid. VIOQUE, Roberto Galán: *La responsabilidad del estado legislador*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2001, p. 181.

<sup>362</sup> Vid. ARIÑO ORTIZ, Gaspar: «La indemnización en las nacionalizaciones», *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 100-102, 1983, p. 2814, cuando afirma que «hay actuaciones por ley que no son expropiatorias (aunque pueden afectar a derechos adquiridos) que son aquellas que alteran la regulación de las condiciones económicas o profesionales en que se lleva a cabo una actividad (por ejemplo, la estatalización de determinados tipos de seguros, o la imposición de un régimen de incompatibilidades estricto, o la prohibición de determinadas bebidas alcohólicas y otros supuestos semejantes) en las que se priva a colectivos de ciudadanos de determinadas actividades o situaciones que antes ejercían, pero en los que no hay transferencia de bienes, ni expropiación alguna. Cabría pensar para estos casos en una responsabilidad del legislador (difícil de argumentar por lo demás) pero en ningún caso estaremos ante una indemnización expropiatoria (ni es pensable su carácter previo). En cambio, cuando se trata, no de un cambio en el orden jurídico que pueda afectar a derechos adquiridos, sino de la privación de bienes o derechos individuales de carácter patrimonial, con la subsiguiente obtención de bienes para el Estado o la colectividad, entonces toda privación es una verdadera expropiación (llámese como se llame la operación) y no puede llamarse a cabo sin las exigencias constitucionales que protegen la propiedad». Vid. ALONSO GARCÍA, María Consuelo: *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, p. 80. Incluso el Tribunal Supremo de España ha señalado la noción de privación de bienes y derechos para distinguir a las expropiaciones legislativas de la responsabilidad legislativa tal como recoge su STS de 20 de septiembre de 1996 donde señala que: “...resulta de especial interés distinguir entre actos legislativos o supuestos de ejecución de normas con rango legal que sean reconducibles a la figura de la expropiación legislativa (art. 33.3 CE y art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa) de aquellos otros que sean encuadrables en el ámbito propio de la responsabilidad patrimonial (arts. 9.3 CE y 139.3 LRJPAC). Así resulta, incluso, constitucionalmente exigible, en todo caso, la indemnización correspondiente a la privación singular, en virtud de Norma Legal, de bienes, derechos o intereses patrimoniales legítimos (art. 1 LEF),... y

La responsabilidad legislativa se somete a una garantía patrimonial independiente de las leyes expropiatorias. Sirve para indemnizar aquellos daños y perjuicios individualizados que sean imputables a la actividad o pasividad legislativa y que puedan *ser calificados de antijurídicos para los particulares no tengan la obligación jurídica de soportarlos*<sup>363</sup>. De esa manera el daño legislativo antijurídico está vinculado al principio general de responsabilidad de los poderes públicos.

El criterio esencial para determinar la antijuricidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo, debe ser lo de, si concurre o no, el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente, por el carácter de generalidad de la misma, deben ser soportadas, en principio por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados en aras al interés público; la clave para apreciar la responsabilidad por acto legislativo, está en la apreciación de que los daños ocasionados sean de naturaleza especial, y que no se traten de meras expectativas de derecho. En definitiva, es preciso que exista un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable.

En general, los ordenamientos jurídicos de los países, se limitan a proclamar un genérico principio de responsabilidad pública; además, han constitucionalizado una responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas, incorporando al máximo nivel normativo el inmenso acervo doctrinal y jurisprudencial acumulado sobre todo en torno a la responsabilidad administrativa. Y en ninguno de ellos, han excluido expresamente la responsabilidad legislativa.

Fuera de estas cuestiones deductivas, para que se pueda hablar de una genuina responsabilidad por actos legislativos resulta necesario que esta figura se haya constitucionalizado de manera que actúe como una garantía patrimonial más, al igual que

---

será, sin embargo, necesario acudir a la propia y específica previsión legal cuando, sin suponer auténticas medidas expropiatorias, se imputen a la norma legal eventuales lesiones o detrimentos patrimoniales que no se tenga el deber jurídico de soportar, para determinar la procedencia y el alcance de la indemnización”.

<sup>363</sup> En general, esta obligación es más sensible cuando viene por medio de una normativa inconstitucional.



sucede con la expropiación forzosa, frente a las actuaciones y omisiones legislativas<sup>364</sup>. El Parlamento al no encontrarse con ningún límite superior al margen de los supuestos expropiatorios tendría libertad para decidir por sí mismo el régimen de indemnización de los daños que le sean imputables.

No se puede ignorar el principio de protección de la confianza legítima como sustentación de la autonomía jurídica de la responsabilidad del Estado Legislador, ya que este principio no impide, desde luego, al legislador modificar las regulaciones generales con el fin de adaptarlas a las exigencias del interés público, pero sí le obliga a dispensar su protección, en caso de alteración sensible de situaciones en cuya durabilidad podía legítimamente confiarse, a los afectados por la modificación legal, a quienes ha de proporcionar en todo caso, tiempo y medios para reequilibrar su posición o adaptarse a la nueva situación, lo que, dicho de otro modo, implica una condena de los cambios legislativos bruscos adoptado por sorpresa y sin las cautelas aludidas.

Por lo tanto, en nombre de la Justicia Constitucional el principio de confianza legítima, que deriva de lo de seguridad jurídica, protege a los particulares que vean desaparecer de forma sorpresiva el marco jurídico bajo el que desarrollaban su actividad, aunque no se refieran expresamente a la responsabilidad por actos del Legislador<sup>365</sup>.

En definitiva el reconocimiento efectivo de una responsabilidad legislativa está conectado a la trascendencia que se dé a la constitucionalización regulada por el artículo 9.3 de texto constitucional español de una amplia responsabilidad pública que también abarque a la función legislativa, como se verá adelante.

---

<sup>364</sup> Vid. DUNI, Giovanni: *Lo stato e la responsabilità patrimoniale*, Giuffrè Editore, Milano, 1968, p. 173, señala que, «Las normas constitucionales da los elementos sobre los que se puede decir que el principio fundamental de responsabilidad se debe considerar una garantía constitucional formal».

<sup>365</sup> Para Fernando Garrido Falla la Administración está obligada a indemnizar a los particulares por los perjuicios que cause la aplicación de leyes y normas con valor de ley en los siguientes supuestos: a) Cuando se trate de leyes de carácter expropiatorio; b) cuando la ley que se aplica sea declarada inconstitucional y; c) en los demás casos, cuando así se establezca en los propios actos legislativos o el perjuicio se cause con carácter singular. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando: «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 94, 1997, pp. 188.

#### 2.4 El problema de la responsabilidad civil del Estado por actos legislativos

Como hemos visto, la instauración del principio de la responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos por los daños causados a los particulares, constituye una garantía y un avance en la eliminación de la inmunidad estatal. Pero, la sistemática ha de perfeccionarse, además, la debida configuración del Legislador como responsable por daños en la creación de actos normativos dictados como inconstitucionales es un imperativo a ser desarrollado en los diversos sistemas jurídicos.

Es necesaria una consideración viable acerca de los problemas de la técnica de responsabilidad patrimonial contra el Estado en cuanto autor de Leyes, para la elaboración de una dogmática coherente con los principios del Estado de Derecho.

Así pues, arriba de las vicisitudes propias del tema, la responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos es hija del triunfo de las doctrinas intervencionistas<sup>366</sup>. El pensamiento liberal, en que la “*abstracción*” y la “*generalidad*” de la ley equivale al “*justo*”, son características basadas en la tradición rousseauiana de la ley general y en el movimiento idealista alemán, defensor de la ley general como ley de la razón y de la libertad, donde provienen el argumento contra la aceptación de una obligación de reparar los daños causados por las leyes<sup>367</sup>.

La función del Legislador no debe entenderse como una simple ejecución de los preceptos constitucionales, pues, sin perjuicio de la obligación de cumplir los mandatos que la Constitución impone; el Legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa que traduce en normas jurídicas<sup>368</sup>.

---

<sup>366</sup> Vid. MEDEIROS, Rui: *Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por actos legislativos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1992, p. 9.

<sup>367</sup> Vid. GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra, 1974, pp. 147-148.

<sup>368</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de derecho administrativo*, 14. ed., tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 234 y ss, donde apunta que, «es rigurosamente evidente que no es idéntica la libertad de la Administración en el marco de una remisión normativa genérica a la hora de dictar un reglamento ejecutivo que a la de cumplimentar una remisión singular. En el primer caso la Administración encuentra en la Ley una regulación completa que su reglamento debe desarrollar en paralelo aportando sólo un mayor nivel de detalle. En la Ley está ya implícito el contenido de la futura norma reglamentaria que ésta ha de limitarse, por lo tanto, a exteriorizar. La posición de la Administración en estos casos es, pues, de estricta subordinación a la Ley, como se han cuidado de subrayar tanto la jurisprudencia constitucional, como la ordinaria».

La concepción de la naturaleza absoluta del poder legislativo<sup>369</sup>, embarga la consolidación de un sistema de control judicial de constitucionalidad de las leyes, como también, dificulta el reconocimiento de una responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Se incorpora aún la fundamentación del dogma de la ley como acto de soberanía, no susceptible de limitación. Así, el carácter irrepreensible de la soberanía es incompatible con la atribución de una obligación de indemnizar. Además, la ley siendo un precepto de carácter general y abstracto, no es susceptible de producir daños singulares que dan lugar a responsabilidad; éstos sólo podrían producirse a través del acto administrativo de aplicación, nunca directamente por la ley, porque el daño supone una ruptura del principio de igualdad y la ley es, por esencia, igualitaria<sup>370</sup>.

Por lo cual, el principio de legalidad es la gran conquista del constitucionalismo liberal y que la ley, considerada una garantía de la libertad, no siendo un peligro para ella, no puede generar al Estado una responsabilidad civil<sup>371</sup>.

No obstante, esta ley, que antes era sentida como un escudo de la libertad, puede ser ahora uno de sus enemigos más temibles. Con el desarrollo del Estado social, se multiplican

---

<sup>369</sup> Vid. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1998, p. 117, estima que, «Todos los juristas europeos, en efecto, tanto los continentales como los insulares, somos hijos de una misma cultura. Todos nos hemos formado en ella y todos hemos respirado la atmósfera por ella creada. Todos, en fin, hemos comulgado en el mismo credo de la soberanía parlamentaria y hemos cultivado el mismo mito del Legislador soberano y de la omnipotencia del Parlamento, en el que vinieron a desembocar, aunque por distintos caminos, tanto la Revolución inglesa, como la francesa». Vid. CARRÉ DE MALBERG, Raymond: *La loi: expression de la volonté générale*, Economica, Paris, 1984, p.67 y ss, la voluntad de la Asamblea, transmutada en voluntad general, «es siempre igual a sí misma, es decir, siempre soberana, cualquiera que sea el objeto a que se aplique. El Parlamento, por el simple hecho de que la representa, se encuentra así lógicamente cualificado para dictar, en cualquier momento, tanto las reglas con las que se organiza el ejercicio del poder de la comunidad, cuanto las que se refieren a otros objetos. La Ley, en cuanto obra de la voluntad general, se convierte en un estatuto de la más elevada especie que no soporta estatuto alguno de esencia superior a la suya. En pocas palabras: la base de toda distinción verdadera entre Leyes constitucionales y ordinarias se desvanece».

<sup>370</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: «La teoría de la responsabilidad del Estado legislador», *Revista de Administración Pública*, núm. 68, mayo-agosto, 1972, pp. 92-93.

<sup>371</sup> Vid. MIRANDA, Jorge: *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Revista da faculdade de direito da universidade de Lisboa, Lisboa, 1968, p. 71, señala que, «El pensamiento individualista agrava el problema de la responsabilidad del Estado legislador, ya que desaconseja el pago de indemnizaciones por implicaren en cobranza de más impuestos».

las intervenciones del Estado en las más diversas ramas del Derecho. La ley dejó de corresponder a la voluntad general para afirmar la voluntad de la fuerza política legislativa dominante.

Así, la norma deja de ser solamente utilizada para regular la conducta social, y convertirse en una multitud de reglas que expresan la “*revolución industrial*” del legislativo. Las leyes pierden en generalidad y ganan en cantidad<sup>372</sup>.

Hoy el panorama legislativo es ingente conjunto de normas con cometidos muy diversificados, que regula sobre ámbitos materiales y espaciales muy diversos y que pugnan entre sí por hacerse un hueco en un espacio ocupado por una muchedumbre de otras normas semejantes a ellas. Es decir, a la proliferación puramente cuantitativa se ha de añadir una suerte de proliferación «cualitativa», es decir, una creciente complejidad y diversificación de los ámbitos de validez de las leyes. El resultado de todo ello es un enorme mosaico de leyes en el que es difícil orientarse. Sin embargo tampoco creemos que sea éste el rasgo clave que determina nuestras preocupaciones. Las leyes pueden ser muchas y tejer una trama normativa muy compleja, pero éso no quiere decir que sean defectuosas ni que configuren un tejido caótico. El verdadero problema de la crisis de la ley entendida en este sentido es la degradación de la misma.

Lo preocupante es la incuria en la producción legislativa, que determina, no sólo una crisis de la ley como fuente de Derecho, sino una auténtica descreencia en la ley como medio eficaz y seguro de gobernar la conducta de la gente.

La excesiva presencia de leyes mal ordenadas provoca redundancias que determinan la hiperregulación de supuestos de hecho, con las perplejidades que cabe suponer. Las frecuentes incoherencias y antinomias de los textos legales equivalen muchas veces a una

---

<sup>372</sup> Vid. LAPORTA, Francisco J.: «Teoría y realidad de la legislación: una introducción general», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho: Seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003/ Aurelio Menéndez Menéndez director, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 62, indica que, «Hasta aquí hemos visto que la necesaria pervivencia del Estado garante, las exigentes demandas del Estado impulsor y protector, y las dimensiones del nuevo Estado regulador han contribuido por su propia lógica interna a aumentar el volumen de la legislación. Si a eso añadimos la multiplicación de los potenciales legisladores (plano supranacional, plano regional, etc.), la velocidad de cambio de la sociedad postindustrial, las nuevas actitudes de las agencias legisladoras en la sociedad fragmentada y la democracia de masas mediática, desembocaremos fatalmente en el fenómeno que da título a este seminario: la proliferación legislativa. Visto simplemente desde el punto de vista cuantitativo, nadie duda de que hay demasiada legislación».

clara falta de regulación, con lo que se produce anomia, una situación en la que se genera cierta perplejidad al destinatario de las leyes pues su conducta no está claramente gobernada por ninguna norma. Todo ello fomenta directamente más litigios, pues la frívola improvisación normativa de nuestros legisladores acaba con frecuencia en algunos jeroglíficos legales y una falta de certidumbre que incrementan aún más los pleitos y las peticiones, algo que empeora la difícil situación de la administración de la justicia.

Y con la litigiosidad se incrementa también la inseguridad jurídica, que suele ser una situación cuya percepción por los interesados les hace demandar imperiosamente nuevas leyes y nuevas regulaciones, que a su vez producen al entrar irreflexivamente en el ordenamiento efectos no previstos que exigen otra vez alguna medida normativa, y así sucesivamente.

La proliferación desordenada de leyes no equivale a imperio de la ley; genera por el contrario una gran falta de seguridad jurídica. Podemos tener muchas leyes y poco imperio de la ley, es decir, poca seguridad jurídica. Y esto es de una extraordinaria gravedad, porque la seguridad jurídica no es, como a veces se ha supuesto, un valor secundario y conservado que sólo interesa a los comerciantes y a los burgueses: es la condición misma de cualquier otro horizonte axiológico del Derecho<sup>373</sup>.

La multiplicación de los daños que el legislador puede causar, resultado de los cambios que reflejan la ley en el moderno Estado de Derecho, obliga al planteamiento del problema de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos. Sin embargo, las alternativas de resolver este problema no puede ignorar la libertad de actuación del legislador.

Fuera las cuestiones dogmáticas que envuelve el tema, la preocupación empírica de que los daños causados por una ley, principalmente cuando contienen normas generales, pueden ser tan numerosos que la eventual aceptación incondicional de la responsabilidad del Estado podría comprometer gravemente el equilibrio presupuestario estatal. Más que esto, la ausencia de un reconocimiento expreso, bien como de soluciones constitucionales para dicho problema, contribuye para que la mayoría de las tentativas de afirmación de una responsabilidad del Estado por el hecho de leyes no tenga éxito.

---

<sup>373</sup> Vid. LAPORTA, Francisco J.: «Imperio de la Ley y Seguridad Jurídica», en *Estado, justicia, derechos*, Elías Díaz, José Luis Colomer, (eds.), Alianza, Madrid, 2002, p. 110.

En definitiva, el problema de la responsabilidad por actos legislativos presenta dificultades y desenlaces específicos que no pueden ser resueltos con la sencilla aplicación de las normas que rigen la responsabilidad de la Administración; es un problema de Derecho Público, que rodea los derechos y garantías individuales de los ciudadanos y el desempeño de las actividades públicas.

## 2.5 La Doctrina tradicional de la irresponsabilidad del Legislador

### 2.5.1 La soberanía del Parlamento

El concepto de soberanía, desarrollado a fin de la Edad Media, por el que se asigna al Estado un poder absoluto en el ámbito interno respecto a sus súbditos, además de ser una independencia plena en el concierto internacional frente a los restantes países, se convirtió en un obstáculo al reconocimiento de la responsabilidad del Estado<sup>374</sup>.

La Revolución francesa, más allá de haber provocado la caída de *l'Ancien Régime* y expresado su ideario contra la omnipotencia del Estado solemnemente a través de la asamblea nacional al proclamar la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*<sup>375</sup>, no alteró, en ciertos aspectos, la situación existente, ya que sólo sustituyó la *soberanía absoluta del rey* por la *soberanía absoluta del pueblo*. Es que, conforme el pensamiento de Jean-Jaques Rousseau<sup>376</sup>, a pesar de que los hombres se vinculan con libertad —al menos teóricamente— a través de un *contrato social* —*pactum societatis*—, en razón de que *la ley* es la expresión de la *volonté générale*, tal circunstancia la torna obligatoria—*pactum subjectionis*—, y sus preceptos, como las autoridades fundadas en ellos, debían ser consideradas, también, soberanas e infalibles, con lo cual, sin perjuicio de representar un quiebre frente a la monarquía absoluta, la Revolución, a pesar de su esencia individualista, no sólo no atinó a formular una teoría de la responsabilidad del Estado como corolario necesario de los derechos fundamentales del hombre que proclamaba, sino que, en cambio, abrió el camino, en nombre

<sup>374</sup> Vid. REIRIZ, María Graciela: *Responsabilidad del Estado*, EUDEBA, Buenos Aires, 1969, p. 6-8, así, lo explica, que la «*autoridad del monarca origen divino* —con base sobrenatural o providencial—, se concluía en que el ejercicio del poder no podía causar daño indemnizable como consecuencia de la *infalibilidad* del monarca: *the king can do not wrong* (el rey no se puede equivocar o el rey no puede hacer el mal)».

<sup>375</sup> Vid. FAURÉ, Christine: *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 11 y ss.

<sup>376</sup> Vid. ROUSSEAU, Jean-Jacques: *El contrato social o Principios de derecho político*, 2. ed., Taurus, Madrid, 1969, pp. 46-47.

de un pueblo irrestrictamente soberano, a otro régimen omnipotente que desembocó, a la sombra de la guillotina, en el reinado del Terror<sup>377</sup>.

Se puede decir, quizás, que el tema de la responsabilidad patrimonial por actos legislativos es visto como una intimidación para los detentadores del poder político. Esto explica, en parte, la falta de una mayor y precisa regulación a favor de la extensión de garantía patrimonial a las leyes, en razón de la temeridad de más una responsabilidad<sup>378</sup>.

El primer punto capital que fundamenta la irresponsabilidad del Estado por actos legislativos es la *naturaleza soberana de las leyes*<sup>379</sup>. En este modelo el Parlamento se

---

<sup>377</sup> Vid. TULARD, Jean: *Historia y diccionario de la Revolución Francesa*, Cátedra, Madrid, 1989, p. 189, y ss.

<sup>378</sup> Vid. DROMI, José Roberto: *Derecho administrativo económico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1977, pp. 681-682, señala que, «Si el acto legislativo es regular (constitucional), aunque su aplicación ocasione daños a los particulares, no trae aparejada responsabilidad para el Estado. Tal es el principio general. La jurisprudencia (argentina) al respecto ha fijado tres pautas: 1) Partiendo del principio de que el Estado no debe indemnización alguna, por la privación de propiedad que realiza a través del cobro de impuestos, siempre que éstos sean válidos, ha dicho que: el ejercicio de un poder legal, como es el de crear impuestos, o modificar los anteriores, puede ciertamente producir perjuicios en el patrimonio de los particulares, sin que tal circunstancia sea óbice contra su legitimidad, so pena de detener la actividad gubernativa, en consideración de una garantía, la de propiedad privada, que no puede interpretarse con semejante extensión. Luego, y por vía también jurisprudencial, se dice que en realidad la garantía de la propiedad siempre se ha considerado que alude al desamparamiento directo, y no al consiguiente perjuicio resultante del ejercicio de legítimos poderes. Nunca se ha supuesto que tenga algún efecto, sobre, o para, inhibir leyes que indirectamente produzcan daño o pérdida a los particulares; 2) También se expresa que el ejercicio de los "poderes de guerra" no puede dar lugar a responsabilidad del Estado, cuando se lo ejerce con fundamento en disposiciones legales expresas; 3) La misma fuente del derecho ha dicho que el Estado no es responsable por las *leyes que organicen o regulen un "servicio público"*, aunque de ellas se sigan daños a terceros. En suma, no existe en principio y en el estado actual de la jurisprudencia argentina, responsabilidad del Estado por *leyes legítimas*, aunque ocasionen daños. Sin embargo, se señalan las pautas interpretativas para los casos de excepción en que la viabilidad de la responsabilidad legislativa parece ser indiscutible, cuando el perjuicio sea especial, la ley inconstitucional o el Estado se enriquezca sin causa». Vid. LAFERRIÈRE, Julien: *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tomo II, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1989, p. 12, estima que, «Es de principio que los daños causados a los particulares por medidas legislativas no les confieran ningún derecho de indemnización. La Ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos, sin que pueda reclamar de ella ninguna compensación. El legislador sólo puede apreciar, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad del daño, en consonancia con las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar esta compensación: las jurisdicciones no pueden situarse en su lugar, no pueden más que evaluar el montante teniendo en cuenta las bases y en la forma previstas en la Ley»; Vid. SENKOVIC, Petra: *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruyant, Bruxelles, 2000, p. 17, apunta que, «El principal obstáculo a la responsabilidad del legislador que se encuentra en todos los sistemas jurídicos está en la idea de la soberanía parlamentaria. La doctrina y la jurisprudencia francesa, alemana y británica justifica la falta de responsabilidad del legislador por la teoría de la soberanía parlamentaria. La ley es el ejercicio de la soberanía del parlamento que excluye toda posibilidad la responsabilidad. La legislatura estatal es, en esencia, por lo tanto irresponsable, pues que la ley es la manifestación más llamativa de soberanía».

<sup>379</sup> El sistema francés de reparación patrimonial de los ciudadanos contra los actos legislativos, tiene como punto de partida, como no podría de ser, el dogma de la irresponsabilidad del Estado. De tal manera, la teoría de la irresponsabilidad del Estado por los daños legislativos fue desarrollada a partir del supuesto que la Ley era un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse

convierte en poder absoluto, sustituyendo, en gran parte, las prerrogativas que el monarca ostentaba en el antiguo régimen. Como producto de dicho poder, las leyes suceden los actos del Rey, a través de los cuales se ejercita la soberanía del Legislador<sup>380</sup>. Por esta razón es inadmisibles que una ley pudiera entrañar una condena al Estado en reparar los daños y perjuicios que causara a los particulares<sup>381</sup>.

Es 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 y 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.

Toda esta argumentación basaba en la idea de la Ley como voluntad colectiva de los ciudadanos y con eso, no se podría causar injusticia o daño, ya que nadie se causaría un mal a

---

ninguna compensación. Solamente el legislador podría apreciar, a la vista de la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debería acordar tal compensación: la jurisdicción no lo podría sin evaluar el montante de la misma, sobre las bases y en las formas previstas por la ley. De todo lo que precede resulta que las cuestiones de indemnización que nacen de la ley no derivan sino de la ley; la jurisdicción administrativa no podría conocer de una acción tendente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador hubiera creado tal acción. Vid. LAUBADÈRE, André de: *Traité élémentaire de droit administratif*, 3. ed., Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1963, p. 628 y ss.

<sup>380</sup> Vid. MORANGE, G.: «L'irresponsabilité de l'Etat l'legislateur (Évolution et aintir)», *Recueil Dalloz*, 1962, p. 163; Vid. LAUBADÈRE, André de: *Traité élémentaire de droit administratif...cit.*, p. 628.

<sup>381</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1917 rechazaba la existencia de responsabilidad por esta causa. En la misma se afirmaba que «jamás ha estimado esta Sala que la observancia y aplicación de las leyes que la representación nacional elabora, el Rey sanciona y el Poder ejecutivo promulga pueda motivar resarcimiento como la ley misma no lo haya previsto y otorgado, pues es doctrina establecida en la Sentencia de 21 de febrero de 1909 que no cabe reclamar indemnización cuando el supuesto perjuicio lo haya producido directamente un acto legislativo y no ninguno de la Administración»; Vid. CELDRÁN RUANO, Julia: *La responsabilidad del estado por actos de aplicación de leyes: aproximación histórica y significado actual*, Universidad de Murcia, Murcia, 1996, pp. 25-26, apunta que, «en el sistema contencioso francés de la pasada centuria, el dogma de la irresponsabilidad del estado legislador triunfa plenamente a partir del *Arrêt Duchatelier* de 11 de enero de 1.838 (que desestima la indemnización solicitada por este fabricante de productos derivados del tabaco, forzado a cerrar su fábrica por imposición de la ley 12-11-1.835 que, sin prever indemnización como hacían otras leyes especiales, prohíbe su producción para asegurar la rentabilidad del monopolio del tabaco). el rechazo a la reclamación se funda en la imposibilidad de que el estado se responsabilice de las consecuencias de las leyes que, en aras del interés general prohíban el ejercicio de una industria; en la inexistencia de contrato alguno con el estado, y en el silencio de la ley respecto a una posible indemnización. En ésta, como en otras sentencias denegatorias de resarcimiento por daños producidos particularmente por leyes, subyace la concepción roussoniana de impunidad de la ley-expresión de la voluntad colectiva e incapaz de causar injusticia alguna al determinar ella misma los límites de lo justo y de lo injusto».



sí mismo. Además, del dogma de la infalibilidad del Estado legislador, que recordaba al soberano absoluto, con la única diferencia en el cambio semántico del “*poder soberano*” para la “*generalidad de la ley*”.

Así, el poder normativo absoluto que otrora estaba en las manos del Rey se trasladó a la voluntad legislativa, que siguió su carácter ilimitado y, además, indeterminable, ya que la norma tienen por finalidad el establecimiento de una medida de carácter *general*.

La soberanía absoluta del parlamento es equivalente a la irresponsabilidad. Esto justifica la idea de que no se puede ser soberano y responsable a la vez. Soberanía excluye responsabilidad. La soberanía es sinónimo de independencia absoluta. Es autoridad final e ilimitada, lo que implica no ser responsable por sus actos y acciones.

De esa manera, se negaba rotundamente que existiera una responsabilidad extracontractual del Estado por actos del Parlamento, especialmente, porque la actividad legislativa es un típico exponente de la soberanía, debiendo los súbditos soportar los posibles perjuicios que les pudieran resultar, como algo inherente y propio de su condición de sometimiento a dicha soberanía. Además, si el legislador es un poder soberano que expresa la voluntad de la nación, no es posible demandarle por las consecuencias de sus actuaciones<sup>382</sup>.

El dogma de la soberanía de la ley es incompatible con el establecimiento de una obligación del Estado de indemnizar los daños de origen del Parlamento<sup>383</sup>.

---

<sup>382</sup> Vid. XIOL RÍOS, Juan Antonio: «La responsabilidad patrimonial por acto legislativo», en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Juan Antonio Moreno Martínez, coordinador, Dykinson, Madrid, 2007, p. 1034, indica que, «En la concepción que emana de la Revolución francesa el legislador, cuyos productos son expresión de la soberanía popular, expresa la última razón del interés general mediante una disposición imperativa de carácter general. En esta concepción resulta imposible admitir que el legislador pueda causar perjuicios indemnizables, supuesto que se presume que actúa siempre en beneficio del interés general. Si impone a los ciudadanos limitaciones y deberes o cargas, se presume *iuris et de iure* que son necesarios en justicia para hacer efectiva dicha finalidad». Vid. CARRÉ DE MALBERG, Raymond: *La loi: expression ...cit.*, pp. 5-6, estima que, «La idea de la soberanía de la voluntad general ha sido explotado para establecer el poder soberano del parlamento. Puesto que el Parlamento ejerce la soberanía popular, la ley se consideró una expresión de la voluntad general y cubierta de un poder soberano. Esta consideración es el legado de las organizaciones filosóficas enunciados de Rousseau en *El contrato social* que sólo la ley refleje la voluntad general».

<sup>383</sup> Vid. GIERKE, Otto Friedrich von: *Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, Duncker & Humblot, München, 1917, p. 532; Vid. DAGTOGLOU, Prodromos: *Ersatzpflicht des Staates...cit.*, pp. 11 y ss; Vid. SERRA ROJAS, Andrés: *Derecho administrativo: doctrina, legislación y jurisprudencia*, tomo II, 14. ed., Porrúa, México, 1988, p. 746, señala que, «Es lógico considerar —en un Estado de derecho— que se supone es lo suficientemente evolucionado hacia formas superiores de vida, que cuando el poder legislativo expide una ley que causa perjuicio a las personas, el Estado está obligado a responder por esos perjuicios. El reconocimiento clásico o tradicional del principio de soberanía ha sido un serio obstáculo para admitir esta responsabilidad. La

Contra esta concepción de que la soberanía tiene un carácter inmune o metafísico, PAUL DUEZ<sup>384</sup> señala que la inmunidad de la ley como manifestación de la soberanía del Parlamento constituye un argumento puramente verbal, por cuanto no se ha demostrado pues que, soberanía implicaría irresponsabilidad. Frente al gran desarrollo del principio de responsabilidad, deberían de encontrarse argumentos más sólidos<sup>385</sup>.

La década de la Gran Guerra, el camino de superación del dogma de la irresponsabilidad del Estado-legislador estaba en marcha. LEÓN DUGUIT en su compendio *Traité de droit constitutionnel*, presenta la tesis de la responsabilidad del Estado por actos legislativos.

LEÓN DUGUIT formula su tesis a partir de la idea de la soberanía estatal que hasta aquél momento era la idea mítica del poder soberano —dice— la que ha impedido basar la imputación de los daños y la obligación de resarcimiento al Estado por actos del legislativo; y sólo desmontando esa idea podría llegarse a conclusiones contrarias<sup>386</sup>.

Sobre las bases de la desmitificación de la configuración absoluta de la soberanía y, el concepto del Estado como institución de aseguramiento mutualista de sus miembros. Prof. LEÓN DUGUIT resume su tesis de la responsabilidad del Estado legislador en dos supuestos: cuando el legislador dicta una ley cuya aplicación ha de ocasionar un perjuicio especial a determinados ciudadanos, ¿está constreñido "*par le droit supérieur*" a insertar en ella una cláusula indemnizatoria? La respuesta no es homogénea; es necesario distinguir dos supuestos: en primer lugar, cuando la ley prohíbe o restringe una actividad que, siendo inicialmente libre, es considerada como peligrosa para la vida física, intelectual o moral del

---

impugnación del concepto de soberanía en las nuevas modalidades del derecho moderno, viene dando paso a la admisión de la responsabilidad estatal por los actos legislativos».

<sup>384</sup> Vid. DUEZ, Paul: *Traité de droit administratif*, Dalloz, Paris, 1952, pp. 482-483; Vid. BARTHÉLEMY, Joseph: *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1933, p. 724.

<sup>385</sup> Vid. OCHOA GÓMEZ, María Pilar: *La responsabilidad patrimonial de la administración pública y el fenómeno urbano*, Instituto Vasco de la Administración Pública=Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, Oñati, 2005, p. 86, destaca que «las transformaciones sociopolíticas de comienzos de siglo XX, el desplazamiento dogmático en el concepto material de Ley hasta entonces prevalente y el rodamiento de la andadura constitucional de los Estados, introducen las primeras quiebras en el monolítico principio de irresponsabilidad del legislativo».

<sup>386</sup> Vid. DUGUIT, Léon: *Traité de droit constitutionnel*, Tome Troisième, Ancienne Librairie Fontemoing & Éditeurs, Paris, 1930, pp. 554-555.

individuo o de la nación. En tal caso, el legislador no está obligado a indemnizar, porque no crea en realidad ninguna regla jurídica nueva, sino que se limita a establecer una sanción organizada a una regla de derecho ya existente que condena esa actividad<sup>387</sup>.

En este caso, los perjudicados no podrían invocar ni el principio de igualdad ante las cargas públicas ni el aseguramiento mutualista contra el riesgo social, porque para ello es preciso hallarse en una situación lícita.

Cabe, sin embargo, en segundo lugar, que la ley prohíba una determinada actividad, no por considerarla nociva para el bien común, sino con la finalidad de organizar un servicio público. En este caso, siendo la actividad eminentemente lícita, pero resultando conveniente su traspaso al sector público para mejorar su rendimiento desde el punto de vista del interés general, la indemnización es preceptiva, y así debe establecerse en la ley. Pues, en cambio, el Legislador que prohíbe una actividad económica que atiende al bien común, equivale a una expropiación real<sup>388</sup>.

El segundo supuesto planteado por LEÓN DUGUIT es: ¿Si pueden los Tribunales conferir derecho de indemnización a un perjudicado si la ley que ha causado el daño guarda absoluto silencio sobre el tema?

La justificación de esta tesis se estructura rebatiendo la incompetencia de los Tribunales para fiscalizar la legitimidad de la ley. Lo cierto es que la incompetencia de los tribunales para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, no constituye obstáculo para la admisión de demandas de responsabilidad por los daños causados por una ley. Ya que son pretensiones

---

<sup>387</sup> «En plena guerra mundial, la Ley de 16 de marzo de 1915 prohibió la fabricación de *absinthe* (ajenjo), bebida de salubridad dudosa, cuya circulación y venta ya se hallaba fuertemente restringida por disposiciones administrativas. La ley no preveía indemnización alguna a los fabricantes de este producto por la cesación de su actividad. Sin embargo, trece días más tarde, una nueva Ley de 29 de marzo de 1915 ordenó a los fabricantes a declarar los *stocks* de plantas de ajenjo que poseían. Dicha ley ulterior, con la que debían compensarse la pérdida de los *stocks* de planta, no fue nunca promulgada. A la vista de tales disposiciones, la "Société Edouard Premier et Charles Henry", fabricantes de ajenjo, acudieron al Ministro de Finanzas en demanda de indemnización, petición que fue rechazada. Y a la misma conclusión llega el *Conseil d'Etat* sobre las conclusiones del Comisario del Gobierno Riboulet. El segundo considerando del *arrêt*, que contiene la argumentación básica: "Considerando que la Ley de 16 de marzo de 1915 que, con carácter general, con la exclusiva finalidad de impedir la elaboración de productos peligrosos para la salud pública, ha dictado la prohibición de la fabricación de ajenjo y no ha previsto el abono de indemnización alguna en favor de los industriales cuyos intereses deban ser afectados por la prohibición antedicha». Vid. HAURIOU, Maurice: *La jurisprudence administrative*, Tomo I, Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 500 y ss; Vid. DUGUIT, Léon: *Traité de droit constitutionnel...cit.*, p. 561.

<sup>388</sup> Vid. DUGUIT, Léon: *Traité de droit constitutionnel...cit.*, pp. 556-557.

distintas y autónomas. Además, cuando el juez admite la pretensión indemnizatoria, no está enjuiciando la validez de la ley, y sí, resguardando un derecho fundamental que es el patrimonio del individuo<sup>389</sup>.

Las propuestas del Prof. DUGUIT señalan un criterio jurisprudencial revolucionario, de un cambio en la forma de entender las relaciones constitucionales entre los poderes del Estado, en qué el *Conseil d'Etat* pueda fiscalizar en cierto modo la voluntad del órgano legislativo, en una concepción judicialista<sup>390</sup>.

RAYMOND CARRÉ DE MALBERG<sup>391</sup> impugna la formulación de LEÓN DUGUIT, negando tajantemente la posibilidad de exigir judicialmente responsabilidad al Estado por actos legislativos. Lo que Prof. CARRÉ DE MALBERG pretende salvaguardar es la intangibilidad de la soberanía legislativa. Empero, sigue aferrado a la concepción mecanicista del juez. Dónde sólo admite la responsabilidad cuando la propia ley lo establezca expresamente. Así, la ley debería reconocer indemnizaciones a los singularmente perjudicados, pero que, si no lo hace, no puede exigírsele al Estado por vía judicial.

Con todo, la responsabilidad del Estado-Legislador se convierte en un tema de porfiados debates en la doctrina, dónde hace falta una jurisprudencia que fundamente el giro que se iba a producir con el célebre *arrêt Société Anonyme des Produits Laitiers la Fleurette*, de 14 de enero de 1938<sup>392</sup>.

La industria lacticínea *Société Anonyme des Produits Laitiers la Fleurette*, fabricaba un producto denominado *gradine*, una crema derivada de la leche, perfectamente inofensivo a la salud y de toda garantía sanitaria.

---

<sup>389</sup> Mais l'action en responsabilité est quelque chose de tout différent ; elle implique le respect, l'acceptation de la loi; elle tend seulement à mettre à la charge du patrimoine collectif un préjudice qui a été occasionné à un patrimoine individuel dans l'intérêt de la collectivité. Vid. DUGUIT, Léon: *Traité de droit constitutionnel...cit.*, p. 572.

<sup>390</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *La teoría de la responsabilidad...cit.*, pp. 73-74.

<sup>391</sup> Vid. CARRÉ DE MALBERG, Raymond: *Teoría general del Estado*, versión española de José León Depetre, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1948, pp. 190-246.

<sup>392</sup> Vid. LONG, Marceau: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 4. ed., Sirey, Paris, 1965, pp. 238-245.

Sin embargo, la Ley de 29 de junio de 1934, con objetivo de proteger la producción de leche, prohibió la fabricación y venta de todos los productos bajo el nombre de la crema, sea o no un calificativo o bajo un nombre de fantasía, o un aspecto de producto de la crema, para los mismos fines, lo que no se deriva exclusivamente de la leche<sup>393</sup>.

La ley no preveía indemnización en favor de los industriales perjudicados, ni tampoco la excluía expresamente. La Sociedad antedicha (prácticamente, la única que producía en Francia esta crema) se vio obligada a cesar en su actividad, acudiendo ante el Ministerio de Agricultura en demanda de indemnización.

Desestimada la reclamación por silencio, la Sociedad acudió al *Conseil d'Etat* en súplica expresa de que se condenara al Estado al pago de los daños sufridos como consecuencia de la Ley de 29 de junio de 1934.

El comisario ROUJOU no se limita a insistir en la tradicional posición de interpretar el silencio de la ley como un rechazo implícito de la indemnización; su actitud, basada ya en el principio de igualdad ante las cargas públicas, es decididamente progresiva:

Es preciso afirmar, por tanto, que en esta hipótesis, que debe ser excepcional, el legislador ha expresado claramente su voluntad. Por tanto, en el supuesto de silencio de la ley debe obligatoriamente presumirse que su autor ha querido atenerse a los principios generales e imperativos del Derecho; y, en tal circunstancia, no puede descartarse la indemnización de los perjuicios especiales que derivan del ejercicio del poder público<sup>394</sup>.

A la vista de este planteamiento, el *Conseil d'Etat* acepta la demanda de la Sociedad decidiendo que:

Considerando que la prohibición impuesta en favor de la industria lechera ha colocado a la sociedad reclamante en la obligación de cesar en la fabricación del producto que venía explotando bajo el nombre de "gradine", que encajaba en la definición dada por el artículo de la ley citada, sin que se haya alegado que constituyese un peligro para la salud pública; que nada, ni en el texto mismo de la ley ni en sus trabajos preparatorios, ni en el conjunto de las circunstancias del asunto permite pensar que el legislador ha querido hacer soportar al interesado una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, impuesta en interés general, debe

<sup>393</sup> Art. 1. °, línea 1: "...sous la dénomination de crème, suivie ou non d'un qualificatif ou sous une dénomination de fantaisie quelconque, un produit présentant aspect de la crème, destiné aux mêmes usages, ne provenant pas exclusivement du lait.

<sup>394</sup> Vid. DUEZ, Paul: *Traité de droit administratif...cit.*, p. 460.

ser soportada por la colectividad; que de ello se sigue que la sociedad “La Fleurette” tiene derecho a exigir que el Estado sea condenado a abonarle una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido<sup>395</sup>.

En este *arrêt*, son claras las ideas del Prof. DUGUIT. El *Conseil d'Etat* expresa su legitimidad en analizar sin reservas la tarea de interpretar la voluntad tácita del legislador para conceder indemnización en los casos que sea posible demostrar que el legislador no quiso excluirla. El conflicto entre la soberanía de la ley y el principio de igualdad ante las cargas públicas se resuelve a favor de este último<sup>396</sup>.

Así, el silencio de la ley sobre la indemnización no constituye más en una presunción *iuris et de iure* sobre la exclusión del resarcimiento, sino en una presunción *iuris tantum* que puede ser destruida mediante la prueba contraria de que el legislador no pretendió evitar la indemnización.

El gran avance de la jurisprudencia *La Fleurette* se ha concretado en dos postulados en pugna a través de la técnica del doble filtro: inicialmente, la tarea del juez se reduce a la investigación de la voluntad del legislador acerca de la indemnizabilidad de los daños. Si el resultado es negativo, el proceso se detiene y la demanda es rechazada; pero si es positivo, se hace entrar en juego el segundo filtro de la igualdad ante las cargas públicas — de malla más estrecha aún que el primero —, concretado en la exigencia de un perjuicio especial y de excepcional gravedad, requisitos estos extraídos por simple deducción lógica del principio básico<sup>397</sup>.

---

<sup>395</sup> Vid. LONG, Marceau: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 4. ed., Sirey, Paris, 1965, p. 241.

<sup>396</sup> Pero sorprendentemente sólo en dos supuestos más el Consejo de Estado volverá a estimar la existencia de responsabilidad del Estado por actos legislativos. Se trata de los *arrêts Cacheteux et Desmont*, de 21 de enero de 1944, y *Bovero*, de 25 de enero de 1963. El primer asunto, el Estado para proteger el mercado del trigo se había aprobado una ley que restringía al 15 % la utilización de maltas que no fueran de cebada o trigo en la producción de cerveza. Esta medida obligó a la entidad recurrente a cesar en su actividad ya que se dedicaba exclusivamente a fabricar una glucosa destinada a la fabricación de cerveza. El Consejo de Estado otorgó la indemnización teniendo en cuenta el alto coste que para *Cacheteux et Desmont* entrañaba el cambio de su actividad original. En el *arrêt Bovero* tiene por debate un conjunto de medidas legislativas dictadas para facilitar el regreso de los militares franceses que se encontraban destinados en Argelia tras la declaración de independencia de este país. El artículo 4 de la Ordenanza legislativa de 3 de enero de 1959 prohibió, en concreto, que se ejecutara ningún desahucio en contra de militares que estuviesen destinados en Argelia o de los familiares con los que convivan. Anteriormente el señor *Bovero* había obtenido una orden de desahucio contra el padre de uno de estos militares que por efecto de la aplicación de la ordenanza legislativa quedó sin ejecutarse. El Consejo de Estado le reconoció una reparación a la vista de que era muy reducido el número de personas que se podían encontrar en la situación del recurrente y que como la descolonización estaba concluyendo su decisión no iba a producir ulteriores consecuencias. Vid. VEDEL, Georges: *Derecho administrativo*, Aguilar, Madrid, 1980, pp. 343-344.

<sup>397</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *La teoría de la responsabilidad...cit.*, p. 75.

Desde luego, la concesión de una indemnización por el daño causado por una ley ha de ser especial, excepcional y anormal gravedad; que supere los inconvenientes, las incomodidades, las sujeciones que la vida colectiva impone necesariamente a cada individuo. En efecto, no sería lógico restablecer mediante una indemnización un equilibrio de cargas sociales que no hubiera sido en gravedad roto<sup>398</sup>.

Se ve que la soberanía del Parlamento sólo se sostiene en un sistema constitucional que carezca de medios de control de la validez de las leyes pero este absolutismo de la ley, empieza a decaer con la implantación de jurisdicciones constitucionales encargadas de garantizar la primacía de las normas constitucionales.

Con la implantación de un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes en Alemania, después de la Segunda Guerra Mundial, hubo un cambio en el plano de la soberanía de la ley, en el sentido de su subordinación a una instancia jurídica superior: la Constitución. Aquélla deja de ser manifestación de una potestad ilimitada para convertirse en una proposición bajo al control cualitativo por la norma suprema del Estado.

En virtud de este sistema, la ley, puede resultar ilícita, es decir, inconstitucional, debiendo ser retirada del ordenamiento jurídico junto con los efectos que ella ha producidos. Predica el efecto plenamente retroactivo de las declaraciones de inconstitucionalidad, obligando a la Administración a indemnizar los daños producidos por la misma o en base a la misma<sup>399</sup>.

En continuación, a la búsqueda de una dogmática que pueda justificar la irresponsabilidad del Estado por los perjuicios causados por las leyes, la doctrina germánica sostiene que el Parlamento no era un órgano del Estado ya que no se integraba dentro de esta forma de organización política. El Parlamento sería un representante del pueblo por lo que habría que considerarlo como un órgano de la comunidad. Como el Parlamento no ha sido apropiado de un modo completo por parte del Estado, a éste no le podría exigir que responda

---

<sup>398</sup> Vid. GOHIN, Olivier: «La responsabilité de l'Etat en tant que législateur», *Revue internationale de droit comparé*, Année 1998, Volume 50, Numéro 2, pp. 605 y ss.

<sup>399</sup> Vid. GARRIDO MAYOL, Vicente: *La responsabilidad patrimonial...cit.*, p. 139.

de los daños que causen las leyes<sup>400</sup>. Además, el concepto de diputado parlamentario como un representante popular le dota de absoluta autonomía y su relación orgánica se establece con la sociedad, jamás con el Estado. De esa manera, rompe el mecanismo de imputación.

Frente a esta argumentación sofista PRODROMOS DAGTOGLOU<sup>401</sup> demostró que los actos del legislativo son verdaderos actos del Estado, y que este privilegio no está fundado jurídicamente y no encuentra lugar en la Constitución.

La integración de los conceptos de Sociedad y Estado, al concluirse que el parlamento es un órgano estatal. De esta forma se supera la separación Estado y Sociedad propia del Estado Liberal de Derecho, concepción según la cual la Asamblea Legislativa o el Parlamento se reputa como un órgano de la sociedad opuesto al Estado, por lo que al ser un órgano independiente de la organización estatal, los actos legislativos no se imputan al Estado y, por consiguiente, no existe responsabilidad por su dictado.

PRÓDROMOS DAGTOGLOU<sup>402</sup> veía en el derecho una tutela judicial que establece el artículo 19.4 de la Ley Fundamental<sup>403</sup> el fundamento del derecho a una reparación económica por los perjuicios causados por una ley inconstitucional. En este mismo sentido, Adolf ARDNT<sup>404</sup> propone la dimensión ontológica de la responsabilidad por leyes que lesionan los derechos fundamentales.

---

<sup>400</sup> Vid. HAURIU, Maurice: *Précis de droit constitutionnel*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1923, pp. 523-526, señala que, «El Parlamento representa a la Nación. Con la adopción de una ley, es un acto de soberanía. La ley es la expresión de la voluntad general porque es el trabajo del parlamento en representación de la nación y su voluntad general. La legislatura es capaz de indicar la intención de general porque es el soberano, porque es el pueblo. El base del poder del Parlamento es en la delegación las facultades otorgadas por los ciudadanos. Por lo tanto, la soberanía del Parlamento es inseparable del sistema representativo. El parlamento elegido por el pueblo soberano, expresa teóricamente nacional que es el titular de la soberanía La Revolución transfirió la soberanía del rey al pueblo en la edificación la soberanía nacional. El ejercicio de esta soberanía está fuera de control. Dado que el Parlamento ejerce soberanía, la ley, que es el producto de la actividad parlamentaria, tiene un poder soberano».

<sup>401</sup> Vid. DAGTOGLOU, Prodromos, *Ersatzpflicht des Staates...cit.*, p. 14; Vid. KELSEN, Hans: *Problemas capitales...cit.*, pp. 407 y ss.

<sup>402</sup> Vid. DAGTOGLOU, Pródromos: *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, Joachim Heitmann & Co, Hamburgo, 1971, pp. 172 y ss.

<sup>403</sup> 19.4 - Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, segunda frase.

<sup>404</sup> Vid. ARDNT, Adolf: «Die Bindungswirkung des Grundgesetzes», *Der Betriebs Berater*, 1960, cuaderno 26/20, pp. 993 y ss.



El amparo de los derechos fundamentales impone a todas las potestades públicas, incluso el Legislador, la obligación de indemnizar todas las lesiones que estos poderes causen a los derechos considerados fundamentales, incluso aquellas que produzcan las leyes.

Además, la doctrina alemana también basaría su oposición a una responsabilidad por actos legislativos en la naturaleza representativa del mandato de los parlamentarios. Las decisiones legislativas se imputarán de esta forma directamente al representado, esto es, al pueblo. Los ciudadanos que sufran daños y perjuicios como consecuencia de la aplicación de una ley tendrían vetada la posibilidad de plantear una acción de indemnización ante los Tribunales ya que ello equivaldría a ir en contra de sus propios actos<sup>405</sup>.

Ésta constituye una argumentación engañosa que abusa de la ficción jurídica y de la lógica puramente verbal extraída de la idea de representación y que paradójicamente convierte a la víctima en autor de los daños. Se está trasladando indebidamente las inmunidades parlamentarias que tienen reconocidos los diputados en el ejercicio de sus funciones al resultado de la potestad legislativa, esto es, a las leyes<sup>406</sup>.

A más del principio de igualdad ante las cargas públicas como fundamentación para la reparación patrimonial por los daños causados por las leyes, la jurisprudencia francesa ha incorporado la protección del principio de confianza legítima al régimen de la responsabilidad derivada de la actuación normativa<sup>407</sup>.

---

<sup>405</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: La teoría de la responsabilidad...*cit.*, p. 124.

<sup>406</sup> Vid. DUEZ, Paul: *Traité de droit administratif...cit.*, p. 482; Vid. LEGUINA VILLA, Jesús: «La responsabilidad patrimonial de la Administración de sus autoridades y del personal a sus servicios», en *La Nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 413-414. Vid. MATHIEU, B. Machelon: *La loi*, Dalloz, Paris, 1996, p. 13, señala en el sentido de que, «El mito de la ley expresión de la voluntad general ocultar la realidad de que la ley solamente es la expresión de una mayoría parlamentaria».

<sup>407</sup> El Tribunal administrativo de Estrasburgo dicta en el 8 de diciembre de 1994 la sentencia en el asunto *Freiymuth*. La empresa francesa *Transports Freiymuth*, se dedicaba a la recogida de residuos domésticos en Alemania para su tratamiento y depósito en suelo francés. Esta actividad que era plenamente legal fue prohibida en virtud del Decreto 92-798, de 18 de agosto de 1992 que entró en vigor al día siguiente. Este Decreto desarrollaba la Ley francesa de 15 de julio de 1975 sobre Eliminación de Residuos y no contenía ningún régimen transitorio por lo que le produjo a esta empresa fuertes pérdidas económicas. El Tribunal de instancia remitió al Consejo de Estado el conocimiento de las alegaciones sobre la ilegalidad del Decreto ya que este Tribunal era el competente y desestimó la petición de responsabilidad sin falta formulada por *Transports Freiymuth* en base a que se trataba de una norma que perseguía un fin de interés general y que se trataba del desarrollo reglamentario de una Ley que había guardado silencio acerca de la indemnización de los daños que pudiera causar. Sin embargo, este Tribunal aceptó los planteamientos del comisario del Gobierno Pommier y estimó la existencia de

El legislador debe ajustarse en sus prescripciones a los mandatos constitucionales, que el poder legislativo no es soberano ni omnipotente y por lo tanto, los ciudadanos deben estar protegidos de la arbitrariedad del poder público.

En definitiva, el régimen de responsabilidad que el Consejo de Estado a impuesto a los daños producidos por el Legislador tiene un carácter excepcional<sup>408</sup>, constituyendo, en la feliz afirmación de RENÉ CHAPUS, “*un producto de lujo: que no se sirve todos los días*”<sup>409</sup>.

### 2.5.2 La separación de los poderes

La doctrina de la soberanía y la irresponsabilidad del Parlamento se fortalecieron con la interpretación dada a la teoría de la separación de poderes de Montesquieu. La separación de poderes se caracteriza por un sistema político dominado por la legislatura. Desde luego, los jueces se convierten en servidores de la ley, reforzándose la idea de que la responsabilidad del Estado por actos legislativos con el consentimiento de indemnizaciones por parte de los Tribunales constituiría en una intromisión en el principio de división de poderes<sup>410</sup>.

Se plantea la injusticiabilidad del Poder Legislativo por el Judicial, y la sumisión de éste a aquél. Imposibilitándose la declaración de responsabilidad del Estado por la actividad de sus órganos legislativos. No obstante, el principio de soberanía legislativa absoluta no encuentra más respaldo frente al mecanismo de depuración de la regularidad constitucional de las normas con fuerza de ley cuyo ejercicio se atribuye al Tribunal Constitucional<sup>411</sup>.

---

responsabilidad a partir del principio de confianza legítima no que había sido respetado por la aprobación sorpresiva de la nueva normativa sobre residuos. *Vid.* HEERS, Mireille: «La sécurité juridique en droit administratif française: vers une consécration du principe de confiance légitime?», *Revue française de Droit Administratif*, n. 11, 1995, pp. 963 y ss.

<sup>408</sup> *Vid.* FRIER, Pierre-Laurent: *Précis de droit administratif...cit.*, p. 490.

<sup>409</sup> *Vid.* CHAPUS, René: *Droit administratif général*, 4. ed., tomo I, Montchrestien, Paris, 1988, p. 932.

<sup>410</sup> *Vid.* RENOUX, Thierry S.: *L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France*, Dalloz, Paris, 1991, p. 171, para quien, «Esta es la doctrina de separación de poderes está en el origen la prohibición del juez para verificar la validez de las leyes y oponerse a la voluntad del legislador. La práctica francesa se mantuvo una lectura del pensamiento de Montesquieu, “efectuar la separación principio de poderes frente al juez y no un principio de garantía de los derechos por el juez”. Hay un antagonismo entre función natural del juez: velar por el respeto de la jerarquía normas y la versión europea del principio de separación poderes que coloca al juez en una posición subordinada de la ley».

<sup>411</sup> *Vid.* RIVERO GONZÁLEZ, Manuel: «Introducción», *Revista de Documentación jurídica sobre La responsabilidad del Estado Legislador*, n. 63, tomo XVI, julio-septiembre 1989, p. 613.

En la doctrina alemana afirma que no sería conveniente para las delicadas relaciones entre los poderes legislativo y judicial que los miembros de la Sala en lo Civil de un Tribunal Territorial hubieran de colocarse, sin mediar una exigencia real o jurídico-sistemática evidente, en la terrible situación de deber censurar la mayoría del Bundestag o del Landtag por una lesión culpable de sus obligaciones oficiales y otorgar en consecuencia una indemnización a un ciudadano que hubiera sufrido un daño especial por motivo de la legislación<sup>412</sup>.

Dicho juicio no es correcto, pues cuando los Tribunales resuelven reclamaciones de responsabilidad derivadas de las leyes, no están alterando ningún reparto de las funciones que están constitucionalmente atribuidas, sino que se limitando a aplicar una norma constitucional. En cambio, no tendría sentido la existencia del Tribunal Constitucional que detiene el monopolio del control de la constitucionalidad de las leyes, que nada más es que una evaluación de las normas en compatibilidad con la Carta constitucional y los principios jurídicos que la sostiene.

Observa LEÓN DUGUIT<sup>413</sup> que, al permitir a los Tribunales que conozcan de las demandas de indemnización fundadas en los perjuicios ocasionados por la aplicación individual de una ley, no les están dando a los Tribunales la facultad de criticar la obra del legislador. La cuestión que tienen que resolver es saber si la aplicación individual de la ley no tiene como efecto ocasionar, siguiendo el interés colectivo, un perjuicio grave a un individuo determinado.

### ***2.5.3 La generalidad de la Ley***

ROUSSEAU<sup>414</sup> ha definido la ley como expresión de la voluntad general en dos niveles. En el primero nivel, la ley es aplicada tanto por todo el pueblo y actuada para, y en todo, el pueblo. Es soberana porque tiene su origen popular. En el segundo nivel, la ley representa la expresión de la voluntad general ya que debe beneficiar a la sociedad completa. Para ser

<sup>412</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *La teoría de la responsabilidad...cit.*, p. 130.

<sup>413</sup> Vid. DUGUIT, Léon: *Traité de droit constitutionnel...cit.*, p. 572.

<sup>414</sup> Vid. ROUSSEAU, Jean-Jacques: *El contrato social...cit.*, pp. 62-63; Vid. CARRÉ DE MALBERG, Raymond: *op. cit.*, p. 4, define que, «la ley como regla general, es decir, una exigencia que no se presente como un caso particular o individuos específicos, sino que es adoptada en aplicación de antemano en todos los casos y todas las personas dentro de las previsiones del texto».

soberana, la ley debe ser la voluntad general sea en su origen sea contenido.

La doctrina contra la responsabilidad estatal por actos legislativos sostiene, basada en el carácter general y abstracto de la norma, la imposibilidad de haber un daño individualizado<sup>415</sup>. Teniendo en cuenta que el carácter general de la ley impide que se presente la especialidad del daño; siendo ésta, una de las condiciones para que el daño pueda ser reparable, de tal forma que los daños ocasionados por el legislador constituyen cargas públicas que deben soportar los gobernados. Algunos autores buscan la base de esta irresponsabilidad en el contenido de la ley. Estos autores creen que la generalidad de la ley es la justificación de la irresponsabilidad del legislador. La doctrina francesa invoca la generalidad de la ley como la justificación a la irresponsabilidad de la legislatura<sup>415</sup>. Consideran que su ley general no sólo puede causar daño en las articulaciones a todos los individuos que se refiere, como, estos daños ,son funciones públicas que no pueden dar lugar a responsabilidad en ausencia de una condición que requiere especial. La ley siendo un precepto de carácter general y abstracto, no es susceptible de producir daños singulares que dan lugar a responsabilidad; éstos sólo podrían producirse a través del acto administrativo de aplicación, nunca directamente por la ley, porque el daño supone una ruptura del principio de igualdad y la ley es, por esencia, igualitaria<sup>416</sup>.

En este orden de ideas, era impensable que el legislador respondiera por sus actos; la soberanía es absoluta y la ley dejaría de serlo si se suprimía el efecto general de sus disposiciones.

Este planteamiento se ve inmediatamente desmentido, pues, a pesar de que la Constitución permita al legislador moverse por un gran dominio de materias que necesitan de regulación. Éste no puede interferir en la libertad y propiedad de los ciudadanos, sin una justificación concreta y legítima<sup>417</sup>. Está claro que la ley siendo un acto jurídico de creación de una norma, ley general e impersonal no tiene como objetivo causar daños a nadie. Esta

---

<sup>415</sup> Vid. CHAUMONT, Charles: «La responsabilité extra-contractuelle de l'Etat dans l'exercice de la fonction législative», *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, Paris, 1940, p. 202; Vid. CHAPUS, René: *Droit administratif général*, 4. ed., tomo I, Montchrestien, Paris, 1988, p. 851 y ss; Vid. LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves: *Traité de droit administratif*, 11. ed., Tomo I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990, p. 823.

<sup>416</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *La teoría de la responsabilidad...cit.*, pp. 92-93.

<sup>417</sup> Vid. DAGTOGLOU, Prodromos: *Ersatzpflicht des Staates...cit.*, p. 20.

generalidad significa que la ley difícilmente causará daños especiales. La ley promulgada en el interés público coincide con el interés de toda la población general, pero, esto no significa que no pueda existir el derecho de reparar el daño que cause. La idea de la responsabilidad civil de las leyes se encuentra sobre la base el principio de igualdad ante las cargas públicas y no sobre la base de la culpabilidad.

#### ***2.5.4 Las prerrogativas del Legislador***

Uno de los obstáculos que se añade a la irresponsabilidad patrimonial del Legislador es la dificultad en el control de la voluntad del Parlamento. Cuanto mayor sea el margen de apreciación, más es la libertad legislativa y más difícil es de controlar.

Además, se aboga que gobernar es elegir opciones que se hacen entre los diferentes los intereses, el interés de preservar uno y sacrificar otro. El problema de la responsabilidad surge en dos niveles. El primer sería ¿Cómo evaluar y controlar la voluntad del legislador?. Y el segundo ¿Qué criterios y normas deben ser conservados para evaluar la elección hecha en el contexto de tal facultad?.

PAUL CRAIG<sup>418</sup> estima que el ejercicio del poder de elegir justifica al menos una responsabilidad limitada sólo para los casos más graves en la apreciación del poder. De hecho, el ejercicio de ese poder implica en una decisión difícil, que es más una opción política. La responsabilidad no puede ser considerada para las decisiones tomadas dentro del poder concedido.

En efecto, con intención de proteger y garantizar el ejercicio del Parlamento, se rechaza la hipótesis de responsabilidad patrimonial del Legislador en razón de que el poder legislativo no sea obstaculizado por la perspectiva de las acciones por daños y perjuicios.

Sin embargo, todo este planteamiento está equivocado, por una sencilla razón: la libertad de actuación que tiene el Parlamento no le autoriza emitir comandos normativos flagrantemente ilegales, ilegítimos, que van en contra a todo el sistema de jurídico y que resultan, manifiestamente, dañosos a los ciudadanos, que no tienen el deber de soportar tales

---

<sup>418</sup> Vid. CRAIG, Paul: «Once More Unto the Breach: The Community, the State and Damages Liability», *LQR*, n. 113, 1997, p. 67.

comandos.

Si un Parlamento crea una ley sometiendo a tributación una determinada realidad económica, esta ley por su propia naturaleza, atingirá negativamente el patrimonio del contribuyente, pero, a principio, esto no significa que ella configure un supuesto de responsabilidad civil por el simple efecto de la tributación. Empero, si esta misma ley no cumple los requisitos formales y materiales exigidos de para la imposición fiscal, estaremos, claramente, delante de un abuso de la potestad normativa del Legislador, por lo tanto, en frente a un supuesto de responsabilidad. Además, las leyes deben traducir un interés público y causar daños y perjuicios injustificados a los ciudadanos no señala este objetivo. En cambio, indica un Legislador no diligente para la función o un Legislador oportunista, con objetivos que no condice a los intereses que la sociedad le otorgó.

#### *2.6 La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador como garantía de la responsabilidad de los poderes públicos*

El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial o extracontractual de las Administraciones Públicas se presenta como un instrumento de garantía de los ciudadanos frente al funcionamiento de los servicios y de las actividades públicas.

Su potencialidad expansiva permitió, por un lado, la extensión de su alcance a ámbitos inicialmente exentos, y por otro, una multiplicación de las reclamaciones formuladas por los ciudadanos.

La necesidad de contribuir a la mejora del sistema, tanto para dar cabida y explicación a nuevas circunstancias, como para evitar la pérdida de sus caracteres definitorios propios, se ha suscitado nuevas aportaciones que fundamente y garantice el desarrollo y la aplicación del instituto.

Todo ello suscita la cuestión de determinar si el régimen de la responsabilidad, construido en torno a la actividad de las Administraciones Públicas, resulta o no aplicable al poder legislativo.

En serio, no cabe duda de que el Poder Legislativo no está exento de responsabilidad frente a los ciudadanos cuando incumple las obligaciones que le impone la Constitución,

razón por la cual, la ausencia o la indebida actuación del Poder Legislativo debe provocar también, de forma general, el correlativo derecho de los ciudadanos afectados a obtener la correspondiente reparación.

Sólo cuando aceptemos esta situación con normalidad, sin traumatismos intelectuales o sofismas, habremos dado un importante paso en la consolidación del sistema de garantías para una sociedad que se califica como democrática.

Si la responsabilidad extracontractual obliga a quien causa un daño ilícito en la esfera patrimonial de otro a reparar dicho daño, operando este sistema como algo «normal», no deja de ser también una verdad tener que afirmar que la misma responsabilidad obliga al Estado a reparar los daños que su actuación, administrativa, judicial o, incluso, legislativa, cause a los ciudadanos.

La Constitución Española de 1978 establece expresamente una garantía expropiatoria frente a las privaciones de bienes y derechos llevadas a cabo por ministerio de una ley persiguiendo el interés general. Pero ésta, no es la única garantía patrimonial que incorpora frente al Legislador ya que fuera del ámbito de las expropiaciones legislativas se encuentran una serie de perjuicios que pueden ser imputables a las leyes y que en un Estado de Derecho *no pueden hacerse recaer exclusivamente sobre el patrimonio de las personas que se hayan podido haber afectadas*. El reconocimiento de una responsabilidad patrimonial por actos legislativos requiere, al igual que ocurre con la expropiación *ope legis*, de un adecuado respaldo constitucional.

Como corolario de un Estado de Derecho, podemos afirmar que el derecho de indemnización está consagrado en los arts. 9.3<sup>419</sup> y 33.3<sup>420</sup> de la Constitución Española. Por lo tanto, constituye un derecho fundamental de naturaleza análoga a los derechos, libertades y garantías.

---

<sup>419</sup> Art. 9.3-La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

<sup>420</sup> Art. 33.3-Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

Efectivamente, el derecho a la reparación de los daños constituye una garantía de limitación del poder y postula un comportamiento general de respeto por parte de todos los entes públicos<sup>421</sup>.

Así, el derecho de indemnización, resultado del reconocimiento de la responsabilidad del Estado Legislador, tiene su contenido esencialmente determinado a nivel constitucional, no dependiendo de ley ordinaria para tornarse líquido y cierto y, tan poco constituye una norma programática. En esa medida, es directamente aplicable, pudiendo ser invocado por el lesionado<sup>422</sup>.

Desde luego, la responsabilidad civil cubre todas las funciones del Estado; la obligación de indemnizar por acto legislativo presupone un hecho culposo o resultante del *quebrantamiento de la distribución de los encargos y derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos*.

### ***2.6.1 Principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas: Fundamento de la responsabilidad del Estado-legislador***

La responsabilidad por conducta legislativa, como una modalidad específica de la responsabilidad sin falta o por sacrificio especial, tiene fundamento inmediato o directo en el principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, inherente a todo Estado de Derecho.

El principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas fue formulado por primera vez en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789, cuyo artículo 13 estipula que "*Para el mantenimiento de la fuerza pública y los gastos de la administración, una contribución común es indispensable: ella debe ser repartida igualmente entre los ciudadanos, según sus facultades*". Actualmente está plenamente aceptado que este principio no tiene proyección, única y exclusivamente, en materia financiera o tributaria, sino también respecto de otras cargas, pesos o sujeciones destinadas a satisfacer un interés público. De acuerdo con este principio cuando, en situaciones análogas, se imponen cargas

---

<sup>421</sup> Vid. MIRANDA, Jorge: *Manual de direito constitucional*, tomo IV, Coimbra, Coimbra editora, 1983, pp. 95 y ss.

<sup>422</sup> Vid. ANDRADE, José Carlos Vieira de: *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976...cit.*, p. 198.



particulares, se rompe la igualdad ante cargas públicas y si tal desigualdad es efecto, por ejemplo, del dictado de una ley se impone el resarcimiento patrimonial.

Este principio de rango constitucional tiene aplicación y eficacia directa e inmediata y su contenido esencial está absolutamente sustraído de la libertad de configuración o discrecionalidad legislativa. Demanda la indemnización debida cuando se produce un daño especial e intenso que supone un sacrificio particular. Bajo esta perspectiva, cualquier ley que establezca que un sacrificio singular y no conlleve un resarcimiento será abiertamente inconstitucional.

El principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, opera como un "*mecanismo puro de reparación*", puesto que, aunque el Poder Legislativo dicte una ley válida y legítima, si sus consecuencias o efectos someten a una persona o grupo de éstas a una situación discriminatoria debe mediar una indemnización. La desigualdad o discriminación se debe situar en el nivel de los efectos —esfera de eficacia del acto legislativo y no de su validez. Los daños son los que contribuyen a la desigualdad y son éstos los que hay que suprimir mediante una indemnización.

Uno, varios o un grupo determinable de administrados, puede experimentar una carga excepcional, intensa y singular, con lo cual se transforma en un sacrificio excesivo y desigual. Algo propio del dicho sacrificio, si particular, es que el Estado no tiene el derecho de exigirlo y, por consiguiente, el administrado o grupo determinable de éstos, no tiene el deber jurídico correlativo de soportarlo. Razón por la cual, cuando se produce debe ser resarcido o indemnizado por la particular e intensa incidencia dañosa de la función legislativa sobre la esfera patrimonial de aquellos.

Los administrados deben manejar un margen de tolerabilidad o soportabilidad respecto de las cargas impuestas por el Estado, ámbito en que se ubica las cargas generales, por lo que una vez traspasado el límite o umbral de la tolerancia se verifica un sacrificio especial que no tienen el deber jurídico de soportar o tolerar y, por consiguiente, debe ser resarcido. El límite de lo soportable de los administrados se rebasa y, por ende, el carácter individual, singular, grave e intenso del sacrificio se alcanza cuando se quebranta la equidad, el principio de igualdad ante las cargas públicas y la integridad relativa del patrimonio.

El principio de igualdad proscribire las distinciones que no obedezcan a motivos objetivos y razonables, puesto que, de contrario se produce una discriminación. En esencia, el sacrificio singular o especial es el límite franco a la soportabilidad de las lesiones antijurídicas infligidas por el Estado en el ejercicio de su función legislativa y la condición específica e indispensable de la responsabilidad del Estado-legislador.

El carácter excepcional, particular e intenso del sacrificio singular provocado por el rompimiento del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas genera un daño o lesión antijurídica que debe reunir varios requisitos o condiciones para que sea resarcible y cuya ausencia no genera responsabilidad del Estado-Legislador.

Para que exista responsabilidad del Estado-legislador deben concurrir los requisitos específicos del daño en la responsabilidad del Estado por conducta lícita. En tal sentido, el Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales, se refiere al daño especial por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión.

Bajo esta inteligencia el daño debe ser, de modo concomitante, especial por afectar a un solo administrado o a un grupo identificable dentro de una subcategoría –criterio cuantitativo- y anormal por su intensidad excepcional –criterio cualitativo-. La exigencia de la especialidad y anormalidad del daño es una forma de evitar la socialización integral de los daños derivados de la actividad legislativa.

La especialidad del daño es un elemento de carácter cuantitativo, puesto que, hace referencia a la cantidad de víctimas afectadas patrimonialmente por una ley. Desde luego que este criterio, en atención a las características propias de la ley de generalidad y abstracción, plantea un serio problema, ya que, es muy difícil definir el punto o límite entre lo especial y lo general, puesto que, todo depende del caso concreto.

Precisamente por lo anterior, el elemento de la especialidad no puede ser meramente aritmético -número de personas afectadas- sino que debe ser diferencial. Para lograr este último efecto es preciso acudir a los conceptos de categoría y subcategoría. Así, en tesis de principio, el daño es especial cuando es sufrido por una o varias personas –física o jurídicas- o por un grupo determinable de éstas –subcategoría- dentro de una categoría.

Así, como hipótesis de daños legislativos especiales, por la pequeña proporción de afectados, podríamos, sin ningún ánimo exhaustivo, señalar los siguientes: a) una ley de nacionalización de determinadas actividades o empresas privadas; b) una ley que establezca un monopolio con privación de una actividad privada lícita; c) una ley que califica como bienes de dominio público los que antes eran de dominio privado –demanialización de propiedades privadas-; d) una ley que adelante o retarde la edad de jubilación, en cuyo caso habrá que entrar a determinar si los funcionarios públicos en la relación estatutaria gozan de expectativas o de derechos subjetivos, puesto que, se modifica sobrevenidamente las condiciones originales de ingreso en la función pública, en el primer caso no podrán gozar íntegramente de la jubilación y, en el segundo, deberán trabajar más tiempo del que inicialmente supuso laborar.

Por el contrario, si se afecta a la totalidad de la población o a una categoría entera y completa de personas presentando idéntica situación profesional, industrial, comercial y espacial no hay daño especial. En esencia, la categoría con la que se hace el contraste no puede ser ni muy grande ni muy pequeña.

Existen ámbitos en los que resulta muy difícil hablar de un daño especial, tales como la intervención pública en el mercado y la economía, a través de medidas legislativas de regulación. En todas estas hipótesis, los parámetros de soportabilidad o tolerabilidad del daño son más altos o restrictos para adaptarse a los fines específicos y delicados de la intervención o regulación del mercado y de la economía, siempre dinámicos y mutables.

Ya la anormalidad es un criterio de orden cualitativo más que cuantitativo, puesto que, hace referencia ineludible a su gravedad, intensidad, importancia o trascendencia. Si una carga pública sobrepasa el límite o canon de la tolerancia normal se convierte en anormal y el o los afectados no tienen obligación de soportarlo, más bien el derecho a ser indemnizados.

### ***2.6.2 El desarrollo de la responsabilidad patrimonial legislativa en el artículo 9.3 del texto constitucional español***

Antes de la Constitución, el planteamiento sobre la existencia de la responsabilidad patrimonial por acto legislativo fue prácticamente nulo. En la doctrina, el profesor

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>423</sup> ya atendió a tal formulación, para negar con carácter general su admisibilidad, aun salvando algunas hipótesis, con el ánimo de generalizar la garantía de los ciudadanos en un entorno jurídico-político muy concreto.

Inicialmente, el reconocimiento de una responsabilidad por daños imputable al Legislador resulta un fenómeno no muy comprensible, en razón de la formación histórica de la significación de las leyes<sup>424</sup>. Sin embargo, el principio de responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos se conecta con el principio de subordinación de la ley a la Constitución<sup>425</sup>.

---

<sup>423</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la administración, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, p. 192, indica que, «Definiendo la Ley el ámbito de lo jurídico positivo, mal puede imputarse a sus efectos un perjuicio antijurídico. Los perjuicios derivados de las leyes son cargas legales y no daños; aunque podría afectar indemnización a los efectos dañosos de una ley formal cuando se entiende que tal Ley presenta una laguna sobre la materia, y en virtud de la integración de tal laguna con los principios generales del Derecho, pero siempre que esté claro que tal laguna no existe, por ejemplo, porque está implícito el propósito decidido de no indemnizar, y mucho más cuando este propósito está preceptivamente declarado, no existen medios técnicos para forzar a la indemnización». Vid. MESTRE DELGADO, Juan Francisco: «La responsabilidad del estado legislador», en *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez / director*, José Díaz Delgado, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2004, p. 103, estima que, «En la jurisprudencia, sólo un reducido grupo de Sentencias tuvieron que pronunciarse al respecto, negando su existencia por la imposibilidad de la Jurisdicción de controlar y enmendar al Legislador. Se trata de la Sentencia TS de 22 de mayo de 1970 (su doctrina se reitera en las Sentencias de 1 de febrero y 12 de noviembre de 1971, 30 de septiembre de 1972 y 29 de enero de 1974) en la que se suscitó derechamente, por los recurrentes, la reclamación de una indemnización como consecuencia de la entrada en vigor del Texto Articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966, que habría determinado la extinción del negocio de los recurrentes, de Seguros de Accidentes de Trabajo, ya que, conforme a aquella, se produjo a partir de 1 de mayo de 1966 la nacionalización del Seguro de Accidentes de Trabajo, "encomendándolos a las entidades públicas llamadas Mutualidades laborales...y eliminando definitiva y totalmente la gestión cumplida hasta el momento por las Compañías mercantiles". El Tribunal desestimó el recurso, a pesar de reconocer su competencia para conocer del asunto ("aun cuando en realidad, el velado fundamento de la demanda en esta vía jurisdiccional sea el combate frontal de las mencionadas Leyes de 1963 y 1966"); señaló, en definitiva, que la Administración se había limitado a aplicar las previsiones de la Ley, que no contemplaban indemnización alguna».

<sup>424</sup> Desde la Declaración de Derechos y Libertades del Hombre y del Ciudadano de 1789, conforme a su art. 4, «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la Ley», que constituye «la expresión de la voluntad general»-art. 6-, y que contiene las limitaciones admisibles en la sociedad a la libertad del individuo, arts. 5 a 8 de la Declaración, son ellas las que fijan las limitaciones que deben soportar los ciudadanos, a saber: «La ley sólo debe prohibir las acciones perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no debe ser estorbado. Nadie debe verse obligado a aquello que la ley no ordena»; « La ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son evidentemente necesarias; y nadie debe ser castigado en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada».

<sup>425</sup> Vid. XIOL RÍOS, Juan Antonio: «La responsabilidad patrimonial por acto legislativo»...*cit.*, pp. 10134-1035, afirma que, «El principio de responsabilidad patrimonial del Estado legislador sólo es posible cuando el concepto de ley evoluciona desde el punto de vista de su inserción en el ordenamiento y desde el punto de vista de su contenido. Desde el primero de los citados puntos de vista, la ley deja de ser el producto de un poder soberano, pues aparece subordinado a una norma *más fuerte*, que es la Constitución, e incardinada en ordenamientos supranacionales que, limitando la soberanía del Estado, pueden imponer limitaciones a todos los

La Constitución española de 1978 contiene una regulación sintética cuanto la responsabilidad patrimonial de Derecho público<sup>426</sup>. Esta norma elevó a rango constitucional la fórmula de responsabilidad de naturaleza objetiva de las Administraciones Públicas<sup>427</sup>. Además de establecer la responsabilidad del poder judicial para los casos de error judicial o mal funcionamiento de la Administración de Justicia<sup>428</sup>. Pero la novedad más importante fue la proclamación de la garantía general de la responsabilidad de los poderes públicos que hizo su artículo 9.3.

El artículo 9.3 de la Constitución enuncia los sucesivos derechos y libertades fundamentales que ésta reconoce a los ciudadanos. La responsabilidad de los poderes públicos aparece junto a otros principios como un instrumento de protección y reparación a los derechos y garantías constitucionales.

Desde luego, son principios jurídicos de un pleno valor normativo, y que sirven como parámetros para evaluación de constitucionalidad de las normas jurídicas; son prescripciones informadoras del ordenamiento en su totalidad y vinculantes para los poderes públicos incluso en términos de deber positivo de actuación<sup>429</sup>.

---

poderes internos, entre ellos el legislativo. Desde el segundo año de los citados puntos de vista, la ley, como consecuencia de las nuevas situaciones a las que en virtud del dinamismo social debe atender, pierde en ocasiones su carácter general. Junto a las leyes de presupuestos y de acompañamiento presupuestario, que incorporan con diversos efectos legitimadores las medidas de política económica, la ley se convierte a veces en un acto equivalente a los actos emanados del Poder ejecutivo, en la medida en que refleja las previsiones propias de un instrumento de planificación (leyes marco, leyes de planeamiento) o apto para dar efectividad a medidas concretas de transformación de la realidad (leyes medida)».

<sup>426</sup> En cambio, la Constitución Española de 1931 en el artículo 106 preveía una restricta responsabilidad estatal: «Todo español tiene derecho a ser indemnizado de los perjuicios que le irroguen por error judicial o delito de los funcionarios judiciales en el ejercicio de sus cargos, conforme determinen las leyes. El Estado será subsidiariamente responsable de estas indemnizaciones».

<sup>427</sup> Artículo 106.2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

<sup>428</sup> Artículo 121. Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley.

<sup>429</sup> Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano: «Los valores en la jurisprudencia del Tribunal constitucional», en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*; coordinación, Rafael Gómez-Ferrer Morant, Civitas, Madrid, 1989, pp. 949 y ss.

*Prima facie* el principio de responsabilidad de los poderes públicos, principio positivado al máximo nivel en el *artículo 9.3º* de la Constitución Española y que tiene un valor normativo directo, sirviendo para estructurar, junto con otros, todo el sistema jurídico-político del Estado. La sentencia de Tribunal Supremo de 27-11-2009 expresó que este principio, como todo principio general del derecho, cumplía la triple función de expresar uno de los fundamentos del orden jurídico, servir de fuente inspiradora del ordenamiento y criterio orientador en su interpretación, así como operar en cuanto fuente supletoria del derecho para los casos de inexistencia o de insuficiencia de la regulación legal, triple funcionalidad que autoriza a afirmar que no hay en el sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad, estando el Estado obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna.

El derecho que tienen los ciudadanos a ser indemnizados por los daños y perjuicios antijurídicos producidos por los poderes públicos nace directamente de este precepto constitucional, pero esto no significa que sea el único fundamento constitucional<sup>430</sup>.

Sin embargo, hace falta una regulación normativa más clara que establezca el procedimiento a seguir y que determine los órganos de naturaleza pública que deban hacer frente a tales indemnizaciones. Pero la falta de este desarrollo legal no afecta a la eficacia normativa de la responsabilidad de los poderes públicos, aunque dificulte su ejecución<sup>431</sup>.

---

<sup>430</sup> Constitución española artículo 106.2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. *Vid.* La sentencia 108/1986 del Tribunal Constitucional, tras afirmar la constitucionalidad de la Ley que enjuiciaba y la carencia de un efectivo derecho a cierta edad de jubilación - por tratarse de mera expectativa -, termina diciendo que «es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada (se refiere a la de paliar los efectos negativos del adelanto de la edad de jubilación) y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación...». *Vid.* BERBEROFF AYUDA, Dimitry; SOSPEDRA NAVAS, Francisco José: *Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad patrimonial de la administración en la jurisprudencia*, v. II, Consejo General del Poder Judicial, Fundación Wellington, Madrid, 2006, p. 314, señala que, «La responsabilidad patrimonial puede alcanzar al poder legislativo en tanto que sus actos pueden originar daños y perjuicios a los ciudadanos en términos similares a los demás poderes del Estado. La responsabilidad del Estado legislador se ha construido doctrinalmente a partir de lo que dispone el art. 9.3 de la Constitución que establece el principio de responsabilidad de los poderes públicos, en el cual está incluido el poder legislativo». *Vid.* GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo: «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos» en *Derecho administrativo*: parte especial, José Bermejo Vera [director], 7. ed., Thomson-Cívitas, Madrid, 2009, p. 1181, indica que, «La responsabilidad patrimonial de la Administración o responsabilidad administrativa es un aspecto más de la responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y, como tal, es elemento indispensable del Estado de Derecho». *Vid.* BLASCO ESTEVE, Avelino: «La responsabilidad de la Administración», en *Comentario sistemático a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común...cit.*, p. 419 y ss.

JESÚS LEGUINA VILLA<sup>432</sup> señala que el artículo 9.3 de la Constitución establece el principio de responsabilidad de los poderes públicos que afecta, no sólo al legislador, sino a todos los poderes públicos sin excepción. Consiste en garantizar que, bajo el imperio de la Constitución y de la ley, no haya ningún poder público exento o inmune a los controles que la propia Constitución organiza, de suerte que, a través de tales controles y de los procedimientos legales prescritos al efecto, pueda exigirse aquella responsabilidad (política, penal, civil, administrativa, disciplinaria o contable) que en cada caso proceda a los titulares de los cargos y funciones públicas y a los entes y órganos en que aquellos se integren.

Otros aseguran que la garantía de la responsabilidad de los poderes públicos prevista en el artículo 9.3 de la Constitución tendría un alcance inespecífico e indeterminado, además de ser insuficiente, por él mismo, para determinar en concreto la modalidad o el tipo de responsabilidad que haya de corresponder a cada poder público<sup>433</sup>.

---

<sup>431</sup> El Prof. Eduardo García de Enterría afirma que: [...] tanto el Tribunal Constitucional al enjuiciar las Leyes (como en el ejercicio del resto de sus competencias), como los jueces y Tribunales ordinarios, como todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculados por la Constitución y llamados a su aplicación en la medida que hemos precisado, deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo. *Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, p. 68.

<sup>432</sup> *Vid. LEGUINA VILLA, Jesús: La responsabilidad patrimonial...cit.*, pp. 413 y ss. Curiosamente, el mismo anteriormente no reconocía la responsabilidad patrimonial legislativa, afirmando que: «no está en el 9.3, en ese inespecífico principio de responsabilidad de los poderes públicos, en donde alguna vez se ha apoyado esta llamada responsabilidad. Yo creo que no la hay, que lo que se consagra es que los poderes públicos no son irresponsables, pero cada uno de ellos responderá por la modalidad de la responsabilidad y por el tipo, según de qué tipo de poder público se trate y de acuerdo con el resto del articulado de la Constitución diga». *Coloquio sobre el proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común* (1992. Córdoba, España), coordinación por Francisco López Menudo, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992, p. 128.

<sup>433</sup> *Vid. DE LUIS Y LORENZO, José Félix: «Informe relativo a reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la aplicación del artículo 33 de la ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública», Documentación Jurídica*, tomo XVI, n. 63, 1989, p. 673; *Vid. SUÁREZ GARCÍA, Javier: «Responsabilidad del Estado legislador», en La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, DOMINGO BELLO JANEIRO, director, Santiago de Compostela, 1999, p. 208, señala que, « En efecto, el artículo 9.3 establece un principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos, pero no prefigura ni qué tipo de responsabilidad hay que exigir ni tampoco con qué intensidad o por qué mecanismos hay que hacerla efectiva. El principio general de responsabilidad de los poderes públicos se puede concretar en responsabilidades penales de cargos y autoridades públicos, responsabilidades disciplinarias de funcionarios, responsabilidades políticas y también, pero no necesariamente, en responsabilidades patrimoniales. Concluir que todos los poderes públicos son responsables, luego todos los poderes públicos responden patrimonialmente por los daños que ocasionan, es un planteamiento que no tiene fundamento suficiente en el artículo 9.3».

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>434</sup> afirma que el valor normativo del principio proclamado por el art. 9.3 de la Constitución de “responsabilidad de los poderes públicos”, no constituye una responsabilidad patrimonial y sí, una responsabilidad política, es decir, un principio de que todos los poderes públicos ejercitan un poder que no les es propio, sino que pertenece al pueblo, razón por la cual como ejercientes de un poder de otro deben “dar cuenta” a éste de su gestión y “responder” de la objetividad de la misma. Añade aún que ése principio es abstracto y no suficiente para justificar ya condenas patrimoniales al Estado Legislador, haciendo falta la necesidad de un complemento normativo más determinado y específico.

La responsabilidad política no se confunde con la responsabilidad patrimonial<sup>435</sup>, ya que tiene resultados y supuestos distintos, pero, tampoco excluye la concurrencia de otras responsabilidades jurídicas.

La responsabilidad política sólo puede ser exigida por quien designó a la persona para un determinado cargo, y consiste en la valoración de la gestión política del designado que concluye en la pérdida de la confianza que se había depositado en él cuando se le encomendó dicha gestión. En el marco concreto de la relación fiduciaria entre el Parlamento y el Gobierno, la exigencia de la responsabilidad política se reconduce a que no se compartan los objetivos políticos del ejecutivo, o los medios utilizados para conseguirlos, o que no se confía en la capacidad de los miembros del Gobierno para alcanzarlos. Tal responsabilidad está prevista en el artículo 108 de la Constitución española<sup>436</sup>.

Por lo tanto, no es posible aceptar tal razonamiento, ya que se está delante de institutos dogmáticos distintos, las garantías del artículo 9.3 de la Constitución se refieren a principios que embargan o limitan el ejercicio de los poderes públicos, no sólo una valoración política de los ocupantes del poder<sup>437</sup>.

---

<sup>434</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el derecho español*, 2. ed., Thomson – Civitas, Navarra, 2007, pp. 90-91.

<sup>435</sup> Sin embargo, son especímenes distintas que están injeridas en el mismo género: de la responsabilidad. Vid. RESCIGNO, Giuseppe Ugo: «Responsabilità (Diritto Costituzionale)», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXIX, A. Giuffrè, Milano, 1958, pp. 1343-1346.

<sup>436</sup> Art. 108: El Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados.

<sup>437</sup> Para más informaciones Vid. MELLADO PRADO, Pilar: *La responsabilidad política del gobierno en el ordenamiento español*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1988.



Aún en la línea contraria a la responsabilidad civil del legislador, GODED MIRANDA<sup>438</sup> argumenta que la Constitución Española ha regulado de una manera expresa la responsabilidad de la Administración Pública y la de los Jueces y Tribunales pero no se ha pronunciado explícitamente sobre la responsabilidad legislativa, por lo que aquí, el argumento «a contrario» no es un mero recurso dialéctico. Para él, cuando la Constitución quiso determinar y fijar el alcance de la responsabilidad de los poderes publico, lo hizo clara y expresamente (arts. 106.2 y 121). Cuando no quiso permitir que la responsabilidad saliera fuera de la órbita de atribuciones de las Cortes Generales, pudiendo ser enjuiciada por otros Poderes del Estado, la Constitución guardó silencio; silencio que es suficientemente expresivo de su voluntad.

Esta argumentación no es suficiente, pues siguiendo la misma lógica dialéctica empleada, si la Constitución estableció expresamente los órganos sujetos a la responsabilidad patrimonial, sólo podría excluirla expresamente, y eso, no lo hace.

De esa manera, esta interpretación vacía la garantía de la responsabilidad de los poderes públicos enunciada en el repetido artículo 9.3. En efecto, el precepto constitucional perdería su utilidad, ya que si sólo se puede exigir responsabilidad a los poderes públicos en los supuestos tasados de una manera expresa por la Constitución en los artículos 106.2 y 121 para la Administración Pública y el Poder judicial<sup>439</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, más concretamente, a partir de la Sentencia (Pleno) de 30 de noviembre de 1992, producida con motivo de la solicitud de indemnización por la reducción de la edad de jubilación de los funcionarios públicos

---

<sup>438</sup> Vid. GODED MIRANDA, Manuel: «Nota informativa sobre la responsabilidad del Estado Legislador en relación con las normas que adelantaron la edad de jubilación», *Documentación Jurídica*, n. 63, tomo XVI, 1989, p. 667. Igualmente, Vid. ALONSO SEGOVIA, Beatriz: «La responsabilidad del Estado Legislador» en *Manual de responsabilidad pública*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2004, pp. 476-477.

<sup>439</sup> Juan Miguel de la Cuétara Martínez afirma que: «la Constitución hay que entender que todos los poderes públicos están afectados sin excepción por la responsabilidad debida a sus actos, y que esto es un principio fundamental del Derecho Público. El artículo 9.3 de la norma fundamental así lo ha entendido, colocando dicho principio sistemáticamente entre el derecho a la seguridad jurídica de todos los españoles y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Vid. CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la: *La actividad de la administración: lecciones de derecho*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 560.

efectuada por la Ley 30/1984, perfila el razonamiento que utilizará dicho Tribunal sobre el régimen de la responsabilidad del legislador<sup>440</sup>.

El resumen del criterio jurisprudencial, reflejado en el caso de la jubilación anticipada de los empleados públicos y mantenido a lo largo de decenas de sentencias<sup>441</sup> subraya tres

---

<sup>440</sup> Su contenido general es : «1.º Para construir la responsabilidad del legislador, es preciso un previo desarrollo legislativo que determine en qué casos procede y qué requisitos les parece indispensable en este caso, por faltar cualquier antecedente histórico o regulación que posibilite una decisión sobre tales cuestiones.2.º Si se considerara que el art. 9.3 CE respalda la responsabilidad del legislador, y es inmediatamente aplicable, hace falta fijar las normas aplicables para determinar en qué casos y cuáles habrían de ser los requisitos para exigir esa responsabilidad. Porque, a falta de desarrollo legislativo, caben distintas soluciones eventualmente posibles: aplicar analógicamente las normas que regulan la responsabilidad de la Administración, la prevista en el art. 121 de la Constitución y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la extracontractual del art. 1902 del Código Civil, o elaborar jurisprudencialmente los casos y requisitos en que es exigible dicha responsabilidad. Sucede que ninguna de dichas regulaciones resulta aplicable, sin que los órganos del Poder Judicial puedan asumir la tarea, que corresponde al Legislador: a los Jueces y Tribunales incumbe la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y, muy especialmente al Tribunal Supremo unificar criterios interpretativos, por lo que, al margen de casos puntuales en que se puedan suplir, aplicando la analogía o los principios generales del derecho, omisiones en aspectos concretos de la norma jurídica, resulta inadmisibles que, sustituyendo al legislador, sean los órganos del Poder Judicial los que regulen la posible responsabilidad derivada de la aplicación de las leyes mediante una elaboración jurisprudencial que carece de cualquier antecedente legislativo. 3.º Si lo anterior no fuese correcto (lo que suscita a modo de hipótesis dialéctica), y debiera resolverse sobre esta clase de responsabilidad, sin antecedentes en nuestro Derecho, y ante la disparidad de los propuestos por la doctrina, el Derecho comparado nos ofrece dos soluciones: de una parte, países sin un órgano que controle la constitucionalidad de las leyes, como Francia, en que la responsabilidad del Estado legislador se ha venido elaborando con base en "arrets" del Consejo de Estado que han contemplado casos concretos, muy individualizados en cuanto a las personas supuestamente afectadas por los daños y perjuicios y con la exigencia de que éstos sean de naturaleza especial, que no podría invocarse como soporte para generalizar la responsabilidad a los daños y perjuicios derivados de la aplicación de cualquier Ley no expropiatoria ocasionados en meras expectativas de derechos, en los derechos no consolidados por estar pendientes para su perfeccionamiento del cumplimiento o incumplimiento de una condición, etc.; de otra, países con órganos que controlan la constitucionalidad de las leyes, en el que habría de incluirse el nuestro, en cuál unos la limitan a los casos en que la ley hubiera sido declarada inconstitucional, y otros exigen que sea la propia ley la que establezca dicha responsabilidad, en ninguno de los casos que se encuentra, por supuesto, lo que aquí se examina, pues el Tribunal Constitucional ha declarado en las sentencias ya citadas la constitucionalidad de los preceptos de las Leyes que adelantaron la edad de jubilación forzosa de los funcionarios públicos, Jueces y Magistrados y Profesores de EGB y en las mismas nada se establece en orden a la indemnización por daños y perjuicios derivados de su aplicación. 4.º Si también las leyes que expresamente han sido declaradas ajustadas a la Constitución pueden generar responsabilidad por actos de aplicación de las mismas, se deberá decidir si sólo los bienes y derechos lesionados deben ser indemnizados o deben extenderse a las expectativas de derecho. Derechos sujetos a condición u otros similares, construyendo el régimen con los preceptos vigentes, que regulan otras materias. El resultado podría ser, dice la Sentencia, excluir la frustración de meras expectativas de derecho, además de que, admitir lo contrario conduciría a una petrificación legislativa para evitar las importantes consecuencias económicas de modificaciones que intenten adaptar la legislación anterior, dentro del marco constitucional, a las nuevas circunstancias políticas, económicas y sociales, cuando, como ocurre con frecuencia, conllevan una privación de expectativas generadas por las Leyes que se modifican -supresión o modificación en la ubicación geográfica de órganos administrativos o judiciales, modificaciones de plantillas o del régimen de ascensos, limitaciones en cuanto a las personas a las que la legislación anterior reconocía el derecho a subrogaciones arrendaticias, etc. 5.º Aunque no sea de aplicación al caso, por razones de eficacia temporal, concluye señalando que la Ley 30/92 limita la indemnización a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos en un triple aspecto: 1.º que no tengan el deber jurídico de soportarlos; 2.º que se establezca en los propios actos legislativos, y 3.º que la indemnización tendrá lugar en los términos que se especifiquen en los propios actos».

relevantes fundamentos: i) La garantía de la responsabilidad de los poderes públicos que establece el art. 9.3 de la Constitución no determina la directa exigencia de una responsabilidad del Estado legislador, sin un previo desarrollo por norma con rango de ley, como los arts. 106.2 y 121 de la Norma Fundamental requieren en relación con el funcionamiento de los servicios públicos que dependen del Gobierno y la Administración y con las actuaciones del Poder Judicial; ii) Los arts. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (en la actualidad 139 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre) y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa no son de aplicación al caso, tanto por lo expuesto en el anterior fundamento de derecho, como por referirse al funcionamiento de los servicios públicos prestados por la Administración, en cuyo concepto no tiene cabida la elaboración de las leyes por los órganos legislativos o su aplicación en los estrictos términos que en ellas se determinan; iii) Resulta inadmisibles que, aplicando la analogía o los principios generales del derecho, sean los órganos del Poder Judicial los que, sustituyendo al legislador, regulen la posible responsabilidad derivada de la aplicación de las leyes, mediante una elaboración jurisprudencial que carece de cualquier antecedente legislativo.

En este momento, nos interesa analizar el primer fundamento que señala que la responsabilidad del Estado legislador no deriva directamente del art. 9.3 de la Constitución española.

---

<sup>441</sup> *Vid.* MESTRE DELGADO, Juan Francisco: «La responsabilidad del estado legislador», *cit.*, pp. 114-115, apunta, «En el caso de anticipación de la jubilación de Magistrados, como consecuencia de la LOPJ, la misma doctrina se contiene en las SS TS de 1 de diciembre de 1992. Y en la Sentencia TS de 11 de noviembre de 1997, referida a la petición de indemnización derivada de la jubilación anticipada de un Notario, en aplicación de la Ley 29/1983, de 12 diciembre, sobre jubilación de Notarios, Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores Colegiados de Comercio (en el mismo sentido, la de 23 de junio de 2003). En la de 4 de marzo de 1993 (también, en la de 24 de septiembre y 17 de diciembre de 1996 y 25 de enero de 1999) se aplica la misma doctrina para otro supuesto: el de la reclamación de daños y perjuicios que habría ocasionado a diversos mutualistas la aplicación de la Disposición Adicional Quinta, de la Ley 74/1980, de 29 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, para 1981, en la que se dispuso que "el Estado garantiza a los Mutualistas y beneficiarios de las Mutualidades Generales y Obligatorias de Funcionarios a que se refiere la Disposición Transitoria de la Ley 29/1975, de 27 junio, el derecho a percibir las prestaciones existentes en las respectivas mutualidades al 31-12-1973 y en la cuantía en vigor en tal fecha", pues, para los recurrentes, la congelación con efectos retroactivos de casi diez años (los efectos dañosos se retrotraen a la fecha 31-12-1973), consumada por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 74/1980 ha supuesto una profunda frustración para todos los funcionarios que durante todos los años vinieron incrementarse de forma obligatoria sus cotizaciones a la Mutualidad, para que, finalmente, por imperio de una norma con rango legal, las prestaciones que tales cotizaciones les aseguraban hayan quedado reducidas a unas cantidades ínfimas (las correspondientes a 31-12-1973), ignorándose los incrementos anuales operados en las cuotas desde la misma fecha, y ello sin compensación alguna. En la de 9 de diciembre de 1994, se aplica igualmente la misma argumentación en relación a la aplicación de las causas de incompatibilidad incorporadas por la Ley 30/84 (igualmente, en la de 10 de abril, 22 de septiembre, 21 de noviembre y 5 de diciembre de 1995, 20 de noviembre y 9 de diciembre de 1996, 17 y 21 de marzo, 11 de abril, 27 de junio de 1997, 8 de julio de 1999)».

Es cierto que la Constitución nos ha dicho que las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación al contexto, a los antecedentes históricos y legislativos; pero, también, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. El art. 9.3 CE dice que la Constitución garantiza [...] la responsabilidad de los poderes públicos. Y el sentido de las palabras permite interpretarle en el sentido de que la responsabilidad comprende también la patrimonial, para hacer realidad uno de los valores superiores que consagra la Constitución<sup>442</sup>.

ÁNGEL FENOR DE LA MAZA Y CORNIDE-QUIROGA<sup>443</sup> señala que la garantía del artículo 9.3 de la Constitución Española se construye con autonomía conceptual en relación con los conceptos jurídico-administrativos de expropiación, responsabilidad patrimonial u otros análogos, y posee frente a los mismos un idéntico nivel de eficacia protectora frente a los poderes públicos. Cualquiera que sea su actuación; así la responsabilidad legislativa constituye un aspecto parcial de la global garantía institucional de la responsabilidad de los poderes públicos por las injerencias lesivas, que por su actuación, origina en las propiedades de los ciudadanos.

De tal manera, la responsabilidad de los poderes públicos constituye un medio de protección y de garantía de los particulares frente a las actuaciones lesivas que sufren los ciudadanos en su esfera patrimonial. Desde luego, no sería compatible con el artículo 9.3 de la Constitución, una interpretación que inmuniza el Parlamento de los daños y perjuicios imputables a las leyes. Los ciudadanos tienen derecho a la seguridad jurídica que se extiende hasta la responsabilidad patrimonial. La seguridad abarca tanto la exigencia de que se establezca con claridad el Derecho vigente como la garantía en la estabilidad de las normas jurídicas que regulan situaciones patrimoniales de los particulares.

Además, el razonamiento del Tribunal Supremo nos parece, en cierta medida, contradictorio, pues, no reconoce en el artículo 9.3 de la Constitución el fundamento directo de la responsabilidad del legislador, en razón de la carencia de un desarrollo normativo. Entonces, se pregunta: ¿Si existiera una Ley regulando la responsabilidad patrimonial.

---

<sup>442</sup> Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Responsabilidad patrimonial...cit.*, pp. 61-62.

<sup>443</sup> Vid. FENOR DE LA MAZA Y CORNIDE-QUIROGA, Ángel: *Reflexions sobre a responsabilidade...cit.*, pp. 12 y ss.

legislativa, el mencionado dispositivo constitucional pasaría a respaldar dicha responsabilidad?. Y además, ¿Si no hubiera una ley que tratara de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y del Poder judicial, a pesar de su expresa mención constitucional, no habría responsabilidad para tales poderes?.

Estas dos interrogantes nos llevan a concluir la falta de un criterio sistémico del Tribunal Supremo acerca de la fundamentación constitucional de la responsabilidad civil de los poderes públicos<sup>444</sup>. En efecto, este criterio señalado por dicho tribunal, bien crea dos regímenes de responsabilidad patrimonial de la entidades públicas, bien condiciona la tutela efectiva de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos a la existencia de una Ley reguladora.

Con estos planeamientos, estaríamos reconociendo un régimen de responsabilidad patrimonial efectivo contra la Administración Pública y el Poder Judicial, y un régimen de responsabilidad del Legislador al aguardo de una ley que lo regule, aunque, no haya Ley; no habrá responsabilidad. Esto significaría decir que el daño (elemento eje del instituto de la responsabilidad patrimonial), sólo existe cuando una Ley reconoce su existencia<sup>446</sup>. Todo el sistema de responsabilidad patrimonial, sea público o privado, no esta condicionado, o, al aguardo de una norma legal. La regulación normativa, en este caso<sup>445</sup>.

---

<sup>444</sup> La falta de criterio es más evidente cuando vemos la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1987 declara que «consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución la responsabilidad de todos los Poderes Públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación del que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las ablaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización, cuya cuantía, de no concurrir tal excepción, debe ser suficiente para cubrir el perjuicio efectivamente causado».

<sup>445</sup> Vid. GARRIDO FALLA, Fernando; FERNÁNDEZ PASTRANA, José María: *Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas*: (un estudio de la Ley 30/1992), Civitas, Madrid, 1993, pp. 340-341, criticando el fundamento jurídico n. 4 de la sentencia del TS de 30 de noviembre de 1992, señala que, «En el Fundamento Jurídico 4.º se plantea la hipótesis de que el artículo 9.3 CE fuese de aplicación directa; a falta de desarrollo legislativo, habría que aplicar por analogía las normas que regulan los supuestos y alcance de la responsabilidad de los otros poderes, lo cual no parece posible para el juzgador, concluyendo con la siguiente curiosa afirmación (que más que justificación parece una dura admonición al legislador): «...resulta *inadmisible* que, sustituyendo al legislador, sean los órganos del Poder Judicial los que regulen la posible responsabilidad derivada de la aplicación de las Leyes mediante una elaboración jurisprudencial que carece de cualquier antecedente legislativo.» ¿*Inadmisible* para quién? No, desde luego, para el justiciable. Tampoco para el jurista que desapasionadamente intenta explicar coherentemente nuestro Ordenamiento Jurídico concediendo la obligada virtualidad que merece al artículo 9.3 de la Constitución. Máxime si se tiene en cuenta —como la propia terminología empleada por la sentencia admite—que la (mala) llamada responsabilidad del Estado legislador (cuyo único supuesto válido, a nuestro juicio, por ligado al original concepto de culpa, se da por consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley) se produce directamente mediante *un acto*

Estrechamente conectado con el principio de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 de la Constitución se encuentra *el principio de igualdad ante las cargas públicas*<sup>446</sup>. Pese a que no hay una nítida norma constitucional que exprese ese principio, no cabe duda que lo mismo se induce directamente tanto de la obligación que establece su artículo 31.1<sup>447</sup> de que todos contribuyan al sostenimiento de los gastos públicos como de la más genérica prohibición de discriminación recogida en el artículo 14<sup>448</sup>.

Todos estos preceptos y principios completan la fundamentación constitucional de la responsabilidad del Estado Legislador proporcionando el sustrato material suficiente para que despliegue todos sus efectos, sin perjuicio que sea conveniente una regulación legal expresa.

En definitiva, la responsabilidad del Estado Legislador se extrae del principio de la responsabilidad de los poderes públicos proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución, que extiende su aplicación a todas las actuaciones u omisiones de los poderes públicos sin establecer ninguna clase de excepción. Además, la responsabilidad del poder legislativo por sus actos se concreta alrededor del principio de igualdad ante las cargas públicas, que exige la reparación patrimonial del daño sufrido injustificadamente por unos. Y más recientemente,

---

*administrativo*, referible a un sujeto administrativo (Administración Pública) y que, por tanto, el problema se reduce a examinar si, aun tratándose de funcionamiento normal del servicio, se dan los otros requisitos que el viejo artículo 40 LRJ exigía para reconocer el derecho a indemnización sin la complicación, claro está, que ahora introduce el art. 141.1 de la nueva Ley 30/1992, al exigir «que éste (el dañado) no tenga el deber jurídico de soportar, de acuerdo con la Ley». Pues esto es negar cualquier hipótesis de responsabilidad que no sea expresamente reconocida por la propia Ley que ocasiona el daño».

<sup>446</sup> Vid. MESTRE DELGADO, Juan Francisco: «La responsabilidad del estado legislador», *cit.*, pp. 118-119, señala la Sentencia sobre el caso de la jubilación anticipada de los empleados públicos viene acompañada por un voto particular suscrito por los Magistrados Madrigal García, Rodríguez-Zapata y Escusol, cuyo contenido, con el paso del tiempo, fue incorporado a la jurisprudencia. Se refiere, fundamentalmente, al reconocimiento de la responsabilidad del legislador cuando la ley incorpora sacrificios patrimoniales especiales, con base en el art. 9.3 CE, entendido como respaldo de aplicación inmediata, sin necesidad de ley reguladora: «Como señalaba la Sentencia dictada por el Pleno de este Tribunal Supremo en 17-11-1987, "Consagrada en el art. 9.3 de la Constitución la responsabilidad de todos los Poderes Públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación del que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las ablaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización, cuya cuantía, de no concurrir tal excepción, debe ser suficiente para cubrir el perjuicio efectivamente causado».

<sup>447</sup> Art. 31.1: Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

<sup>448</sup> Art. 14: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

también se ha incorporado como fundamento teórico el principio de confianza legítima como causa legitimadora de responsabilidad del legislador, erigiendo este principio como límite a la capacidad innovadora inconstitucional del legislador.

## *2.7 Régimen de la responsabilidad patrimonial por actos legislativos*

### **2.7.1 Responsabilidad subjetiva u objetiva**

Mientras que en el caso de la responsabilidad por culpa es la concurrencia de ésta la que hace surgir la obligación de indemnizar, en la responsabilidad objetiva es el daño el elemento central de toda esta estructura jurídica. Pero no puede entenderse que cualquier daño relacionado causalmente con una actividad legislativa genere una obligación resarcitoria (piénsese en la liquidación de una obligación tributaria); en otro caso, no sólo se imposibilitaría la acción legislativa, sino se producirían consecuencias gravemente injustas<sup>449</sup>

*Desde luego, la lesión es un perjuicio cualificado por el hecho de que el sujeto pasivo del evento dañoso no tenga la obligación de soportar ese daño, es decir, que el sistema jurídico no legitime el menoscabo patrimonial.*

La Constitución española no distingue de modo expreso acerca de la naturaleza subjetiva u objetiva del régimen de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. Lo que sucede es que el artículo 9.3 de la Constitución española se limita a establecer una garantía patrimonial de carácter general como principio, interpretable para adaptarlo a las circunstancias de cada supuesto de hecho. Sin embargo, el carácter objetivo se destaca en la responsabilidad pública en general y la del poder legislativo en particular.

Asimismo, la interpretación contextual de la responsabilidad de los poderes públicos apunta a un principio común que desvincula el derecho que tienen los particulares a que se lo

---

<sup>449</sup> En la sentencia STS 197/2011 de 25 de enero de 2011, la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación formulada por los daños y perjuicios, en virtud de responsabilidad patrimonial, derivados de normas reglamentarias y legislativas aprobadas por el Gobierno y Parlamento de Canarias -Decretos 4/2001, 126/2001, Ley 6/2001 y 19/2003 "Bloque Normativo de Política Moratoria"- que suspendían durante un determinado período de tiempo el otorgamiento de licencias de edificación de establecimientos urbanísticos alojativos en Puerto Adeje, afirmando que no concurre el requisito del carácter evaluable del daño que sólo se origina cuando se produce un auténtico quebranto patrimonial y no cuando sólo ha habido perjuicios subjetivos sin transcendencia económica objetiva que el particular tiene el deber jurídico de soportarlo al no instar la ejecución del Plan Parcial cuando pudo hacerlo; por lo que también podríamos afirmar, que por las razones señaladas el daño no es antijurídico.

indemnizen los daños que derivan de las actuaciones u omisiones de origen público de una necesaria demostración previa de la existencia de cualquier clase de actividad dolosa, o por lo menos, culposa, de origen público.

La Constitución portuguesa prevé en su artículo 22<sup>450</sup> el principio general de responsabilidad pública, estableciendo de manera explícita los efectos de esa responsabilidad. No obstante, no indica expresamente si se trata de una responsabilidad objetiva o subjetiva<sup>451</sup>.

Por lo tanto, es plenamente legítima la responsabilidad por los daños que se produzcan como consecuencia de la aplicación de leyes. Pero, no se puede exigir para configurar esa responsabilidad la intención del Parlamento. La idea de culpa es incompatible con la actividad legislativa<sup>452</sup>.

Indubitable, que en los casos de ilícito legislativo la declaración de inconstitucionalidad constituye un presupuesto lógico pero no vinculante para que surja la responsabilidad pero la antijuridicidad del daño se determinará atendiendo a la lesión patrimonial que haya sufrido la persona.

*De esa manera, la invalidez de la ley tampoco basta, sino que habrá de ponderarse la obligación que tiene la víctima de soportar con su patrimonio los perjuicios que hayan podido derivarse de la aplicación de una ley, sea ella constitucional o no.*

---

<sup>450</sup> El Estado y las demás entidades públicas son civilmente responsables, de manera solidaria con los titulares de sus órganos, funcionarios o agentes, por acciones o omisiones echa en el ejercicio de sus funciones y en razón de ese ejercicio, de que resulte violación de los derechos, libertades y garantías o perjuicio para otros.

<sup>451</sup> La doctrina portuguesa al tratar de la responsabilidad civil del Estado, imponen relevancia en la existencia de actos lícitos o ilícitos de los poderes públicos, es decir, si la responsabilidad estatal cubierta los dos tipos de actos. José Gomes Canotilho y Vital Moreira señalan que «la fórmula utilizada por la Constitución parece querer albergar apenas los daños causados por actos u omisiones ilícitas, pues sólo así se comprende la consagración de la responsabilidad solidaria del Estado. Todavía, el sentido de la Constitución no puede excluir la responsabilidad por actos lícitos, pues, en cambio, el principio general de reparación de daños se quedaría lesionado». Vid. GOMES CANOTILHO, J. José; MOREIRA, Vital: *Constituição da República Portuguesa anotada*, Livraria Almedina, Coimbra, 1982, pp. 87/186; Vid. ANDRADE, José Carlos Vieira de: *Os direitos...cit.*, p. 337.

<sup>452</sup> En cambio, Marcos Gómez Puente entiende que cuando se trata de responsabilidad legislativa por daños no es posible prescindir de la noción de culpa o acto ilícito del legislador. Vid. GÓMEZ PUENTE, Marcos: *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 244 y ss.



### ***2.7.2 Los elementos de la responsabilidad por actos legislativos***

La responsabilidad administrativa o responsabilidad patrimonial de la Administración es una responsabilidad civil. Sin embargo, sigue un régimen especial respecto de ésta, establecido en razón del sujeto causante de los daños: la Administración pública o, más genéricamente, los poderes públicos. Se trata de un régimen peculiar, caracterizado de modo general por su objetivación: se prescinde de la culpa.

Además, la responsabilidad administrativa, como la de cualquier persona jurídica, es difícil de concebir como responsabilidad por el hecho de otro: el daño ha de ser físicamente causado por una persona natural, la que realiza el hecho o adopta el acto dañoso. Por ello, aunque se tengan en cuenta la jurisprudencia y la doctrina civil, el estudio de la responsabilidad administrativa ha de fundarse principalmente en su normativa específica y, principalmente, en la en los principios de derecho público.

Sin embargo, la responsabilidad por actos del Legislador (como las demás acerca de los poderes públicos) para su estructuración didáctica o formal, puede utilizarse de los elementos que articulan el instituto de la responsabilidad patrimonial.

La responsabilidad civil exige la comprobación de tres supuestos, que son: (i) elemento subjetivo; (ii) el daño; (iii) y el nexo causal. Delante de tales requisitos, estará configurada la responsabilidad, razón por la cual se impone el deber de indemnizar aquel que sufrió el daño.

#### **2.7.2.1 Elemento subjetivo**

En la responsabilidad legislativa como en toda clase de responsabilidad pública aparecen dos clases distintas de sujetos. La víctima que ha sufrido el daño antijurídico y el ente público que ha aprobado la norma causante del daño.

La primera interrogante surge si los poderes públicos también pueden sufrir daños indemnizables por motivo de su propia producción legislativa. Sin duda, que la respuesta es negativa, ya que los poderes públicos no son titulares de derechos subjetivos. Sobre todo, los cambios legislativos no tienen relevancia jurídica sino política. En consecuencia los perjuicios económicos que puedan entrañar para los poderes públicos la aprobación de una ley o un

reglamento no son indemnizables. Lo mismo sucede si la ley es inconstitucional o, en su caso, se trata de un reglamento ilegal. Los poderes o entes públicos podrán poner en marcha los mecanismos de depuración jurídica de que dispongan para expulsar la norma inválida del ordenamiento. Los efectos perjudiciales que puedan surgir, si no se obtiene la suspensión de la norma, deberán ser también asumidos por los entes públicos obligados a aplicarla como una consecuencia ligada a su obligación de sujetarse a la ley y al resto del ordenamiento jurídico<sup>453</sup>.

Sin embargo, es posible que una norma jurídica regulada por un ente político y aplicable a otro, sea considerada inconstitucional y cause daños al patrimonio de otro ente político, resultando, por lo tanto, en un supuesto de responsabilidad patrimonial del Legislador.

En su esencia, la responsabilidad del Estado Legislador constituye una garantía patrimonial de los particulares, de los sujetos privados frente a las actuaciones u omisiones normativas de los poderes públicos.

En principio pueden ser lesionados todas las personas físicas o jurídicas que vayan a quedar integrados dentro del círculo de los destinatarios de la ley. Por lo tanto, todos los particulares a los que se les vaya a aplicar directa o mediatemente por medio de una actuación administrativa o jurisdiccional son potenciales perjudicados. Es más, ni siquiera exige acreditar la titularidad del bien o derecho dañado. También tienen legitimación las asociaciones representativas de los eventuales perjudicados por la norma<sup>454</sup>.

Más complejo resulta concretar el sujeto activo en la responsabilidad del Estado Legislador. A principio, siguiendo la lógica de la responsabilidad civil, sería responsable aquél que “produjera” el acto normativo, la responsabilidad recaería sobre el poder legislativo. Sin embargo, la *imputación* de dicha responsabilidad recae sobre la Administración pública<sup>455</sup>. Al final, estamos delante de una responsabilidad en que la

---

<sup>453</sup> Vid. VIOQUE, Roberto Galán: *La responsabilidad del estado...cit.*, p. 585.

<sup>454</sup> Como lo reconoce la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de septiembre de 2001 (JUR 2002/116), con relación al Círculo de Empresarios de Estaciones de Servicio sobre demanda de indemnización por la reducción de distancias entre gasolineras realizada por el Real Decreto-Ley de 24 de junio de 1988.

<sup>455</sup> Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Artículo 139. 3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la

obligación de reparar los daños estar a cargo de la Administración y los actos originarios de tales daños están conectados a un sujeto no integrado a esa organización, incluso desvinculado de ella (el poder Legislativo)<sup>456</sup>. Sin embargo, esta responsabilidad puede resultar directamente de la Administración cuando esta ejerce su potestad normativa.

Cosa distinta es cuando una Administración pública aplica una ley concebida por otra Administración. En tal caso, a principio, se demandaría a la Administración autora del acto aunque sea distinta de la que dictó la ley que se reputa contraria al ordenamiento, sin necesidad de demandar a ésta. No obstante, en estos casos, se produce una transferencia de responsabilidad a quien no tiene culpa alguna y se limita a ejecutar la norma legislativa de la que no puede apartarse. En tales casos, impugnado el acto de aplicación, la indemnización deberá reclamarse a la Administración autora del acto que, normalmente, es la que obtiene el beneficio en virtud del propio acto impugnado, sin perjuicio de las posibilidades de reintegro, para que dicha Administración pueda actuar frente a la autora de la norma declarada inconstitucional.

Una otra solución apreciable para el caso de no haber una expresa imputación legal de esta responsabilidad a la Administración, sería, cuando la norma legal no esté impuesta directamente por el legislador y tenga su fuente directa en el uso que la Administración ha hecho de su poder discrecional. En este caso, nos encontramos una vez más con los principios de la responsabilidad pública de Derecho común; en cambio, si la medida adoptada deriva necesariamente de la aplicación de la Ley sin que la Administración haya tenido que hacer uso de un poder de la apreciación, estaremos delante de la aplicación de la responsabilidad del Estado Legislador<sup>457</sup>. Si la ley le otorga a la Administración potestades discretionales o con un amplio grado de apreciación la actividad administrativa será decisiva para individualizar el daño. La Administración será, en estos casos, la que cargue con la obligación de repararlos.

---

aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen los dichos actos.

<sup>456</sup> Vid. XIOL RÍOS, Juan Antonio: «La responsabilidad patrimonial por acto legislativo»,...*cit.*, p. 1039, señala que, «Con arreglo al principio de personalidad jurídica única de la Administración General del Estado (artículo 2.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado), corresponde a esta la asunción de responsabilidades, tanto cuando se trata de hacer frente al deber de reparar las consecuencias derivadas del incumplimiento del Derecho comunitario, como cuando la actividad del legislador se produce con consecuencias patrimoniales dañosas con arreglo al Derecho interno».

<sup>457</sup> Vid. VEDEL, Georges: *Derecho administrativo*, Aguilar, Madrid, 1980, p. 345.

### 2.7.2.2 El daño indemnizable

La confluencia de los requisitos fácticos para que el daño sea indemnizable y la antijuridicidad del mismo, configura el concepto técnico-jurídico de lesión como perjuicio injusto y, como tal, indemnizable. Sólo son indemnizables aquellos daños que sean efectivos, evaluables económicamente e individualizados o individualizables en una persona o grupo de personas<sup>458</sup>. Son unos requisitos inherentes a todas las clases de responsabilidad patrimonial pública<sup>459</sup>.

La ley puede reglamentar válidamente un derecho sustituyéndolo por una indemnización, lo cual en verdad quiere decir que la lesión del derecho efectuada por la ley quedará purgada, no con la declaración de inconstitucionalidad de ella, sino con la reparación pecuniaria del agravio<sup>460</sup>. Por último, la ley puede no prever nada expresamente. En este caso, volveríamos a una interpretación sistemática del sistema constitucional de protección al patrimonio individual, relacionándola con los valores de justicia e igualdad, y con la responsabilidad de los poderes públicos. Ya que estaríamos delante de derechos subjetivos lesionados, donde los órganos del orden jurisdiccional podrán prestar la tutela efectiva a estos

---

<sup>458</sup> En la sentencia STS 724/2011 de 11 de marzo de 2011 en la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso contencioso- administrativo interpuesto por D. Efrain , representado por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, sobre Reclamación de Responsabilidad Patrimonial de la Administración por los perjuicios causados al demandante como consecuencia de la aplicación del *Real Decreto-ley 5/2002 de 24 de mayo* , declarado inconstitucional por la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 68/2007, de 28 de marzo de 2007, reconoció la responsabilidad patrimonial del Legislador y en el fundamento segundo exigió que los requisitos de constituir daño individualizado con relación a una persona o grupo de personas, pues sí es carácter predicable al responsabilidad legislativa.

<sup>459</sup> Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, Artículo 122. 1. En todo caso, el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Artículo 139. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

<sup>460</sup> *Vid.* DROMI, José Roberto: *Derecho administrativo económico...cit.*, p. 686, señala que, «En sustancia, en tal hipótesis se está en presencia de una expropiación indirecta que exige la correspondiente indemnización». *Vid.* GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo: «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos», *cit.*, p. 1196, también indica esta hipótesis, «Pero la ley también puede excluir —explícita o implícitamente— las indemnizaciones, o bien limitarlas en su calidad o cantidad. Es éste el caso de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, en cuya disposición transitoria primera se establece que los titulares de derechos de propiedad en la zona ahora considerada de dominio público tendrán derecho a una concesión por un plazo de treinta años prorrogables por otros treinta, excluyendo implícitamente cualquier otra indemnización. El precepto ha sido declarado constitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio (FJ 8.º) y, en consecuencia, ni el Gobierno ni los órganos judiciales podrán establecer una indemnización *contra legem*».

derechos lesionados, desde que no haya otros órganos, con atribución, previamente, definida por ley, para esta labor.

Los derechos que son indemnizables son los menoscabos sufridos en los «derechos adquiridos», entendiéndose por tales los ya patrimonializados que se no fuera por la existencia de la ley jamás serían violados, frente a las meras «expectativas de derechos», no indemnizables<sup>461</sup>. En consecuencia, el daño ha de haberse producido ya en el momento de formular la reclamación<sup>462</sup>.

*Estos daños deben ser antijurídicos y el particular que los sufra no tiene la obligación jurídica de soportarlo*<sup>463</sup>. Para determinar la antijuridicidad de los perjuicios legislativos habrá que ver las circunstancias de cada caso concreto teniendo en cuenta cómo afectan los principios y preceptos constitucionales según se trate de un acto lícito legislativo o de un acto ilícito legislativo<sup>464</sup>. *No basta, por lo tanto, cualquier molestia o alteración de la igualdad*

---

<sup>461</sup> La sentencia de 26 de noviembre de 1999 declara que un criterio para la determinación de la existencia de perjuicios indemnizables como consecuencia de la aplicación de un acto legislativo, especialmente adecuado cuando se considera la posible privación de derechos de intereses con un contenido patrimonial, radica en la determinación de si los derechos e intereses de que ha resultado privado el eventual perjudicado han sido incorporados realmente a su patrimonio o constituyen meras expectativas de derecho no susceptibles de consideración en el punto de vista de su titular, quien se cree llamada a hacerlas efectivas, o valores que pertenecen a la comunidad en su conjunto, para cuya adquisición no se han cumplido todavía las cargas impuestas por el Ordenamiento Jurídico. Sin embargo, en otras ocasiones, las «meras expectativas» sí serán indemnizables concretamente, cuando hayan sido generadas fundadamente por la propia Administración o por el propio Legislador, en razón de la aplicación del principio de «protección de la confianza legítima». Un ejemplo en este sentido lo proporciona la sentencia de 5 de marzo de 1993 (Arz. 1623). La Administración debió indemnizar a determinado armador pesquero por la supresión, en virtud de la integración en la Comunidad Europea, de determinados cupos de importación de pescado. La propia Administración había fomentado con diversas medidas, entre ellas los cupos suprimidos, la creación de empresas mixtas con armadores extranjeros, motivando con ello la realización de cuantiosas inversiones por la reclamante.

<sup>462</sup> Sobre la exigencia del carácter *efectivo* se pronuncia categóricamente la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1991 (Arz. 2226) que, por otra parte, no hace sino reiterar una doctrina muy común: «No procede estimar la exigencia de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración por la supresión de unos viales porque es necesario acreditar la existencia de un resultado dañoso, como presupuesto básico de aquélla, fijando, al menos, las bases o criterios para la evaluación económica del mismo ignorándose ahora, o al menos no se ha justificado, si el nuevo trazado callejero determinará el alegado perjuicio y es en el momento de la gestión o ejecución del planeamiento, a través del correspondiente sistema de actuación, cuando ha de quedar determinada la existencia o no del perjuicio aducido y la falta, en su caso, de la distribución equitativa de las cargas de la ejecución».

<sup>463</sup> En este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1999 (Arz. 1790), que negó que fuese indemnizable la supresión de la profesión de Agente de Cambio y Bolsa operada por la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, señaló que, «sólo cabe apreciar responsabilidad cuando se producen daños o perjuicios en virtud de actos de aplicación de las Leyes cuando existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que pueden considerarse afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable».

entre los ciudadanos, sino una interferencia cualificada en el equilibrio social de un determinado grupo o de un número de personas que tienen que soportar un encargo que debería ser suministrado para toda la sociedad. En caso contrario, el poder legislativo, en conjunto con la Administración estaría obligado a un continuo ejercicio de restablecimiento de la igualdad que haría imposible cualquier otra actividad.

El requisito del daño *económicamente evaluable* causado por un acto normativo podría tener su significado basado en los bienes o derechos susceptibles de expropiación. Aun así, no se resolvieron todas las cuestiones. Ya que el contenido material de las leyes no se resumen solamente en regular patrimonios económicos. Además, un problema que resulta ser especialmente difícil de resolver es el de la indemnizabilidad de los *daños morales*. No obstante, la necesidad de dar respuesta a necesidades evidentes de justicia material en determinados casos motiva la apertura de una línea teórica para la admisión de la obligación de resarcir los daños morales en determinados casos. Por ejemplo, una ley tributaria que impone una imposición fiscal a un determinado grupo étnico (evidente su inconstitucionalidad), tal grupo puede pleitear, junto al resarcimiento de daños patrimoniales, la indemnización de otros perjuicios como el sentimiento de diferenciación injustificado y prohibido por la Constitución. Se trataba, en consecuencia, de la admisión del *pretium doloris* como criterio complementario, pero no único, de determinación de la cuantía de la indemnización.

El sacrificio del derecho fundamental de propiedad se convierte en una indemnización que corresponda a la reposición del valor real y efectivo de los bienes de que fueran privados. El derecho a la justa indemnización constituye un derecho fundamental por el que sólo puede sufrir restricciones expresamente autorizadas por la Constitución, para la protección de otros derechos fundamentales.

---

<sup>464</sup> En la sentencia STS 457/2011 de quince de febrero de 2011 en el fundamento jurídico tercero, párrafo diez, señala que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquél, constatada por dicha declaración, sólo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían, como hipótesis no descartable, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria, que aseverara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar el daño " (FD 10º, párrafo segundo), entendiéndose que dicha regla general es la que se desprende de la jurisprudencia iniciada en las sentencias del año 2000.

### 2.7.2.3 El nexo causal

La existencia de relación de causalidad es un elemento esencial en todos los supuestos de responsabilidad aquilina, pero es especialmente importante en casos de responsabilidad objetiva, como es la responsabilidad legislativa, en los que al no requerirse culpa o negligencia en la acción dañosa. La existencia del nexo de causalidad entre el acto legislativo en virtud del cual se imputa la responsabilidad al Estado y el perjuicio causado constituye una consecuencia de la aplicación de los requisitos generales en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Cuando se trata de la responsabilidad por acto de legislador pueden hacerse algunas matizaciones. La primera de ellas es la de que no admite la existencia de este nexo de causalidad cuando el perjuicio causado no se explica única o suficientemente mediante la aplicación del precepto legal, sino que concurren otras circunstancias sin las cuales el perjuicio no se hubiera producido. Así, el problema del nexo de causalidad se relaciona con el fundamento de la obligación de indemnizar; el deber de reparar daños, no se asienta en la sencilla circunstancia de materialmente alguien causar un perjuicio.

Respecto de la relación de causalidad, dos son las teorías que pueden ser aplicadas, una de ellas, la tradicional, es el concepto de causalidad adecuada o el de *causalidad eficiente*. En estos casos, se selecciona un determinado hecho de la cadena causal como hecho decisivo, como causa del daño con exclusión de los restantes. Y la *teoría de la equivalencia de las condiciones*, que supone conceptualizar como causas concurrentes todos los hechos de la cadena causal.

La relevancia de utilizar una u otra teoría de la causalidad reside en la distinta importancia que en uno u otro caso tiene la interferencia en la cadena causal de hechos. Si aplicamos la teoría de la causalidad eficiente, en el supuesto de responsabilidad del Legislador si supondrían una obligación de indemnizar exclusiva del Legislador. En cambio, la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones supondría que la obligación de indemnizar tiene carácter solidario y, en consecuencia, que puede ser ejercitada por la totalidad contra cualquiera de los sujetos concurrentes, incluida la Administración pública.

Desde luego, es necesario que exista una relación de causalidad entre el ejercicio normativo y los perjuicios sufridos por los particulares. Esta relación de causalidad, se rompe si el daño sufrido no deriva directamente de la entrada en vigor de la norma. Además, los particulares no pueden exigir responsabilidad legislativa hasta que no hayan sufrido las consecuencias dañosas de la ley. A éstos les corresponde demostrar la existencia de esta relación de causalidad.

De esa manera, la causalidad es determinada a través de la identificación del agente provocador de la causa cercana y decisiva del daño, en el caso de la responsabilidad Legislativa, el Parlamento que creó el acto normativo dañoso. Empero, la Administración Pública también puede figurar en la relación causal, cuando la iniciativa normativa parte de su potestad o cuando aplica la norma dañosa, ocurriendo una causalidad conjunta con el poder legislativo, ya que éste participa decisivamente para que el acto dañoso tenga existencia y eficacia<sup>465</sup>.

### *2.8 Supuestos que provocan la responsabilidad del Estado Legislador*

El régimen de la responsabilidad del Estado legislador está intrínsecamente vinculado al sistema de control de constitucionalidad de las normas. En el sistema seguido en países sin control de constitucionalidad de las leyes se ha apreciado la responsabilidad por acto legislativo, sólo en casos muy individualizados, en cuanto a las personas y con la exigencia de que los daños sean de naturaleza especial, no cuando resultan afectadas con carácter general meras expectativas de derecho; en cambio, en el sistema seguido en países con control de constitucionalidad de las leyes unos limitan la responsabilidad del Estado a los casos en que la ley haya sido declarada inconstitucional; y otros, a los casos en que la propia ley haya establecido dicha responsabilidad.

Por consiguiente, podemos distinguir dos supuestos a partir de los cuales puede darse la responsabilidad del Estado legislador: la responsabilidad por “*acto lícito*”; y la responsabilidad por “*acto ilícito*”.

---

<sup>465</sup> Vid. MEDEIROS, Rui: *Ensaio sobre a responsabilidade...cit.*, pp. 350-353.



### 2.8.1 Responsabilidad por “acto lícito”

La responsabilidad del Legislador por “acto lícito”, parte del reconocimiento de un amplio ámbito de potestad del legislador, tanto para imponer determinados sacrificios a determinados círculos de destinatarios como para reglar las consecuencias derivadas de tales sacrificios singulares, fijando las medidas de reparación o compensación por los perjuicios que los cambios legislativos pueden ocasionar a determinadas personas singulares<sup>466</sup>.

La ley que reconoce en su redacción el derecho a indemnización, no hay problemas. Todo consistirá en adecuar el resarcimiento al daño efectivamente irrogado, siendo la función del juez "cumplir" o "ejecutar" la ley en lo que respecta a la indemnización.

De esa manera, la responsabilidad civil del Estado por hechos lícitos constituye, indubitadamente, un corolario del principio del Estado de Derecho, que obliga al Estado a indemnizar los daños resultantes de actos lesivos de derechos<sup>467</sup>. Por consiguiente, el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado por hecho de leyes conforme la Constitución se encuentra en la garantía de la propiedad privada y, de esa manera, la responsabilidad del Estado legislador presupone un sacrificio lícito del derecho de propiedad. El derecho fundamental de propiedad comprende el derecho a la titularidad y al aprovechamiento de los bienes y, por eso, el legislador no puede vaciar libremente el contenido de los derechos patrimoniales<sup>468</sup>.

---

<sup>466</sup> Vid. BERBEROFF AYUDA, Dimitry: *Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad patrimonial de la administración en la jurisprudencia...cit.*, p. 316.

<sup>467</sup> Gomes Canotilho y Vital Moreira afirman que el principio del Estado de Derecho resume e integra un amplio conjunto de reglas y principios dispersos por la Constitución. Teniendo esencialmente una función aglutinadora y sintetizadora, el principio del Estado de Derecho no produce, regla general, preceptos de por sí sólo, es decir, preceptos que no encuentren traducción en otras disposiciones constitucionales. Vid. GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital: *Fundamentos da Constituição...cit.*, p. 73.

<sup>468</sup> Vid. DROMI, José Roberto: *Derecho administrativo económico...cit.*, p. 687-688, señala una jurisprudencia argentina acerca de la responsabilidad del Estado legislador por acto atentatorio al derecho de propiedad y la libre disposición de los bienes, en este caso se trata de un responsabilidad por “resultado ilícito”, a saber, «La Corte Suprema ha tenido oportunidad de declarar inconstitucionales los *decretos* nacionales o provinciales que en algunas oportunidades establecieron tales prohibiciones, aclarando que “ni la Nación ni las provincias están autorizadas para crear aduanas interiores o institutos o regímenes administrativos que funcionen como tales”. Ninguna razón habría para no llegar a igual conclusión cuando la transgresión constitucional y el consiguiente daño (pérdida o daño de la mercadería percedera cuyo traslado de una provincia a otra se impidiera) provienen, no de un decreto del Poder Ejecutivo, sino de una ley del Congreso, pues tanto la antijuricidad como el daño son idénticos en ambos casos. El resumen jurisprudencial es el siguiente: En el caso "Cahiza" (CSJN, Fallos, 177:237), se fundó en los arts. 4, 9, 10, 11, 12 y 67, inc. 1, que prohíben la creación de aduanas interiores o institutos o regímenes administrativos que funcionen como tales, y en el art. 17 de la Constitución Nacional, porque el decreto inconstitucional había provocado una parcial privación de la propiedad privada sobre los

La expropiación, requisición y demás ablaciones públicas sobre el patrimonio privado, implica en sacrificios en el derecho de propiedad realizado por ley, en que genera responsabilidad civil del Estado por actos legislativos lícitos<sup>469</sup>.

Los actos legislativos de naturaleza expropiatoria deben dar lugar a una indemnización, pues así lo exige la garantía patrimonial establecida en la Constitución. La hipótesis de un acto legislativo de naturaleza expropiatoria que no contemplara una indemnización a modo de justiprecio nos llevaría al supuesto de responsabilidad por “*acto ilícito*” del Estado legislador, por cuanto estaríamos ante una ley inconstitucional.

Además, debe admitirse el derecho a la reparación de los daños especialmente graves que resulten de la violación no culposa de derechos, libertades y garantías, en especial, en las circunstancias excepcionales, como en estado de sitio o en estado de excepción.

## **2.8.2 Responsabilidad por “acto ilícito”**

### 2.8.2.1 Responsabilidad por ley inconstitucional

Una laguna aparente del sistema de responsabilidad diseñado por el legislador lo constituye la responsabilidad derivada de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley al quebrantar algún parámetro de constitucionalidad.

En el ejercicio de la Jurisdicción Constitucional al regular la tipología de las sentencias, en cuanto a la estimatoria de inconstitucionalidad que declara la nulidad de la ley con efectos *ex tunc*, esto es, retroactivos a la fecha de vigencia de la norma, en general, no prevé ninguna condena al Estado-legislador al pago de los daños y perjuicios derivados de la aplicación de la ley inconstitucional.

---

bienes, que habían quedado "inmovilizados y sin poderse comercializar". Se dijo entonces: "Si el desapoderamiento tiene lugar por obra del poder público sin el requisito previo de la expropiación, la obligación de indemnizar es entonces mucho más clara, pues, de no ser así, la garantía del art. 17 sólo sería vana letra muerta dentro de la carta política contra todo lo deseado y previsto por sus redactores».

<sup>469</sup> Art. 33.3 de la Constitución Española: Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa. Artículo 9. Para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que hay de afectarse el objeto expropiado.

El punto a esclarecer es si los administrados que hayan sufrido algún tipo de daño por la aplicación y efectos de la ley inconstitucional pueden demandar, ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, al Estado Legislador y bajo qué régimen jurídico resulta responsable éste.

Evidentemente, la declaratoria de inconstitucionalidad equivale a la declaración de nulidad absoluta de la ley, de tal manera que la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de la Sala Constitucional sería base suficiente para que aquellos administrados que estimen que han sufrido una lesión antijurídica acudan a la jurisdicción contencioso-administrativa a obtener su resarcimiento a través de un proceso ordinario civil de hacienda.

Cuando el legislador está bajo un orden jurídico que no puede cambiar ni desobedecer —la Constitución—, se dicta una ley inconstitucional y con ella se ocasiona un daño, no hay duda de que éste constituirá un potencial daño jurídico necesariamente indemnizable.

La responsabilidad del Estado legislador por “*acto ilícito*” surge por el carácter de Norma Suprema de la Constitución y la consecuente sumisión del poder legislativo a sus prescripciones, de tal manera que la vulneración de la Constitución en el ejercicio de la potestad legislativa determina la posibilidad de que surja *la responsabilidad del Estado legislador en los casos en que se produzcan daños a los particulares*.<sup>470</sup>

La declaratoria de inconstitucionalidad de una ley —ley ilegítima determina que el régimen jurídico de responsabilidad aplicable en este supuesto no es el de la conducta lícita del Estado-administrador, sino el de la conducta ilícita — responsabilidad por falta de servicio—, puesto que, el acto legislativo ha sido declarado absolutamente nulo o sustancialmente disconforme por la violación más grave que se puede producir en el ordenamiento jurídico, esto es, del Derecho de la Constitución, consecuentemente el daño no se puede entender reparado con la simple desaplicación de la ley que ha sido declarada nula, puesto que, ello atentaría contra los principios de intangibilidad relativa del patrimonio y del enriquecimiento sin causa. En esta hipótesis, es suficiente que el daño sea cierto, efectivo y evaluable, sin requerirse las características de especial y anormal, propias del sistema de responsabilidad por

---

<sup>470</sup> Vid. DROMI, José Roberto: *Derecho administrativo económico...cit.*, p. 682, estima que, «Cuando a ley que guarda silencio acerca de la indemnización. Habrá que considerar judicialmente si en el caso concreto se ha producido lesión a alguno de los principios y derechos constitucionalizados que fundamentan la responsabilidad del Estado, en cuyo mérito resulte o no procedente el otorgamiento de una indemnización».

conducta lícita, para que proceda el deber de resarcimiento. Es decir, no se requiere que la ley previamente declarada inconstitucional haya afectado a una persona –física o jurídica- o a una pequeña proporción de éstas o que la lesión sea excepcionalmente intensa.

Dos son las hipótesis que pueden configurar esta responsabilidad: la responsabilidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes o normas con fuerza de Ley; y la responsabilidad derivada del incumplimiento de Tratados Internacionales en los que se ha producido cesión de soberanía, singularmente por incumplimiento de Derecho comunitario.

En ambos casos, la responsabilidad surge con fundamento último en la vulneración del texto constitucional, ya que no respetó las prescripciones a la hora de ejercer la potestad legislativa, y por no cumplir los compromisos internacionales a los que vincula el propio texto constitucional.

Para nuestro estudio de momento, nos quedaremos únicamente en el análisis de la responsabilidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes.

El primer presupuesto para la caracterización de la responsabilidad del legislador es la existencia de una previa declaración de inconstitucionalidad de una ley. Sin embargo, hay el problema de la restricción del alcance de esta declaración que influye decisivamente sobre la indemnizabilidad de los perjuicios que hayan podido derivarse de su aplicación.

Además, parte de la doctrina alemana<sup>471</sup> está de acuerdo en destacar la distinción entre los perjuicios causados directamente por una ley y mediatamente a través de su aplicación. Esta cuestión es de gran importancia pues los perjuicios que tengan su origen en una ley se sujeten al régimen de la indemnización de los ilícitos legislativos o, en cambio, puedan fragmentarse en dos sentidos: en la subordinación de la reparación de los perjuicios causados por la aplicación judicial o administrativa de una ley inconstitucional al régimen de indemnización propio del poder ejecutivo o del judicial respectivamente.

---

<sup>471</sup> En sentido contrario JAENICKE afirma que: «respecto a la pregunta sobre la indemnización de los afectados por una ley inconstitucional no se debe hacer ninguna diferenciación, si los efectos perjudiciales surgen directamente de la ley o son consecuencia de su aplicación posterior», Vid. JAENICKE, Günther: *Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner organe*, Bundesrepublik Deutschland, publicado en *Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner organe. Länder berichte und Rechtsvergleichung*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Karl Heymanns Verlag KG, Colonia-Berlín, 1967, p. 128.

Empero, la mayoría de la doctrina alemana<sup>472</sup> admite la aplicación del régimen de responsabilidad por falta a los perjuicios derivados de una ley inconstitucional. Estos daños serían indemnizables por la vía de la responsabilidad regulada en el artículo 34 de la Ley Fundamental, porque la actividad legislativa debe cumplir los requisitos inherentes como institución bajo el mando de la Constitución.

En este sentido, el hecho de que los parlamentarios estén ejerciendo un mandato representativo no implica que éstos no estén sometidos a una serie de obligaciones de índole constitucional; se encuentran vinculados por la Constitución, sobre todo en relación con la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La exigencia de que el daño se haya producido como consecuencia del ejercicio de un cargo público no plantea excesivas dificultades. Aquel precepto constitucional no exige que la persona a la que le sea imputable la actuación dañosa esté al servicio de la Administración Pública. Basta con que desempeñe una función pública, aunque se trate de una tan específica como la actividad legislativa<sup>473</sup>.

Sin embargo, la conjugación del derecho a la reparación de los daños resultantes del ilícito legislativo con los efectos principales de la inconstitucionalidad de la ley lleva a numerosas dificultades.

Algunos autores sostienen que no es admisible la responsabilidad civil del Estado por actos legislativos, pues las Constituciones únicamente prevén un juicio de inconstitucionalidad para efectos de la invalidación de la ley y la declaración de inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general no resulta de un pleito entre el ciudadano y el legislador<sup>474</sup>.

---

<sup>472</sup> Vid. WUNDERLICH, Christian: *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zum Eigentumsgarantie und ihre Auswirkung auf die Staatshaftung für legislatives Unrecht*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1994, pp. 146 y ss; Vid. OSSENBÜHL, Fritz: *Staatshaftungsrecht*, Verlag. H. Beck, München, 4. ed., 1991, pp. 86 y ss; Vid. HAVERKATE, Görg: «Amtshaftung bei legislativen Unrecht und die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers», *Neue juristische Wochenschrift*, 1973, cuaderno 11, pp. 441 y ss.

<sup>473</sup> Vid. WUNDERLICH, Christian: *Die Rechtsprechung des...cit.*, p. 149.

<sup>474</sup> Vid. MONTESANO, Luigi: «Legge incostituzionale, processo e responsabilità», *Il Foro Italiano*, 1952, pp. 157 ss.

La admisibilidad de una obligación de indemnizar por el ilícito legislativo parece, así, enfrenar un dilema: en los Estados que no admiten la fiscalización jurisdiccional de la conformidad de las leyes y con la Constitución, no hay responsabilidad por leyes inconstitucionales<sup>475</sup>; en aquellos que instituyen un sistema de fiscalización jurisdiccional, la ley susceptible de causar daños que no prevé indemnización y es declarada inconstitucional, desapareciendo el problema de la responsabilidad del Estado legislador<sup>476</sup>.

El problema no es tan sencillo como parece. Una consecuencia primaria de la inconstitucionalidad es, sin duda, la desvalorización de la conducta legislativa<sup>477</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Supremo dio un considerable paso en el reconocimiento de un derecho efectivo de los ciudadanos a ser indemnizados por las consecuencias lesivas de leyes declaradas inconstitucionales<sup>478</sup>.

---

<sup>475</sup> Vid. VEDEL, Georges: *Derecho administrativo...cit.*, 1980, p. 341, estima que, «En un sistema constitucional que no permite al juez dirigir la menor crítica contra la ley promulgada, dos rasgos oponen radicalmente el régimen de la responsabilidad de las restantes materias: En primer lugar, hay que excluir totalmente la falta como posible fundamento de la responsabilidad del Estado-legislador, porque, por definición, en tal sistema, la ley no puede incurrir en falta, puesto que la norma jurídica se halla al margen de toda crítica, directa o indirecta. Solo quedan, pues, como fundamentos posibles de la responsabilidad del Estado-legislador, el riesgo o la igualdad ante las cargas públicas. Pero, incluso en este terreno, la responsabilidad del legislador tiene otro rasgo irreduciblemente específico: en principio, corresponde al propio legislador apreciar si debe concederse reparación a los individuos que hayan sufrido un perjuicio como consecuencia de la ley; solo podrá, pues, concederse la reparación en virtud de disposiciones de la misma ley o al menos con el tácito asentimiento del legislador. Si este niega expresa o tácitamente todo derecho a reparación, el juez, obligado por la supremacía de la ley, debe inclinarse».

<sup>476</sup> Vid. MEDEIROS, Rui: *Ensaio sobre a responsabilidade...cit.*, p. 130.

<sup>477</sup> Vid. BERBEROFF AYUDA, Dimitry; SOSPEDRA NAVAS, Francisco José: *Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad...cit.*, p. 321, apunta que, «La declaración de inconstitucionalidad de una Ley constituye un supuesto de funcionamiento anormal del poder legislativo, en tanto que no se ha sujetado en el ejercicio del poder al principio de jerarquía normativa que impone el propio texto constitucional. El poder legislativo no es ilimitado, sino que ha de sujetarse a los procedimientos y contenidos esenciales establecidos en la norma constitucional, de tal manera que un ejercicio del poder no conforme a tales procedimientos y contenidos esenciales es una especie de «funcionamiento anormal».

<sup>478</sup> Vid. GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo: «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos»...*cit.*, p. 1203, indica que, «Todas las sentencias tienen un punto de partida común: la sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad de un gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar creado por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre Medidas en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria. Los actos de liquidación tributaria que, habiendo sido recurridos, estaban todavía pendientes de sentencia definitiva, fueron anulados. El problema se planteó en aquellos casos en los que había recaído sentencia firme, dado el efecto prospectivo o *ex nunc* que, como regla, tienen las sentencias del Tribunal Constitucional, no se está en juego la reducción de una pena o de una sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, que son los supuestos exclusivamente exceptuados por el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la posterior declaración de inconstitucionalidad del precepto no puede tener consecuencia sobre los procesos terminados mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada. Es preciso destacar que el Tribunal Constitucional desestimó los recursos de amparo todavía pendientes y que habían sido planteados contra sentencias que habían aplicado el precepto entre tanto

En efecto, el principio de constitucionalidad constituye la expresión suprema y cualitativa del principio de legalidad; una conducta contraria a la Constitución no puede producir los exactos efectos jurídicos que, en términos normales, le corresponderían<sup>479</sup>. Así, el Tribunal Constitucional puede declarar con fuerza obligatoria general la inconstitucionalidad de las normas, destruyendo los efectos producidos desde su entrada en vigor.

La desvalorización de la conducta inconstitucional no es lo único efecto de la inconstitucionalidad. Siendo el efecto más relevante y típico. La obligación de indemnizar por ilícito legislativo, es uno de los otros efectos de la inconstitucionalidad; no se trata ya de impedir que la norma inconstitucional produzca los efectos jurídicos que le corresponderían, pero de eliminar todos los daños que resultaran de la vigencia de la ley en la orden jurídica<sup>480</sup>.

---

declarado inconstitucional, al entender que no estaba implicado ningún derecho fundamental y que el recurso de amparo no tiene por objeto un control indirecto de la constitucionalidad de las Leyes». En la Sentencia de 29 de febrero de 2000 se afirma: «ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una *disposición legal de carácter inconstitucional no consentida* por la interesada. Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó. *La sentencia firme dictada, al no corregir el perjuicio causado por el precepto inconstitucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucional a la que acudieron otros tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada, que en ningún momento fue consentida por la entidad interesada, la cual agotó todos los recursos de que dispuso.* Con ello se impidió la devolución de lo indebidamente ingresado consiguiente a la anulación de la actuación viciada. *Esta devolución se produjo, en cambio, en otros supuestos idénticos resueltos por otros órganos jurisdiccionales que creyeron oportuno plantear la cuestión.* La firmeza de la sentencia, así ganada, no legitimó el perjuicio padecido por la recurrente, directamente ocasionado por la disposición legal e indirectamente por la aplicación administrativa de la norma inconstitucional. Es precisamente dicha sentencia, de sentido contrario a la pronunciada por los tribunales que plantearon la cuestión de inconstitucionalidad y la vieron estimada, la que pone de manifiesto que el perjuicio causado quedó consolidado, al no ser posible la neutralización de los efectos del acto administrativo fundado en la ley inconstitucional mediante la anulación del mismo en la vía contencioso-administrativa, no obstante *la constancia de la sociedad interesada en mantener la impugnación contra el acto que consideraba inconstitucional*».

<sup>479</sup> Vid. SOUSA, Marcelo Rebelo de: *O valor jurídico do...cit.*, p. 15.

<sup>480</sup> Vid. GARRIDO FALLA, Fernando: «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 118, 1989, pp. 52-55, estima que, «a efectos de pretensiones resarcitorias por daños derivados de la Ley: 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 tenga un efecto expropiatorio, mientras que toda ley inconstitucional genera un derecho a indemnización a favor de quienes hayan sido perjudicados por la aplicación de dicha Ley». Igualmente, Vid. CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la: *La actividad de la administración...cit.*, pp. 559-560; Vid. PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: *Derecho administrativo*, 15. ed., I, Parte general, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2004, p. 652, señala que, «los perjuicios causados por una ley inconstitucional al régimen de indemnización de los daños producidos por una disposición reglamentaria señalando, sobre la base del artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que no se puede dar por supuesto o prejuzgar que dichos daños se han producido por el simple hecho de la anulación»; Vid. ALONSO GARCÍA, María Consuelo: *La responsabilidad patrimonial...cit.*, p. 83 y ss, considera que el único supuesto de responsabilidad legislativa que cabe sería el de las leyes inconstitucionales «en la que sí estaría presente la nota de la antijuridicidad de los daños imputables a las leyes, pero matiza que las declaraciones del Tribunal Constitucional en orden a restringir los efectos de sus

Por lo tanto, no es suficiente afirmamos que los efectos de la inconstitucionalidad terminen en la desvalorización de la conducta inconstitucional. Debemos, aun, distinguir, el derecho constitucional a la reparación de los daños resultantes del ilícito legislativo de los efectos típicos de la inconstitucionalidad.

La declaración de inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general no destruye todos efectos secundarios producidos por la ley contraria a la Constitución; el Tribunal Constitucional tiene la autorización de limitar en el tiempo los efectos de la inconstitucionalidad; además las relaciones jurídicas consolidadas al abrigo de la ley inconstitucional suscitan cuestiones de seguridad jurídica. Por lo tanto, es necesario un planteamiento diligente sobre el tema ya que son muchos los problemas que resultan de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

La responsabilidad del Estado Legislador por el dictado de una ley declarada inconstitucional se rige por el sistema de responsabilidad por falta de servicio, puesto que, la declaratoria de nulidad por inconstitucional de la ley convierte la conducta de lícita en ilícita al contrariar el Derecho de la Constitución.

En efecto, cuando se declara inconstitucional una ley por quebrantar un principio, valor o precepto referidos a las garantías individuales o sociales es claro que puede existir una lesión antijurídica evaluable, individualizable y efectiva.

#### 2.8.2.2 Autonomía de la obligación de indemnizar por los daños causados por la aplicación de leyes inconstitucionales (un derecho fundamental del ciudadano)

La indemnización comprende apenas las medidas o providencias destinadas a reparar el daño sufrido por otro, con exclusión del que sea la mera realización específica (coactiva) del derecho. La entrega judicial al acreedor de la cosa que le es debida o la restitución coercitiva

---

fallos hacía el futuro exclusivamente o la negación expresa de cualquier derecho de reparación derivado de un juicio de inconstitucionalidad, así como, en su caso, la concreción de la cuantía de la indemnización, el señalamiento del procedimiento de exigencia ésta o cualquiera otras condiciones y limitaciones que el propio Tribunal quiera imponer a su fallo, corresponden al ámbito competencial que el Ordenamiento jurídico atribuye a éste por lo que sólo el silencio del Tribunal Constitucional sobre tal parecer ha de permitir a los Tribunales ordinarios... proceder a la declaración de tal derecho en la resolución de los asuntos que afecten a los actos de aplicación de las normas legales viciadas».



de la cosa al dueño que de ella fue desposeído no constituyen, rigurosamente, una indemnización<sup>481</sup>.

Asimismo, en la dogmática de los derechos de crédito, si el deudor no cumple, ni por eso el acreedor pierde el derecho a la prestación: el deudor sigue obligado a realizarla, mientras ello sea posible.

Tratándose de la defensa del derecho de propiedad, la procedencia de la acción de reparación no depende de la existencia de culpa del poseedor o detentador de la cosa<sup>482</sup>. Por lo tanto, si alguien se apodera de cosa ajena, mismo de buena fe, constituye una situación jurídica contraria al Derecho, contra cual se puede reaccionar a través de las debidas acciones. El derecho del acreedor tiene fundamento en razones que es irrelevante la cualificación de lícito o ilícito del acto de la tercera persona.

El nacimiento de un derecho de indemnización no se confunde con el derecho o interés violado, y sí, presupone la existencia de culpa, donde su extensión depende de los daños sufridos por el acreedor. De esa manera, hay de separar la indemnización en relación al deber de cumplir las obligaciones.

En definitiva, el derecho de indemnización se distingue de la realización específica del derecho como del interés violado, por eso, la extinción del derecho o interés no impide el nacimiento de un derecho de indemnización autónoma, desde que se verifiquen los supuestos de la responsabilidad patrimonial.

Además, el derecho a la reparación de los daños exige respeto y protección por parte del Estado y de los demás poderes; constituye una garantía de libertad y de limitación del poder que postula una actitud general de respeto por parte de los entidades públicas<sup>483</sup>. ADOLF

---

<sup>481</sup> Vid. VARELA, João de Matos Antunes: *Das obrigações em geral*, V. I, 10. ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 620 y ss.

<sup>482</sup> Vid. DE CUPIS, Adriano: *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, v. 2, 2. ed., A. Giuffrè, Milano, 1966-1970, p. 323.

<sup>483</sup> Vid. MIRANDA, Jorge: *Manual de direito constitucional...cit.*, p. 95 y ss.

ARDNT<sup>484</sup> propone la dimensión ontológica de la responsabilidad por leyes que lesionan los derechos fundamentales.

El amparo de los derechos fundamentales impone a todas las potestades públicas, incluso el Legislador, la obligación de indemnizar todas las lesiones que estos poderes causen a los derechos considerados fundamentales, incluso aquellas que produzcan las leyes.

El efecto dañoso y la inconstitucionalidad del acto legislativo forman dos realidades perfectamente indisociables entre sí: la ley “perjudica” porque es inconstitucional, y es inconstitucional porque viola los derechos fundamentales de los ciudadanos. Lo que se pretende en ambos los casos es que el Estado sea obligado a resarcir las lesiones decurrentes de las leyes inconstitucionales violadores de derechos fundamentales.

La responsabilidad del Estado Legislador por leyes inconstitucionales es independiente de los efectos (*ex tunc* o *ex nunc*) que pueda ser atribuido por el Tribunal Constitucional en el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes<sup>485</sup>.

Sobre esta base, el Tribunal Supremo va a afirmar la autonomía de la acción de responsabilidad: con independencia de que en virtud de los efectos prospectivos de las sentencias del Tribunal Constitucional deban subsistir los actos administrativos confirmados por sentencia firme, se ha producido un perjuicio antijurídico que genera el derecho a su reparación. En esta línea, la sentencia de 13 de junio de 2000 (Arz. 5939) marca claramente un paso adelante, tanto por el carácter exhaustivo de su argumentación, como por el hecho de que, al referirse a un supuesto en el que el demandante no había impugnado la liquidación

---

<sup>484</sup> Vid. ARNDT, Adolf: «Die Bindungswirkung des Grundgesetzes», ...*cit.*, pp. 993 y ss.

<sup>485</sup> Vid. MEDEIROS, Rui: *Ensaio sobre a responsabilidade...cit.* p. 121, señala que, «Así, la responsabilidad patrimonial cubierte todas las funciones del Estado; la obligación de indemnizar presupone un hecho culposo, resultante de la violación de derechos o intereses legalmente protegidos de los particulares; la Constitución garante la compensación de los daños no patrimoniales por acciones u omisiones violadoras de los derechos, libertades y garantías». Vid. DUNI, Giovanni: *Lo stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, Giuffrè Editore, 1968, p. 395 y ss., para este autor italiano los efectos pro futuro de la declaración de inconstitucionalidad de una ley no determinan que los daños que cause su aplicación no deban ser indemnizados ya que «aunque se acoja la tesis de la caducidad retroactiva o de la anulación o se siga la tesis más radical de la ineficacia originaria o incluso de la inexistencia, la consecuencia sobre la cuestión del ilícito es por principio la misma; los daños derivados de la ley inconstitucional deben considerarse antijurídicos con todas las consecuencias»; Vid. GÓMEZ PUENTE, Marcos: *La inactividad del legislador...cit.*, pp. 10-11; Vid. RODRÍGUEZ OLIVER, José María: «Los ámbitos exentos del control del Tribunal Constitucional», en *El tribunal Constitucional*, Vol. III, Dirección general de lo contencioso-administrativo del Estado, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1981, pp. 2355-2356.

tributaria, sino que se limitó a plantear la reclamación de responsabilidad una vez publicada la sentencia del Tribunal Constitucional por la que se anulaba el tributo, tiene un campo de aplicación mucho más amplio<sup>486</sup>.

El efecto *ex tunc* de la decisión de inconstitucionalidad implica la destrucción de los efectos jurídicos de la norma legislativa inconstitucional, pero no elimina, el problema de la responsabilidad civil del Estado legislador por los daños causados directamente por la ley tributaria inconstitucional (institución o aumento de un tributo, establecimiento de un régimen de fiscalización más gravoso, eliminación de exención o beneficios fiscales y demás perjuicios que reflejen en un menor o mayor grado en la patrimonio del contribuyente).

La invalidez de la ley inconstitucional determina la anulación retroactiva de todos los actos administrativos en ella basados; la Administración debe reintegrar el derecho violado del contribuyente; habiendo la inactividad por parte de la Administración, el contribuyente puede exigir una indemnización.

Cuanto la limitación de los efectos de inconstitucionalidad (*ex nunc*), esta no afecta la responsabilidad civil del Estado legislador, ya que el derecho de indemnización es un efecto secundario de la declaración de inconstitucionalidad, desde que se demuestre los supuestos de responsabilidad.

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo en una sentencia de 27 de mayo de 2011 (STS 3183/2011), no estimó la acción de responsabilidad patrimonial del Legislador presentada ante el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, por importe de 530.972.495 pesetas (actualmente, 3.191.208,97#), más los intereses legales, que sustentaba en el hecho de que la Administración Tributaria de la Comunidad Autónoma había girado a "REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.", por el ejercicio fiscal de 1998, una liquidación por el Impuesto sobre Instalaciones que inciden sobre el Medio Ambiente, por el mismo importe de la reclamación, al amparo de la *Ley Autonómica 12/1991, de 20 de diciembre*, creadora del mencionado Impuesto, Ley que posteriormente fue

---

<sup>486</sup> «En el caso examinado no hubo siquiera sentencia firme, pues los recurrentes consintieron las autoliquidaciones que presentaron siguiendo el mandato de la ley vigente, luego declarada inconstitucional, y cuando se puso de manifiesto el perjuicio causado, mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley, hicieron uso de la oportuna acción de responsabilidad ante el Consejo de Ministros».

declarada inconstitucional y nula por la Sentencia del Tribunal Constitucional 289/2000, de 30 de noviembre .

El Alto Tribunal afirmó que *mientras que los casos de ausencia de declaración permite a este Tribunal pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad patrimonial y fijar una indemnización que permita compensar los daños causados por el acto de aplicación de la ley inconstitucional, no así cuando el Tribunal Constitucional excluye cualquier tipo de acción revisoria. En este sentido el término que utiliza la sentencia es suficientemente expresivo al considerar "situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia aquéllas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma, y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme", término que contiene expresa prohibición de cualquier otra acción, incluida la que deriva del art. 139 y siguientes de la Ley 30/1992 , pues entenderlo de otro modo desnaturalizaría la decisión del Tribunal Constitucional.*

En nuestra opinión, el pronunciamiento cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad (sea *ex tunc* o *ex nunc*) no impide que prospere una acción de responsabilidad del legislador, por la simple razón, que esta acción no va revisar los hechos y fundamentos de la acción declaratoria de inconstitucionalidad, y sí, identificar se hubo o no, un rompimiento en la distribución de las cargas públicas; o se lo ocurrió en la confianza legítima a la actividad legislativa, y que en ambas hipótesis la conducta del legislador resultó dañosa.

Para que la acción de responsabilidad logre éxito es imprescindible que se configure el daño o perjuicios en virtud de actos de aplicación de las leyes y existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que pueden considerarse afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable, la definición de los efectos temporales en la decisión de inconstitucionalidad será útil solamente para definir desde cuándo el acto normativo dejó de ser imperativo. El daño es algo que existe independiente de la determinación de los efectos, por lo tanto, es un completo equívoco condicionar la estimación de la acción de responsabilidad del legislador a la definición de los efectos temporales en la sentencia de inconstitucionalidad.

Así, en efecto, declarada inconstitucional una ley independiente de sus efectos, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquélla ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles.

### 2.8.2.3 Responsabilidad patrimonial derivada de las leyes inconstitucionales tributarias

Los poderes públicos, incluido, obviamente el legislativo, están sometidos a la Constitución y, además, ésta garantiza el principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos.

Parece fuera de toda duda que cuando el Poder Legislativo adopta una decisión que contraviene explícitamente la Constitución puede provocar a cualquier ciudadano una lesión real y efectiva en cualquiera de sus bienes, derechos o intereses patrimoniales legítimos; es de justicia material reconocer el derecho del afectado a la reparación integral de los daños y perjuicios sufridos<sup>487</sup>.

El Derecho, al tratar del orden económico y social, exige que el mismo sea justo, por lo cual subordina los bienes a la persecución al interés general, ordenando a los poderes públicos la promoción de condiciones equitativas y dignas para el desarrollo de la sociedad. Esta consecución implica un mandato que vincula tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos individualmente considerados.

Toda esta labor exige un coste que se traduce en el deber genérico de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad<sup>488</sup>.

En efecto, los poderes públicos son dotados de potestades específicas dirigidas a hacer efectiva su realización, lo que coloca el Estado en una situación de superioridad respecto a los

---

<sup>487</sup> Vid. NAVARRO FERNÁNDEZ, Pablo F.: «La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el derecho financiero y tributario español», en *Responsabilidad del Estado por Actos de Contenido Tributario*, XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario Cartagena de Indias-Colombia, 2010, Tomo II, Abeledo Perrof, pp. 492-493.

<sup>488</sup> Para Ramón VALDÉS COSTA, el Estado se hace presente en una triple dimensión: primero, al crear unilateralmente la obligación patrimonial pública a través de los órganos depositarios de la voluntad general, en consonancia con el principio de reserva de ley que preside esta rama jurídica; segundo, al exhibirse como acreedor de la prestación debida, esto es, el tributo, y tercero, al actuar como juez en los conflictos que se susciten con el contribuyente. Vid. VALDÉS COSTA, Ramón: *Instituciones de derecho tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. IX.

ciudadanos, habilitándole a adoptar las medidas necesarias para alcanzar aquel fin. Ya a los ciudadanos implica el deber de contribuir a la satisfacción del gasto público en función de su capacidad económica mediante un sistema tributario justo y progresivo en que se alienta la aspiración a la redistribución de la renta y en el que cada figura tributaria forma parte de los instrumentos de que dispone el Estado para la consecución de los fines económicos y sociales constitucionalmente ordenados<sup>489</sup>.

Por medio del derecho de propiedad y de sus frutos, los ciudadanos cumplen con su deber constitucional de contribuir. Razón por la cual, el pago de tributos constituye una injerencia legítima y legal al derecho de propiedad.

La falta de soporte constitucional que legitima la ablación patrimonial del ciudadano, origina de inmediato un otro deber imputado al Estado, de reparación o restitución de los daños causados a los bienes de los particulares.

En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad de una norma tributaria, demuestra la falta de interés general que justifica su vigencia, naciendo la obligación de los poderes públicos de reparar a los ciudadanos el daño causado, generalmente mediante la restitución de las cantidades indebidamente ingresadas al amparo de la norma declara ilegal.

Partiendo del reconocimiento de estos supuestos, analizaremos la responsabilidad civil derivada de leyes tributarias inconstitucionales. Donde empezaremos con un sencillo estudio acerca del control de constitucionalidad de las leyes.

El diagnóstico del juicio de inconstitucionalidad puede ser formado a partir de dos premisas: (i) una de evaluación material del texto normativo contestado; (ii) y otra, del análisis procedimental de producción normativa.

La inconstitucionalidad material surge respecto al contenido de la ley, derivando del contraste existente entre los principios incorporados en la ley y las normas o principios de la Constitución<sup>490</sup>. Así, la inconstitucionalidad formal de una norma es constatada cuando esa

---

<sup>489</sup> Vid. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio: *La responsabilidad patrimonial...cit.*, p. 36.

<sup>490</sup> Vid. GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Direito Constitucional...cit.*, p. 949.

norma es concebida por un procedimiento contrario a las reglas constitucionales para la regulación de determinadas materias; o cuando emana de un órgano que no tiene atribución constitucional para tratar de la materia, o aun, cuando la norma es creada en período prohibido debido a circunstancias fuera de la normalidad<sup>491</sup>. Lo que importa saber es si en ambas situaciones se puede averiguar la responsabilidad patrimonial por ilícito legislativo.

Desde luego, la violación de las normas de atribución o de proceso de formación de las leyes no es por si sólo un sacrificio grave y, por eso, no puede fundamentar con autonomía una demanda indemnizatoria<sup>492</sup>. Todavía, por casualidad, constatada una lesión grave y anormal de la posición jurídica del ciudadano, por ocasión de leyes formalmente inconstitucionales, deberá reconocerse la tutela de reparación por los daños sufridos. En cambio, sería tratar más favorablemente las leyes ilícitas impositivas de sacrificios ilegítimos de que las lícitas, pudiendo llegar al resultado paradójico de ser la constitucionalidad justificativa de reparación y no la inconstitucionalidad<sup>493</sup>.

Tratándose de una violación material de las normas constitucionales, el deber indemnizatorio fundado en el ilícito legislativo es imperativo<sup>494</sup>. Ya que estamos delante de frustraciones o/y de amenazas a los derechos fundamentales de los contribuyentes.

La declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad con fuerza obligatoria general produce efectos desde la entrada en vigencia de la norma declarada inconstitucional o ilegal<sup>495</sup>.

---

<sup>491</sup> Vid. BULOS, Uadi Lammêgo: *Curso de direito constitucional*. Saraiva, São Paulo, 2007, p. 63.

<sup>492</sup> Vid. DROMI, José Roberto: *Derecho administrativo económico...cit.*, p. 686, afirma que, «La violación de normas de competencia o en el proceso de formación de las leyes (inconstitucionalidad *formal*) no puede, *per se*, fundar un sacrificio grave que justifique autónomamente una pretensión indemnizatoria».

<sup>493</sup> Vid. GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *O problema da responsabilidade...cit.*, p. 158.

<sup>494</sup> Vid. DAGTOGLOU, Prodromos: *Ersatzpflicht des Staates... cit.*, pp. 38 y ss.

<sup>495</sup> Vid. CHECA GONZÁLEZ, Clemente: «La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública con Fundamento en la Declaración de Inconstitucionalidad de una Ley», *Revista Ius et Praxis*, Año 10, n. 1, 2004, p. 53 y ss, señala que, «Originariamente el Tribunal Constitucional español mantuvo la tesis de que la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley llevaba inevitablemente aparejada su nulidad, siendo lo normal, en estos casos, que se ordenara restablecimiento a las situaciones jurídicas anteriores y que, en consecuencia, se reparasen o indemnizasen los daños ocasionados a los ciudadanos por la ley expulsada del ordenamiento jurídico. Así se comprueba de la lectura de numerosas sentencias de este Órgano, tal como, por ejemplo, las siguientes: 27/1981, de 20 de julio; 37/1981, de 16 de noviembre; 20/1985, de 14 de febrero;

La retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad significa que la ley inconstitucional no se aplica a los hechos ocurridos en su vigencia e impide, tanto la producción de los efectos jurídicos ordinarios de la ley, incluido el eventual efecto revocatorio de la ley anterior, como la aplicación de la ley inconstitucional a las situaciones desarrolladas a su sombra y aún pendientes<sup>496</sup>.

La eficacia *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad debe destruir los efectos jurídicos producidos directamente por la ley inconstitucional<sup>497</sup>. No obstante, ni todos estos efectos son suprimidos y, en esa medida, no elimina el problema de la responsabilidad civil del Estado por la aprobación de la ley inconstitucional.

Suponemos que una ley inconstitucional conceda exenciones de importación a los productos chinos. La declaración de inconstitucionalidad hace cesar retroactivamente el beneficio fiscal concebido por la ley, pero la sencilla retirada de la normativa no eliminará los perjuicios sufridos por los industriales nacionales. Así, es necesario el reconocimiento de la obligación de indemnizar con la recompensación de los daños sufridos durante el período de vigencia de la ley<sup>498</sup>.

A la vista del expuesto, los efectos de la inconstitucionalidad de la ley no se resumen a la desvalorización de la conducta inconstitucional, además, existe, en ciertas situaciones, el efecto secundario (subsidiario y autónomo) que es la responsabilidad patrimonial por actos legislativos.

---

26/1985, de 22 de febrero; 72/1985, de 13 de junio; 14/1986, de 31 de enero; 19/1987, de 17 de febrero; 141/1988, de 12 de julio; y 181/1988, de 13 de octubre».

<sup>496</sup> Vid. GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Direito constitucional.. cit.*, pp. 997-1000.

<sup>497</sup> El prof. José María LAGO MONTERO afirma que ésta es la situación ideal para con los principios de legalidad y seguridad jurídica: la norma declarada inconstitucional, anti comunitaria o ilegal es expulsada del ordenamiento jurídico desde el día en que entró en él. La nulidad radical, de inspiración romana, es la respuesta más adecuada para un funcionamiento ortodoxo del Estado de derecho, Estado responsable de sus actos normativos, que no deben producir efectos si son declarados nulos de raíz, por lo que deben anularse y/o repararse las consecuencias de los actos de aplicación de esas normas nulas, sean actos administrativos o del administrado. Vid. LAGO MONTERO, José María: «Procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del estado legislador en materia tributaria», en *Responsabilidad del Estado por Actos de Contenido Tributario*, XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario Cartagena de Indias-Colombia, 2010, Tomo II, Abeledo Perrof, p. 444.

<sup>498</sup> En este mismo sentido: Vid. DAGTOGLOU, Prodromos: *Ersatzpflicht des Staates... cit.*, p. 26.



Esta responsabilidad es procedente cuando el efecto *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad no sea suficiente para recomponer o restituir los daños y perjuicios causados por la ley<sup>499</sup>.

Si reconocida la invalidez de la norma legislativa y, la Administración reintegrar, voluntariamente o a requerimiento del contribuyente, el derecho violado, y éste ser bastante para recomponer los daños sufridos, entonces, no puede hablarse de responsabilidad<sup>500</sup>.

Desde luego, el criterio de retroactividad debe seguir en comunión al de recompensación integral, en respuesta a la necesidad de suprimir todos los efectos de la ilegalidad cometida. Nada más es que la reorganización efectiva de la orden jurídica violada, por medio de la reconstrucción de la situación que existiría, si la ley inconstitucional no tuviese sido aprobada, resulta en una *retroactividad obligacional*.

Como hemos visto, la eficacia retroactiva de la decisión de inconstitucionalidad tiene como consecuencia inmediata la prohibición de la aplicación de la norma declarada inconstitucional a situaciones o relaciones desarrolladas a su sombra o aún pendientes. Empero, en nombre de la seguridad jurídica o interés público excepcional, el Tribunal Constitucional puede fijar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad con alcance más restricto.

---

<sup>499</sup> La práctica era la de proceder a la devolución de las cantidades ingresadas en virtud de normas declaradas inconstitucionales, realizándose, pues, una lectura tradicionalmente a favor de la devolución de los tributos inconstitucionales como consecuencia de una nulidad, entendida *ope legis* y *ex tunc*, derivada de las declaraciones de inconstitucionalidad bajo la apreciación de la doctrina retrospectiva. Esta interpretación fue respaldada en el Derecho positivo español por la aplicación por el Ejecutivo de las sentencias del Tribunal Constitucional 179/1987 (en materia de recargo por los Ayuntamientos sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas) y 19/1987 (sobre la libre fijación por los Ayuntamientos del tipo de gravamen de las Contribuciones Territoriales Rústica y Pecuaria y Urbana) que entendió que el efecto de dichas sentencias era, en cualquier caso, "*pro praeterito*", debiendo procederse a la articulación de las medidas legislativas pertinentes para proceder a la devolución de las cantidades *indebidamente* ingresadas, lo que se llevó a efecto por medio del Real Decreto 1959/1986 y del Real Decreto-ley 1/1987.

<sup>500</sup> En el mismo sentido, el prof. José María LAGO MONTERO asevera que cabe acudir a ella cuando no hay otra forma de obtener la devolución del ingreso ilegítimo a través de los procedimientos administrativos tributarios, especiales por tributarios, en vigor, que hay que intentar agotar primero. Si la sentencia impide la revisión administrativa y/o judicial de los actos de aplicación y enerva por ello la posible devolución de ingresos indebidos, se está causando un daño patrimonial a los contribuyentes que pagaron el tributo ilegítimo que no tienen el deber de soportar, transformándose la acción administrativa tributaria imposible de seguir en una acción administrativa de responsabilidad, abierta ahora subsidiariamente. *Vid.* LAGO MONTERO, José María: *Procedimientos para hacer... cit.*, p. 447.

La sentencia que declara la nulidad *ex nunc* de la norma, permite revisar sólo los actos de aplicación no firmes y/o no consentidos. Tal declaración permite a los interesados promover la rectificación de sus autoliquidaciones no consentidas, revisar actos administrativos no firmes en vía de recurso o ejercitar la acción de nulidad.

Así, se queda el interrogante ¿si la limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se refiere, únicamente, a los efectos inmediatos de la inconstitucionalidad?, o ¿si, por el contrario, alcanza también la obligación de indemnizar por los ilícitos legislativos?.

Las razones que llevan el Tribunal Constitucional a fijar los efectos de la inconstitucionalidad con alcance más restricto (seguridad jurídica, interés público excepcional, etc.), justifica solamente la restricción de los efectos inmediatos de la inconstitucionalidad.

La limitación de los efectos de la inconstitucionalidad, mismo en su modalidad más radical de destrucción de la norma con eficacia *ex nunc*, puede no afectar la responsabilidad civil del Estado por el ilícito legislativo<sup>501</sup>.

Por ejemplo, una ley que retira la exención de tributos de medicinas destinadas a personas de grave enfermedad, y éstas no dispone de medios económicos para comprarlas, pues, ahora, los tributos repercuten en los precios de las medicinas encareciéndolos. Posteriormente, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de esta ley, estableciendo efectos prospectivos de tal inconstitucionalidad. Sin duda, que los posibles daños a los particulares deberán ser indemnizados. La limitación de los efectos de la inconstitucionalidad no excluye el derecho de indemnización, ya que otros derechos fundamentales fueran negativamente afectados.

La mantención del deber de indemnizar aun es más evidente cuando la restricción de los efectos producidos por la ley inconstitucional tiene por objetivo impedir la invalidación de leyes tributarias sancionatorias. Así, los perjuicios resultantes de normas tributarias de

---

<sup>501</sup> Vid. MEDEIROS, Rui: *Ensaio sobre a responsabilidade... cit.*, p. 156.

carácter sancionador deben ser indemnizados, pues, si no, se premiaría, doblemente<sup>502</sup>, el acto inconstitucional.

## 2.9 El principio de protección de la confianza legítima

### 2.9.1 Introducción

La doctrina de la protección de la confianza está dirigida a proporcionar una protección intensa de los derechos subjetivos de los ciudadanos frente a los poderes públicos a través de la posibilidad del reaccionar judicial y/o administrativamente, frente a la defraudación de la confianza de los ciudadanos en la fiabilidad de las medidas promocionadas por los poderes públicos.

Desde el punto de vista de la Teoría del Estado, se considera que la garantía de la confianza de los ciudadanos en las instituciones constituye una condición básica del orden político liberal y democrático<sup>503</sup>. La inviolabilidad del ordenamiento jurídico por parte del Legislador y de la Administración es considerada el presupuesto necesario para que los ciudadanos afirmen y presten su apoyo al ordenamiento.

Desde la óptica de la teoría de los derechos fundamentales, se señala asimismo que la protección de la confianza significa protección de la libertad, ya que es aquélla la que garantizaría un desarrollo óptimo de la personalidad de los ciudadanos<sup>504</sup>.

---

<sup>502</sup> Primer: por la consolidación y eficacia de los efectos sancionatorios, segundo: por la exención de recompensación de los daños.

<sup>503</sup> Vid. MAURER, Hartmut: «Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz», en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*-herausgegeben von Josef Isensee und Paul Kirchhof, vol. III, 3. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2003, p. 426 y ss.

<sup>504</sup> Vid. GRABITZ, E.: «Vertrauensschutz als Freiheitsschutz», *Deutsches Verwaltungsblatt-DVBl*, Köln, 1973, p. 675. Vid. CASTILLO BLANCO, Federico A.: *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público*: especial referencia al abuso del derecho, INAP, Madrid, 2007, pp. 215-216, señala que, «Pues bien, desde este punto de vista, la finalidad del principio de protección de confianza no va a ser otra que la de erigirse en un parámetro de actuación en el proceso decisonal de los poderes públicos (de todos los poderes públicos y no sólo de la Administración Pública) a fin de poder prever, con cierto margen de seguridad, ya sea en el campo económico —un campo de acción especialmente relevante para la aplicación del citado principio— las distintas operaciones e inversiones de carácter financiero o, con carácter general, el mantenimiento o evolución de cualquier otra situación jurídica con respecto a la actuación de los distintos poderes del Estado. Y es que, más allá de los operadores económicos, los ciudadanos con relación a sus situaciones jurídicas y expectativas, cuando las mismas pueden ser calificadas de legítimas, requieren también, y ello no es sino una consecuencia necesaria del Estado de Derecho y una obligación exigible a un Estado que se autocalifica como social, de la coherencia en el ejercicio del poder y de la estabilidad en la adopción de decisiones por éste frente a la acción, eventualmente incontrolada, desconsiderada o sin las cautelas suficientes, de los poderes públicos. Es por eso, como puede deducirse, y ha sido subrayado por numerosos autores, una consecuencia del principio de seguridad jurídica».

La protección de la confianza está inherida en el marco de situaciones o relaciones jurídicas multipolares, caracterizadas por la necesidad de adoptar decisiones en ausencia de premisas ciertas y seguras. Presenta, así pues, un carácter claramente múltiplo, es decir, las consideraciones anteriores se ven complementadas con las conclusiones de que en el plano de la teoría social han venido formulando los cultivadores de una moderna disciplina o escuela de la ciencia socioeconómica, la economía institucional. Según éstas, la confianza recíproca constituye un presupuesto esencial del bienestar macroeconómico. Éste se incrementaría, en beneficio de todos, a través de interacciones productivas. El fin perseguido es, por lo tanto, la consecución de beneficios compartidos. La condición previa para que puedan tener lugar tales interacciones productivas es, sin embargo, la confianza de los distintos actores en su respectiva disposición recíproca a la cooperación. Para ello resulta imprescindible que éstos intercambien información creíble sobre sus intenciones y comportamientos futuros. La información es creíble cuando los actores, por ejemplo, a través de inversiones en su propia reputación, generan la expectativa de que se comportarán de acuerdo con las pautas de conducta que ellos mismos se han fijado. Un medio para lograrlo es, por ejemplo, la auto vinculación normativa del Estado a través de reglas de protección de la confianza controlables por tribunales independientes. De este modo, la protección de la confianza se justifica, desde luego, racionalmente, por lo que no es una exigencia meramente romántica o irracional<sup>505</sup>.

Sin embargo, la cuestión que, nos parece más relevante no es la de, si la confianza debe o no ser protegida, sino únicamente de cuál sea el grado óptimo de la protección que le deba dispensar en los diversos supuestos en que pueda verse afectada.

### ***2.9.2 El desarrollo dogmático de la confianza legítima***

Podemos estructurar el principio de protección de la confianza en cuatro planos. Y así mismo, cabe advertir de que dicha estructuración no se suele otorgar una significación dogmática definitiva, ya que la finalidad que con ella se persigue es, en esencial, de carácter meramente heurístico y didáctico.

---

<sup>505</sup> Vid. SCHNEIDER, Jens-Peter: «Seguridad jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán», *Documentación administrativa*, Madrid, n. 263-264, 2002, p. 253.

El presente trabajo se partirá de la siguiente estructuración del principio de protección de la confianza: 1) El presupuesto necesario para su aplicación es la frustración de una expectativa derivada de una situación de confianza creada por la conducta o el comportamiento de órganos de los poderes públicos<sup>506</sup>. La situación de confianza se pueden originar de regulaciones normativas o actos administrativos. También se admite la posibilidad de que se origine de promesas o informaciones administrativas, circulares internas de la Administración, contratos públicos, planes urbanísticos y otros instrumentos de planeamiento, actuaciones materiales de la Administración o, en fin, sentencias judiciales; 2) En segundo lugar, se requiere que el ciudadano haya manifestado de alguna forma su confianza<sup>507</sup>. A este respecto se discute acerca de si se debe exigir en todo caso una manifestación positiva de la confianza o puede bastar una conducta omisiva indiciaria de una situación de confianza; 3) El tercer nivel lo ocupa el elemento valorativo decisivo para la protección de la confianza: ¿es la confianza manifestada por el ciudadano merecedora de protección?. Para responder a este interrogante deben tenerse en cuenta, por un lado, los conocimientos y circunstancias de quien reclama la protección de su confianza y, por otro, el peso de los intereses públicos afectados; 4) Finalmente, por lo que se refiere a la consecuencia jurídica, la protección de la confianza, de proceder, puede consistir en: el mantenimiento *statu quo ante*, la preceptividad de regímenes transitorios o la reparación indemnizatoria del daño causado por la frustración de la confianza<sup>508</sup>.

---

<sup>506</sup> S. de 19 de julio de 1996 (Ar. 6202): «Que esa creencia o confianza del ciudadano esté fundada en signos o actos externos que la Administración manifiestamente realiza, y que aquella creencia esté deducida razonablemente, con fuerza suficiente para moverle a realizar, u omitir, una conducta o actividad que directa o indirectamente repercute en su esfera patrimonial, máxime cuando tal confianza le conduce a realizar unos actos que le originen unos gastos que en el supuesto de no mediar dichas circunstancias no hubiere realizado y por tanto no habría de soportar». Ss. de 15 de abril de 2002 (Ar. 6495 y 6497): «No se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha "confianza" se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la "apariencia de legalidad" que la actuación administrativa a través de actos concretos revela».

<sup>507</sup> S. de 28 de febrero de 1989 (Ar 1458): «Ha de tenerse en cuenta que en cursos anteriores y, sobre todo en parte del mismo cuya denegación ahora se recurre, por la Administración se proporcionó una subvención en las mismas circunstancias en que ahora se le deniega; luego si la Administración antes de comenzar el curso 1983/1984 otorgó una subvención parcial –que ahora pretende denegar, aquel acto era lo suficientemente concluyente para que el titular del colegio se decidiera a continuar impartiendo la docencia, con la razonable esperanza de que al igual que antes obtendría la subvención y la ayuda que después posteriormente le es denegada. Con el acto denegatorio de la subvención solicitada se quebrantó la *fides* o confianza del administrado que ejercita una actividad de interés social y que para él contenía una gravosa tarea en la creencia de que también sería subvencionado en el segundo período, como ya lo había sido en el primero».

<sup>508</sup> Vid. MAURER, Hartmut: «Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz»...*cit.*, p. 447 y ss.

Además de estos, podemos señalar como supuestos la tutela de la confianza: 1) que una de las partes haya obrado sin culpa y dentro del respeto de las reglas de conducta que disciplinan la relación jurídica pendiente; y, 2) que la otra parte, por el contrario, haya incumplido la obligación a comportarse conforme a la buena fe<sup>509</sup>.

La protección de la confianza puede presentarse de dos maneras: i) una protección *positiva*; ii) y una protección *negativa* de la confianza<sup>510</sup>. Si la primera se preocupa en asegurar al sujeto "positivamente" su expectativa, esta última garantiza al confiador el derecho indemnizatorio contra quien lo puso en esa situación, ya que la expectativa fiable fue "rota".

En el ámbito de la protección negativa de las expectativas, la expresión "responsabilidad por la confianza" no significa de este modo, meramente, que alguien será llamado a soportar las consecuencias jurídicas de la confianza ajena. Además, esta locución indica un contenido más restricto: señala el surgimiento de un deber jurídico de resarcir un perjuicio. De esa manera, la intervención de la orden jurídica en defensa de la confianza puede bien consistir en la adstricción de alguien a corresponder a la situación de otro, conformando su conducta por forma a realizar o no defraudar las expectativas ajenas.

---

<sup>509</sup> S. de 20 de marzo de 1996 (Ar. 3373): «Tampoco puede ser estimada como relevante la alegación de venir estacionando tales vehículos, desde varios años antes de los actos impugnados, porque al tratarse de una actividad de índole permanente o tracto continuo es llano que no puede ser objeto de caducidad o prescripción el tratamiento jurídico de tal actividad que ha seguido desarrollándose, ni puede considerarse afectada en grado relevante la seguridad jurídica, ni la buena fe, o la congruencia con los actos de la Administración o el principio de confianza legítima del administrado porque la posible negligencia, ignorancia o mera tolerancia de la Administración respecto al hecho del ejercicio de tal actividad sin licencia, no la legitima ni genera derechos subjetivos o expectativa jurídica alguna, objeto de específica tutela, repetimos, al tratarse de una infracción urbanística permanente y reiterada en el tiempo». S. de 30 de junio de 1995 (Ar. 5024): «No se puede desconocer que, el referido "beneficio" a conseguir la "prima específica", se adquiere desde el momento en que el beneficiario cumple con todos los requisitos exigidos por la Administración, con arreglo a las normas de aplicación. El beneficiario de la "prima específica" en cuestión, es un incentivo que concede la Administración al particular para el desarrollo de una actividad productiva que conviene al país donde aquélla se asienta. Cuando el particular movido por dicha invitación de la Administración acepta la misma y cumple los condicionamientos impuestos por aquélla, desarrollando la actividad por aquélla promovida, comprometiendo en tal empresa sus medios personales, financieros y materiales, su confianza en la oferta de la Administración no puede verse defraudada por ésta posteriormente; pues amén de la correcta vinculación jurídico-negocial que toda oferta aceptada entraña, se infringiría con ello el principio doctrinal de la "confianza legítima" y el constitucional de la seguridad jurídica». Vid. BECKER, Franz; LUHMANN, Niklas: *Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz: Möglichkeiten gesetzlicher Regelung der Rücknehmbarkeit von Verwaltungsakten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1963, p. 33.

<sup>510</sup> Vid. CANARIS, Claus-Wilhelm: *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Beck, München, 1971, p. 5.

El principio de la buena fe protege la confianza legítima que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que el principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes "*venire contra factum proprium*".

Añadimos que la protección de la confianza puede resultar en una confianza de los hechos o normativa. La primera busca garante que ciertos comportamientos por parte de los poderes públicos (más especialmente del Poder ejecutivo y judicial) tengan una margen razonable de continuidad u ocurrencia. En esta hipótesis, las conductas anteriores de estos agentes públicos condujeron a una expectativa fiable de actuación. Mientras, confianza normativa aparece dotada de un contenido tendente a sobreponer la seguridad jurídica frente a los cambios repentinos de legislación que aseguren garantías suficientes de transitoriedad y previsibilidad<sup>511</sup>. Esta última, resulta ser un aspecto inherente de los actos normativos, la existencia de una norma positiva conlleva a la idea de que ella es *fiable*. Pues, en cambio, no habría sentido la existencia de órganos "*especializados*" en la producción de normas.

En general, el supuesto más evidente de la protección de la confianza legítima se traduce cuando de la proyección de una estabilidad normativa que regula una determinada situación vinculado a la seguridad jurídica.

La violación del principio de la confianza legítima, en este caso, aparece cuando hay una utilización abusiva de la norma jurídica o acto administrativo, que sorprende la confianza de las personas destinatarias de la norma, que no esperaban tal reacción normativa, al menos

---

<sup>511</sup> Además, permite mantener los efectos de determinadas situaciones ilegales, mantenimiento que se justifica por la protección que merece el particular que confió legítimamente en la estabilidad de la situación creada por la Administración, primando la seguridad jurídica sobre el principio de legalidad. Los principios de legalidad y de la seguridad jurídica tienen el mismo rango y valor. Por ello, si existe conflicto entre ambos la solución pasa por la ponderación de los intereses jurídicos y de hechos en juego, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto. *Vid.* ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang; «Das Verwaltungshandeln», en *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. ed., W. de Gruyter, Berlin, New York, 1986, pp. 246 y ss.

sin unas ciertas medidas transitorias paliasen esos efectos tan bruscos; la violación del principio suele coincidir con el momento en que se producen cambios normativos<sup>512</sup>.

La confianza legítima (*Vertrauensschutz*), tiene sus orígenes en el Derecho Administrativo alemán. Deriva de la prohibición de los efectos retroactivos de las leyes y normas administrativas. Aquellas normas jurídicas que excepcionalmente mantienen tales efectos pueden entrar en conflicto con los principios propios del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima<sup>513</sup>.

Así, las leyes retroactivas son normalmente incompatibles con el principio del Estado de Derecho, uno de cuyos elementos esenciales es la seguridad jurídica, que, a su vez, para el ciudadano significa ante todo protección de la confianza legítima.

Dicho principio no supone que únicamente opere respecto de la actuación de las Administraciones públicas, sino que opere también respecto de la actividad del Poder judicial y de la del Poder legislativo<sup>514</sup>.

Su reconocimiento constitucional está en el artículo 9.3 Constitución española, que garantiza la seguridad jurídica, entre la cual puede entenderse incluidos el principio de buena fe y el de confianza legítima. Además, que el principio de protección de la confianza, hoy consagrado en el art. 3.1<sup>515</sup> de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas redactado por la Ley 4/1999, ampara igualmente una pretensión indemnizatoria<sup>516</sup>.

---

<sup>512</sup> Vid. GARCÍA MACHO, Ricardo: «Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del tribunal de justicia», en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, coordinación-Rafael Gómez-Ferrer Morant, Civitas, Madrid, 1989, p. 456. Vid. MOITINHO DE ALMEIDA, J.: «La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, p. 124, señala que «La autoridad pública que infunde a los particulares confianza en la estabilidad de sus decisiones, no puede, súbitamente, adoptar una medida que contraríe tal confianza, excepto cuando un interés público superior así lo exija».

<sup>513</sup> Vid. OSSENBÜHL, Fritz: «Die Quellen des Verwaltungsrechts», en *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. ed., W. de Gruyter, Berlin, New York, 1986, p. 127. Vid. LENZ, Karl-Heinz: *Das Vertrauensschutz-Prinzip: Zuglich eine notwendige Besinnung auf die Grundlagen unserer Rechtsordnung*, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, p. 21 y ss.

<sup>514</sup> Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 5.ed., Cizur Menor, Aranzadi, (Navarra), 2009, p. 71.

<sup>515</sup> Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Artículo 3. Principios generales. 1. Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía,



Por lo tanto, el presupuesto necesario para la aplicación de la confianza legítima es la frustración de una expectativa derivada de una situación de confianza creada por la conducta o el comportamiento de órganos de los poderes públicos<sup>517</sup>.

### ***2.9.3 La confianza legítima como fundamento de la responsabilidad patrimonial del legislador en los cambios normativos tributarios***

Lo que interesa para este trabajo es su aplicación en limitar el poder del legislador, más precisamente, en las modificaciones legislativas que funda la responsabilidad patrimonial del

---

descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima. En Alemania en el parágrafo 48 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (*Bundesverwaltungsverfahrensgesetz: BVwVfG*), señala, § 48 Revocación de un acto administrativo ilegal (1) Un acto administrativo ilegal podrá, incluso después de que sea firme, podrá ser retirada en su totalidad o en parte, con efectos para el futuro o el pasado. El acto administrativo por el cual puede ser un derecho o una ventaja de carácter jurídico o confirmado (beneficioso administrativos) revocó sólo bajo las restricciones de los párrafos 2 a 4. (2) Un acto administrativo ilegal, que concede una caja única o en curso o en especie divisible, o la base del mismo, no podrá regresar a menos que el beneficiario se ha basado en la existencia de un acto administrativo tiene, y digno de la protección de su confianza, ponderarse con el interés público en la revocación es. La confianza debe ser protegida como una regla, si el beneficiario ha recurrido a los beneficios concedidos o puestos a alguna disposición tiene, no puede deshacer o en desventaja desproporcionada. El fideicomiso es el beneficiario no puede ser invocada cuando: Primero, ha obtenido el acto administrativo mediante el engaño, la amenaza o el soborno; Segundo, el acto administrativo ha obtenido por las reivindicaciones que no son correctos o incompleta en un aspecto fundamental; Tercero, la ilegalidad del acto administrativo sabía o no se debe a negligencia grave.

<sup>516</sup> Vid. GARCIA LUENGO, Javier: *El Principio de Protección de la Confianza en Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 189. En cambio, Eduardo García de Enterría niega el rango constitucional del principio de confianza legítima al afirmar que: Ateniéndonos a nuestro ordenamiento constitucional, aunque se ha sostenido que en el principio de protección de la confianza debe verse una matización o concreción del principio de seguridad jurídica, en efecto proclamado específicamente por el art. 9.3 de la Constitución, resulta difícil pretender establecer una correlación absoluta entre ambos principios. La seguridad jurídica es un postulado con una muy amplia proyección, entre la cual puede entenderse sin dificultad que pueda incardinarse el principio de protección de la confianza<sup>6</sup>, pero en modo alguno cabría admitir que esa deducción invista necesariamente de rango constitucional a este último principio en la totalidad de sus aplicaciones. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La responsabilidad patrimonial...cit*, p. 35.

<sup>517</sup> Vid. SCHNEIDER. Jens-Peter: «Seguridad Jurídica y protección...cit.», p. 254. Con este argumento se justifica que sólo en supuestos como aquellos en los que la Administración hubiese promovido o alentado determinadas actividades, creando en los particulares una justificada expectativa de estabilidad del marco jurídico, podrá declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración con base en el principio de protección de la confianza legítima. Precisamente ésa fue la razón por la que la sentencia de 5 de marzo de 1993 (Arz. 1623) condenó a la Administración a indemnizar a determinado armador pesquero por la supresión, en virtud de la integración en la Comunidad Europea, de determinados cupos de importación de pescado: la propia Administración había fomentado con diversas medidas, entre ellas los cupos suprimidos, la creación de empresas mixtas con armadores extranjeros, motivando con ello la realización de cuantiosas inversiones por la reclamante que ésta no tuvo ocasión de amortizar. En estos supuestos son la creación de una expectativa y la no previsión de un régimen transitorio los hechos que originan la responsabilidad. Vid. La Sentencia TS de 17 de febrero de 1998; la Sentencia TS de 3 de abril de 2002; la Sentencia TS de 11 de junio de 2001.

Estado, en que se optimiza cuando el perjuicio que va a sufrir el interesado prima sobre el objetivo que persigue la norma o preceptos concretos de esa norma jurídica<sup>518</sup>.

Así siendo, la protección de confianza como parámetro de actuación en el proceso de decisión de los poderes públicos es imprescindible en el campo económico-tributario, ya que los contribuyentes necesitan planearse sobre las distintas operaciones e inversiones que irán realizar<sup>519</sup>.

El principio de confianza legítima protege algo más que la integridad de derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto. Se pretende evitar que los contribuyentes resulten irrazonablemente perjudicados por la inconsecuencia del legislador, y que quienes planearon prudentemente su actividad al amparo de los criterios de la ley vigente, hayan de soportar enteramente a su costa el tránsito a la nueva regulación cuando ésta, inevitablemente y sin haber sido prevenidos, les inflija pérdidas.

Nótese que frente al principio de no retroactividad de las normas restrictivas de los derechos individuales, lo de confianza legítima garantiza cierto grado de vinculación del

---

<sup>518</sup> Vid. BERBEROFF AYUDA, Dmitry; SOSPEDRA NAVAS, Francisco José: *Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad...cit.*, p. 315, señala que, «Más recientemente, también se ha incorporado como fundamento teórico el principio de confianza legítima como causa legitimadora de responsabilidad del legislador, erigiendo este principio como límite de la capacidad innovadora del legislador». Vid. GARCÍA MACHO, Ricardo: «Contenido y límites...cit., p. 458, estima que, «El principio general de la confianza legítima puede también limitar el poder del legislador, si el perjuicio que va a sufrir el interesado prima sobre el objetivo que persigue la norma o preceptos concretos de esa norma jurídica. El Tribunal Constitucional alemán por Sentencia de 4 de mayo de 1971 declara inconstitucional el artículo 215.2 de la Ley de funcionarios del Sarre de 1962 por infringir algunos preceptos de la Ley Fundamental. El artículo es recurrido por una viuda de un funcionario que había estado cobrando el 60 por 100 de la jubilación. A través de ese precepto de la Ley de 1962, sin embargo, por ser más de veinte años menor que el marido muerto, pasaba a cobrar sólo el 35 por 100 de la pensión. El Tribunal de Karlsruhe establece que el precepto en cuestión infringe la protección de la confianza legítima, si la interesada ha realizado gastos para mantener un nivel de vida, confiando en la durabilidad de su pensión que ahora no podrá restituir. El Tribunal considera que esta circunstancia se da en el caso en cuestión. Yendo incluso más allá el alto Tribunal considera que una reducción de la pensión tan extraordinaria afecta al derecho del libre desarrollo de la personalidad de la interesada (art. 2.1 Ley Fundamental) y es incompatible con el principio del Estado de Derecho y con los principios, también, de la buena fe e interdicción de la arbitrariedad».

<sup>519</sup> Vid. VILLAR EZCURRA, Marta: «La protección a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima frente a las reformas tributarias retroactivas. Consideraciones en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el gravamen complementario de las tasas de máquinas de azar», *Quincena Fiscal*, n. 6, 1997, p. 35 y ss, realiza un examen de la sentencia del TC de 31 de octubre de 1996, donde pone de manifiesto que «es de agradecer que exista un nuevo pronunciamiento del TC que recoja los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima como límites a las reformas tributarias que conculquen las expectativas de derechos de los afectados, y que aplique los mismos en el caso de reformas que se producen durante el ejercicio impositivo de tributos de carácter periódico». Vid. WALDHOF, Christian: «Vertrauensschutz im Steuerrechtsverhältnis», *Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft*, Köln, 2004, p. 129 y ss.

legislador a sus promesas, entendiendo por tales legítimas y razonables expectativas que él mismo creó y alentó. A más de proteger derechos en sentido estricto: derechos pendientes, futuros, o sujetos a condición que por razón del cambio normativo no podrían ya realizarse.

De esa manera, el Legislador, en coherencia al ejercicio del poder, no puede crear situaciones jurídicas o expectativas legítimas y, acto seguido, retíralas sin una previsibilidad de la medida. Esto causaría una inseguridad generalizada, incompatible con los principios del Estado de Derecho<sup>520</sup>. En estas situaciones abusivas, el legislador en ejercicio de su labor político ofende manifiestamente los límites dictados por la Constitución.

Tampoco se puede admitir ablaciones legislativas a los derechos adquiridos de los contribuyentes. En la hipótesis de incentivos o beneficios fiscales por plazo determinado. El Legislador no puede quitarlos sin una previa indemnización a los contribuyentes afectados. Por lo demás, no debe quedar duda de que si el Estado suprime o modifica beneficios concedidos, sobre la base de compromisos asumidos también por los contribuyentes, y antes de su expiración, no sólo afecta a los destinatarios del régimen, sino que genera, con alcance general, un menoscabo a la seguridad jurídica, desacreditando la confianza legítima que en él puedan tener depositada sus habitantes y ciudadanos<sup>521</sup>.

---

<sup>520</sup> Vid. ASOREY, Rubén O.: «Principio de seguridad jurídica en derecho tributario», en *Principios constitucionales tributarios*, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1993, p. 330, indica que, «el principio de seguridad jurídica implica para los ciudadanos la certeza necesaria para poder confiar en que la regulación vigente en el momento en el cual se tomaron las disposiciones no se verá modificada posteriormente, prescindiendo de que se afecten o no derechos individuales adquiridos o cumplidos bajo situaciones anteriores. Al legislador no le está permitido defraudar el principio de confianza vigente en el Estado de Derecho».

<sup>521</sup> SENTENCIA de 13-12-2001 RTC 2001/234-TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, acerca de los Impuestos Especiales. Hidrocarburos. FUNDAMENTO JURÍDICO SÉPTIMO: «Así pues, la premisa de la que debe partir el análisis de la posible contradicción entre la norma cuestionada y el principio constitucional de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 CE, es la de que nos hallamos ante un precepto que viene a imponer una obligación tributaria de ingreso de cuotas a quienes en su día fueron beneficiarios de una exención, completamente agotada en sus efectos, en relación con los productos que con el citado beneficio fiscal fueron adquiridos como materia prima para su proceso industrial de fabricación (...)». FUNDAMENTO JURÍDICO OCTAVO: «Pues bien, partiendo del hecho de que la exención objetiva que afectaba a la adquisición de productos gravados por el Impuesto sobre el petróleo ha sido suprimida con la entrada en vigor del nuevo Impuesto sobre hidrocarburos, lo cual, conforme a nuestra jurisprudencia, es perfectamente legítimo y entra dentro del ámbito de libertad del legislador, pues el llamado derecho a la exención o a la bonificación tributaria es simplemente un elemento de la relación jurídica obligacional que liga a la Administración y al contribuyente, ya que su existencia legal no configura un auténtico *Jurisprudencia* 387 derecho subjetivo a su mantenimiento (SSTC 6/1983, de 4 de febrero FJ 2; y 134/1986, de 29 de octubre, FJ 3), el único tema a considerar es si la revocación, por la Disposición transitoria cuarta de la nueva ley, de la exención que benefició a determinadas operaciones de adquisición de productos gravados, pero exentos, realizadas bajo la vigencia del anterior texto legal, es o no contraria al principio de seguridad jurídica, por mostrarse como irrazonable e imprevisible, con quiebra de la confianza legítima de los obligados tributarios en la que, razonablemente, esperaban debía ser la actuación de los poderes públicos, o, por el contrario, se encuentra basada en razones que permiten justificar el sacrificio de aquel principio frente a un interés público prevalente. Así las cosas, es lo cierto que la disposición

---

transitoria cuestionada sujeta a imposición, en el ámbito del Impuesto especial sobre hidrocarburos, situaciones que, no sólo al amparo de la anterior normativa estaban declaradas exentas, sino también jurídicamente agotadas (adquisición de productos gravados), por lo que es evidente que nos encontramos en presencia de un supuesto de retroactividad auténtica que, según veremos, no se fundamenta en exigencia alguna de interés general que justifique la subordinación del principio de seguridad jurídica frente a otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 13.b), como sería, por ejemplo, la existencia de una situación económica excepcional o cualquiera otra justificación razonable. En efecto, el sometimiento a tributación, conforme a la nueva normativa, de los poseedores de existencias adquiridas sin impuesto bajo la vigencia de la anterior norma supone establecer, sorpresiva e injustificadamente, un gravamen de superior cuantía al que hubieran debido soportar de no haber existido la exención a cuyo amparo efectuaron la adquisición de productos empleados en la fabricación, y además, de forma retroactiva, por afectar única y exclusivamente a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo texto legal, y cuyos efectos jurídicos se encontraban agotados. A tal fin el legislador, no sólo suprime la exención a partir de la entrada en vigor del texto legal, lo cual no es discutible, sino que revoca la exención que benefició a las operaciones de adquisición de los productos gravados, revocando también, a tales efectos, el título jurídico que amparó aquellas adquisiciones, con quiebra de la confianza legítima que todo obligado tributario debe tener en la actuación de los poderes públicos». FUNDAMENTO JURÍDICO NOVENO: «Ciertamente, aunque la retroactividad de las normas tributarias no está de forma total proscrita, sí puede tacharse de lesiva desde el punto de vista constitucional, cuando su articulación por el legislador vulnera alguno de los principios del art. 9.3 CE, tanto más cuanto que el principio de seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; y 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11). Es decir, la seguridad jurídica ha de ser entendida como la certeza sobre el Ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4). En suma, sólo si en el Ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15; y 104/2000, de 13 de abril, FJ 7)». FUNDAMENTO JURÍDICO DÉCIMO: «Determinar, pues, cuándo una norma tributaria vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma y, de otro, las circunstancias que concurran en cada supuesto (SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 4; 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3; y 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11) (...)». FUNDAMENTO JURÍDICO UNDÉCIMO: «Pues bien, al proyectar estos criterios jurisprudenciales al caso se comprueba que la disposición transitoria cuya duda de constitucionalidad se nos plantea impone una imprevisible y más onerosa obligación tributaria, con base en un supuesto de hecho —operaciones de adquisición de productos utilizados como materia prima por fabricantes, ya declarados exentos— realizado en su integridad, y plenamente agotado en sus efectos jurídicos beneficiosos o exoneratorios al amparo de la regulación jurídico-tributaria anterior (Ley 39/1979). Por ello, no podemos sino concluir que tal grado de retroactividad, al que conviene la calificación de plena o auténtica, determina la vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de nuestra Constitución, que opera como límite de una tal retroactividad de las normas fiscales, dado que, por otra parte, no encuentra justificación constitucional, como después veremos, en la ponderación de otros bienes o valores constitucionales de prevalente consideración para el interés general. Ha de tenerse en cuenta al respecto que la obligación tributaria que la disposición cuestionada impone a los fabricantes-transformadores a que venimos aludiendo aparece revestida de la característica de su imprevisibilidad, pues, en efecto, la adquisición de productos petrolíferos, como materia prima para su proceso industrial bajo un régimen jurídico de exención, ya reconocido y aplicado por completo durante la vigencia de la anterior normativa, determina que las existencias de tales productos en sus almacenes o depósitos, bien como materia prima aún sin incorporar al producto final, bien ya incorporados a éste, traía causa, fiscalmente hablando, de operaciones jurídicas declaradas exentas en una relación jurídico-tributaria cerrada por completo antes de la vigencia de la nueva ley (el 1 de enero de 1986), de tal manera que los titulares de aquellos productos así adquiridos y almacenados (existencias) no podían razonablemente esperar que la nueva regulación fiscal, no solamente derogase para el futuro la exención en que habían venido amparando el suministro sin pago del impuesto especial, sino que también dejase sin efecto las exenciones ya otorgadas y reconocidas, y que, como componente o elemento de los precios habrían aquéllos tenido en cuenta para la comercialización de sus

Y es que, ciertamente la idea de la garantía de las posiciones jurídicas individuales frente al poder conformador del Derecho está en la base de la configuración de esta nueva manifestación del principio de seguridad jurídica que precisamente encuentra su punto de equilibrio en el grado en que la necesaria y evolutiva conformación de la sociedad por el Derecho de acuerdo con la realidad social y económica existente sea compatible, en cada caso concreto, con la seguridad y la confianza jurídica. Estamos, pues, como puede verse de nuevo, frente a una manifestación de la seguridad jurídica, también basada en la idea de la garantía de la confianza, y que precisa, por ello, asimismo, de una delimitación con el principio de confianza legítima y de buena fe.

Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones con capacidad normativa, ni les reconoce un derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja. Lo que dicho principio intenta proteger son las alteraciones normativas sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras compensatorias de las circunstancias económicas habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento<sup>522</sup>. Dejamos a salvo, de todos modos, situaciones particulares en las que la autorización y acogimiento a beneficios singulares no hubieran respetado las exigencias constitucionales de razonabilidad y temporalidad, incumplidos los recaudos legales específicos, o su concesión denunciara la existencia de irregularidades o vicios graves en su tramitación u otorgamiento.

---

productos en el mercado, en una razonable previsión de su actividad empresarial. Esta nota o característica de imprevisibilidad se acentúa si tenemos en cuenta que los fabricantes afectados por la disposición transitoria cuestionada no dispusieron de un período temporal razonable para impedir la aplicación del precepto fiscal, dado que la Ley 45/1985 fue publicada en el «Boletín Oficial del Estado» del día 24 de diciembre de dicho año y entró en vigor el día 1 de enero de 1986.(...) En consecuencia de todo lo expuesto, ha de concluirse que resulta menoscabado el principio de confianza legítima de los ciudadanos en cuanto contribuyentes, es decir, la razonable y fundada expectativa de éstos en el Ordenamiento jurídico aplicable. Ha de recordarse al respecto que «el principio de seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que, de no darse esta circunstancia, la retroactividad posible de las normas tributarias podría incidir negativamente en el citado principio que garantiza el art. 9.3 CE» (STC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 5.b)».

<sup>522</sup> Vid. La Sentencia de 13 de febrero de 1997.

La responsabilidad del legislador también persiste cuando una medida, sin plazo fijo, hace con que los contribuyentes se fíen en la estabilidad y durabilidad de ella, siempre que esta confianza se considere digna de protección.

Esto no significa que el Legislador estará congelado o petrificado en la creación y modificación del Derecho, sólo que hay situaciones jurídicas promovidas por el propio Legislador que tiene como objetivo incentivar al contribuyente a planear sus acciones y, que no pueden ser cambiadas o retiradas de modo arbitrario, sin una justa recompensación.

Se considera la confianza digna de protección cuando el contribuyente ha hecho gastos o inversiones que no puedan ya ser restituidos, o bien, sólo puedan con graves perjuicios para su patrimonio.

Desde luego, la dificultad de aplicación del mismo vendrá dada precisamente en la relevancia que de ciertas expectativas que mantienen los ciudadanos respecto de la actuación de los poderes públicos, y si éstas, en su caso, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto que se considera son dignas de protección, han de recibir amparo por el Derecho por ser consideradas legítimas sopesando los distintos intereses públicos afectados y los supuestos en que intentan hacerse prevalecer a éstos<sup>523</sup>. Sin embargo, se debe analizar a partir del principio de seguridad jurídica que se concibe, en este caso, como un *saber a qué atenerse*, o en otras palabras, se concibe en la confianza en que el Estado cumpla sus compromisos, dando fijeza y estabilidad a sus normas.

La confianza legítima, también, está presente en el carácter general de las leyes, es decir, los ciudadanos deben confiar que las leyes sean constitucionales<sup>524</sup>. En medida que eso no ocurre, hay la violación del dicho principio. La responsabilidad del Estado legislador basada en dicho principio no exige de que los ciudadanos impugnen los actos dictados en

---

<sup>523</sup> Vid. CASTILLO BLANCO, Federico A.: *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público...cit.*, p. 222.

<sup>524</sup> Esta es una de las perspectivas que legitima la actuación del Legislador. Vid. BIFULCO, Raffaele: *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, CEDAM, Padova, 1999, p. 104, señala que, «La decisión del *Corte di cassazione*, secc. a., 22 de julio de 1999, n. 500, que, con mucha coraje, cambió la jurisprudencia consolidada anterior, los intereses legítimos deben ser compensados cuando una ley inconstitucional causar daño, las situaciones de interés legítimo están directamente garantizadas por las disposiciones constitucionales, el individuo puede reclamar daños y perjuicios que sufrieren sus intereses legítimos».

aplicación de la ley inconstitucional o demanden como presupuesto previo su revisión de oficio, ya que el principio de confianza legítima indica un valor constitucional en estado de potencia a ser seguido y que es concretizado en los supuestos jurídicos donde la confianza constituye parte elemental, con es la norma jurídica.

En este sentido, el Tribunal Supremo no comparte el argumento esgrimido por la Administración General del Estado. Para el Alto Tribunal, la norma con rango de ley habilitó la exigibilidad del gravamen complementario y, como toda ley, estaba dotada de la presunción de constitucionalidad. Por consiguiente, era lógico y coherente que los obligados tributarios procedieran al abono del tributo en la confianza legítima de que era correcta. Asimismo, el Tribunal Supremo estima que la procedencia o improcedencia de la reclamación de responsabilidad patrimonial no puede estar condicionada a la previa impugnación administrativa o judicial de las autoliquidaciones tributarias, pues este planteamiento comporta, por reducción al absurdo, imponer a los ciudadanos la carga de impugnar cualquier actividad administrativa amparada en una ley que éstos reputen inconstitucional<sup>525</sup>.

Sin embargo, la protección de la confianza legítima presenta límites en su aplicación. Tratándose de situaciones excepcionales, con intuito de garantizar el interés público, se admite una flexibilidad de tal principio, pero el interés público deberá ser claramente

---

<sup>525</sup> De modo concreto, la *sentencia del TS del 13/6/2000* explica este punto, que se resume: «Octavo.— Podría sostenerse que las partes recurrentes están obligadas a soportar el perjuicio padecido por no haber en su momento recurrido las autoliquidaciones en vía administrativa. De prosperar esta tesis, el daño causado no sería antijurídico, pues, como expresa hoy el art. 141.1, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. Esta sala, sin embargo, estima que no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear 'de oficio o a instancia de parte' al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la ley relevante para el fallo (art. 35, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable».

determinado para que no sea siempre utilizado a punto de vaciar el contenido de la confianza legítima.

*El simple quebrantamiento del principio de protección de confianza legítima, por sí sólo, no genera la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, es necesario que sea una violación de un derecho o perspectiva objetiva fiable. Además, que cause daños concretos al contribuyente que no tendría el deber de soportarlos.* Una ley que impone de aumento tributación para una cierto sector económico no lesiona la confianza legítima de los destinatarios de la norma; estamos delante de un planeamiento fiscal del Estado, algo completamente legítimo; en cambio, si tal sector económico recibió incentivos financiero para desarrollar sus actividades en una determinado sitio de España y, luego, les fueron retirados, es evidente que la perspectiva objetiva creado por el Legislador fue violada, restando al contribuyente la recomposición de su patrimonio por medio de la responsabilidad del Estado Legislador. A través un análisis con parámetros objetivos, pero dentro de cada caso concreto.

En definitiva, en una época marcada por la presión en el sentido de la formalización de la interacción humana, bien como por la tendencia para la impersonalidad que en ella imprime la necesidad de conquistar una mayor y activa autonomía de los sujetos, la protección de la confianza termina por manifestar las exigencias de disminución de los riesgos de acción que la progresiva interdependencia de los sujetos conlleva. Importa combatir las consecuencias nefastas del exacerbar de la autodeterminación personal, compensándola con un principio de responsabilidad sensible y flexible, capaz de reagrir al afinamiento de los imperativos de la Justicia – libertad y responsabilidad – que es un perenne camino del Derecho<sup>526</sup>.

## *2.10 La teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador ante el Derecho comunitario europeo*

### **2.10.1 Introducción**

Los sucesivos avances que se han producido en el proceso de construcción europea han traído como consecuencia la aparición de una organización internacional que tiene atribuidas importantes competencias y que ejerce una influencia decisiva sobre los ciudadanos europeos.

---

<sup>526</sup> Vid. CARNEIRO DA FRADA, Manuel A.: *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 896-897.



De una modesta organización comunitaria que se componía de tres Comunidades Europeas, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero<sup>527</sup>, la Comunidad Económica Europea<sup>528</sup> y la Comunidad Europea de la Energía Atómica<sup>529</sup> - en lo sucesivo CECA, CEE y CEEA - se ha pasado a una poderosa estructura supranacional, la Unión Europea(UE)<sup>530</sup>.

El instrumento más importante que se ha utilizado en la construcción comunitaria ha sido precisamente el Derecho. El Derecho comunitario se ha convertido en una fuente normativa de primer orden en todos los ordenamientos de los Estados miembros, haciendo de la Unión Europea una auténtica Comunidad de Derecho.

Siguiendo la opinión del TJCE, el Tratado CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales y que, al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho comunitario genera también derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico, derechos que se crean no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias. Así pues, la pertenencia de un Estado a las Comunidades Europeas provoca la coexistencia de los ordenamientos jurídicos internos y el comunitario, situación que genera una frecuente relación entre la norma comunitaria y la

---

<sup>527</sup> El tratado instaurando la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) fue firmado en París el 18 de abril de 1951 por Francia, Alemania, Italia y los tres países del Benelux, Bélgica, Holanda y Luxemburgo. La CECA tenía una duración de vida de medio siglo, y expiró el 23 de julio de 2002. Sin embargo sus instituciones, reglas y proyectos sobreviven y constituyen el núcleo duro y el espíritu de la Unión Europea.

<sup>528</sup> La Comunidad Económica Europea (CEE) fue una organización internacional creada por los Tratados de Roma del 1957 (en vigor desde el 1958), con la finalidad de crear un mercado común europeo. Los Estados signatarios fueron Francia, Italia, Alemania (por ese entonces, sólo la República Federal Alemana, no la República Democrática Alemana) y los tres países del Benelux (Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo).

<sup>529</sup> La Comunidad Europea de la Energía Atómica o (EURATOM o CEEA) se crea en Roma con la firma del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, el 25 de marzo de 1957, se firma junto con el tratado que daba origen a la Comunidad Económica Europea (CEE). Se establece como objetivo el desarrollo de una industria propia nuclear europea mediante la creación de un mercado común de equipos y materiales nucleares, así como el establecimiento de unas normas básicas en materia de seguridad y protección de la población. El tratado, que fue firmado por los seis países fundadores de la CECA y la CEE (Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos), entró en vigor el 1 de enero de 1958.

<sup>530</sup> La Unión Europea (UE) es una comunidad política de Derecho nacida para propiciar y acoger la integración y gobernanza en común de los pueblos y de los Estados de Europa. Está compuesta por veintisiete Estados europeos, y su Unión fue establecida con la entrada en vigor el Tratado de la Unión Europea (TUE), el 1 de noviembre de 1993.

nacional condicionada por una serie de reglas tales como la autonomía, la eficacia o aplicación directa y la primacía del Derecho comunitario. Este último principio, sustentado en extremos tales como la naturaleza y características específicas de las CE, el carácter obligatorio de las normas comunitarias de Derecho derivado, o el compromiso de cooperación leal en el cumplimiento de los tratados y del Derecho derivado, ha llevado a afirmar al TJCE que la primacía es "la regla fundamental para la existencia de la Comunidad"<sup>531</sup>.

De esa manera, es imprescindible la existencia de medios jurídicos para garantizar el cumplimiento y el respeto de las normas comunitarias. Así, los Tratados constitutivos de las diferentes Comunidades Europeas han reconocido de una manera expresa la responsabilidad de los órganos comunitarios por los daños y perjuicios que se puedan causar a los particulares derivados de sus actuaciones antijurídicas.

Con la figura de la responsabilidad patrimonial se cierra jurídicamente el sistema normativo comunitario. Es necesario destacar como el Tribunal de Justicia (como veremos más adelante) de las Comunidades Europeas ha extendido la responsabilidad patrimonial a la reparación de los perjuicios que sufran los particulares como consecuencia de una actuación u omisión de las autoridades nacionales contrarias al Derecho comunitario. Por imperativo de este Derecho, los Estados miembros están obligados a responder ante los ciudadanos europeos por los daños y perjuicios que éstos sufran como consecuencia de violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables, incluso aunque hayan sido causadas por los Legisladores nacionales.

La reciente elaboración y progresiva concreción en el seno del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de un sistema que permite asegurar la reparación monetaria a cargo de los Estados miembros por los daños causados a los ciudadanos derivados del incumplimiento del Derecho comunitario europeo, al lado de la prevista para otorgar eficacia al principio de confianza legítima, puede llegar a significar una trascendente evolución para la teoría de la responsabilidad patrimonial del Legislador en los respectivos órdenes internos.

La importancia de un régimen de responsabilidad patrimonial comunitario, darse, en razón, de la recepción e implantación en los Ordenamientos nacionales de las exigencias del

---

<sup>531</sup> Vid. MANGAS MARTÍN Y LIÑAN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 423-424.

Derecho de la Unión Europea, y la consiguiente pérdida de la autonomía estatal en beneficio de la supremacía de éste. Además, es una cuestión que puede resultar en daños patrimoniales a los “conciudadanos” de esta comunidad política, económica y social<sup>532</sup>.

El recientemente adoptado principio va a desplegar toda su eficacia en dos frentes, ambos de enorme significación para el desarrollo del tema que nos ocupa: en primer término, se predicará frente a cualquier clase de violación del Derecho comunitario, ya se traduzca la misma en la incorrecta transposición de aquél, ya en la pura omisión del deber de traslación. Y, segundo, vendrá exigido frente a cualquier instancia u órgano interno que haya no ejecutado o desconocido la normativa supranacional, resultando irrelevante que el responsable de dicha actitud sea la Administración pública, el Poder Judicial o, incluso, el propio Legislador<sup>533</sup>.

Debe tenerse en cuenta que cuando los Estados miembros, instituciones y órganos comunitarios actúan de forma lícita, así como cuando lo hacen de manera ilícita, pueden causar daños y perjuicios a los ciudadanos que deben ser objeto de reparación como consecuencia de la genérica responsabilidad extracontractual que consagra el art. 340, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): «En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros».

---

<sup>532</sup> Vid. ALONSO GARCÍA, María Consuelo: *La responsabilidad patrimonial...cit.*, pp. 137-138, indica que, «Ya en otras ocasiones, y en relación a temas diversos, se ha impuesto a los Estados miembros la exigencia de esta adaptación, con independencia de que la misma pudiera ocasionar la transformación o el desconocimiento de reglas internas ya consolidadas u obligar a la elaboración de nuevos instrumentos jurídicos aptos para la integración. Así ha sucedido, por citar sólo dos ejemplos, con la imposición al Juez nacional de no aplicar la norma interna posterior contraria al Derecho comunitario, incluso ante una jurisprudencia propia opuesta a esta medida, o la suspensión de la aplicación de las leyes nacionales supuestamente contrarias al mismo y en tanto se sustancia el proceso para declarar su conformidad o no a aquél».

<sup>533</sup> A este respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas de 5 de marzo de 1996 — Brasserie du Pêcheur y Factortame— dispone, en su apartado 32, que esta regla es válida para cualquier supuesto de infracción del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cuál sea el órgano a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento. La posibilidad de responsabilizar a cualquier instancia nacional del incumplimiento del Derecho comunitario europeo se deriva de la interpretación analógica de las reglas del Derecho internacional. La consideración que éste efectúa de los Estados lo es en atención a su unidad, haciendo abstracción de la averiguación de la instancia concreta responsable de la infracción. Es razonable que idéntico argumento se mantenga en el Derecho comunitario europeo, en el que todas las instancias estatales, incluido el Parlamento, están obligadas a respetar las normas de aquél. A mayor abundamiento, se proporciona una nueva razón para mantener esta postura y es la obligación que tiene el Legislador nacional de no poner en entredicho la protección de los derechos de los particulares que invocan el Derecho comunitario, en este caso el de obtener una reparación, ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

De esa manera, la Comunidad europea (sus miembros) deben reparar los daños que causen sus instituciones y sus agentes en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas. El régimen comunitario de responsabilidad extracontractual es, en suma, una elaboración jurisprudencial. En sus casi cuarenta años de funcionamiento, el Tribunal de Justicia ha perfeccionado un verdadero sistema que, pese a seguir en perfeccionamiento continuo, parece ya revelar una serie de principios básicos que vamos a estudiar a continuación<sup>534</sup>.

## ***2.10.2 Los fundamentos y presupuestos del régimen general de la responsabilidad comunitaria***

### ***2.10.2.1 Fundamento y caracteres sistema de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por violación del Derecho comunitario europeo***

La imposición a los Estados miembros de un deber de atender pecuniariamente los daños producidos por el descumplimiento de las normas comunitarias encuentra su fundamentación originaria en una regla del Derecho internacional por la que se obliga a los Estados al cumplimiento de los compromisos válidamente contraídos en dicho marco, resultando, en caso contrario, la necesidad de responder.

El punto de partida de la institución se sitúa en la conducta de la que el daño trae su causa, centrada en una previa violación de una exigencia jurídica<sup>535</sup>. Además, los principios generales de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica constituyen normas jurídicas que confieren derechos a los particulares y cuya infracción puede generar la responsabilidad extracontractual del Estado miembro.

---

<sup>534</sup> Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago: «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el derecho comunitario europeo», en *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial* / dirigido por Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Diego J. Liñán Noguera, Civitas, Madrid, 1993, p. 133-134.

<sup>535</sup> Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago: *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas: y otros estudios sobre responsabilidad*, 2. ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 359, estima que, «el Derecho comunitario de la responsabilidad extracontractual debe inspirarse en los principios generales comunes de los Derechos de los Estados miembros. La realidad es que se está produciendo un efecto inverso: el Derecho comunitario de la responsabilidad, tal y como está siendo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, está influyendo de manera obligada y precisa en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros». Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen: *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 46, apunta que, «por tanto, que el principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario constituye uno de los principios generales del Derecho que refuerzan la eficacia del Derecho de la Comunidad».

También, se utiliza la aplicación del principio de *responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas*. Se trata de una construcción jurisprudencial francesa que conlleva el reconocimiento de responsabilidad sin falta o sin ilegalidad cuando los poderes públicos hacen soportar, en nombre del interés general, ciertas cargas especiales y anormales a ciertos miembros de la Comunidad que adquieren, por este hecho, un derecho a ser compensados. En esta idea se fundó, por ejemplo, el Consejo de Estado para conceder una indemnización a la sociedad *Alivar*, en compensación del perjuicio causado por la denegación, por razones de interés general relacionadas con la situación del mercado, del visado de declaraciones de exportación (CE 23.3.84)<sup>536</sup>.

La reivindicación de un principio de esta naturaleza se hacía evidente en el Derecho comunitario europeo, dado que el contenido de la mayor parte de sus normas iba dirigido, en una importante medida, a regular las situaciones jurídicas y patrimoniales de los particulares que resultan dignas de tutela frente al poder público.

La ausencia en el marco de la Unión Europea de una referencia expresa a la obligación que pesa sobre las autoridades nacionales de proceder a la compensación de los perjuicios irrogados por el descumplimiento del Derecho comunitario europeo podría poner en duda la imperatividad de las normas comunitarias, bien como la autoridad de las decisiones tomadas por los tribunales comunitarios.

Sin embargo, el sistema de responsabilidad civil desarrollado en el ámbito supranacional europeo tiene como primera característica un sistema de responsabilidad de naturaleza pretoriana<sup>537</sup>. Esta nota ha llevado a advertir, en ciertos casos, contradicción en orden a la fundamentación y precisión de los requisitos necesarios para la apreciación de aquélla. Los contornos precisos de la figura distan aún mucho de estar definitivamente

---

<sup>536</sup> En la jurisprudencia comunitaria, la posibilidad queda apuntada desde la Sentencia *Compagnie d'approvisionnement*, de 13 de junio de 1972: el Tribunal analiza la pretensión de las demandantes de que se declare la responsabilidad en ausencia de ilegalidad por haber sufrido un «perjuicio anormal y especial» al haber sido desfavorecidas en relación con los importadores y exportadores de otros Estados miembros, y concluye que la responsabilidad sin ilegalidad no es aplicable, no en general, sino sólo en este caso concreto dado que las medidas adoptadas por la Comisión tenían por objeto atenuar, en el interés económico general, las consecuencias resultantes, sobre todo para el conjunto de los importadores franceses, de la decisión nacional de proceder a una devaluación de la moneda.

<sup>537</sup> Vid. ALONSO GARCÍA, Ricardo: *La responsabilidad de los estados miembros por infracción del derecho comunitario*, Civitas, Madrid, 1997, p. 15.

perfilados, pero contamos a día de hoy con un significativo haz de pronunciamientos jurisprudenciales que han tenido el mérito de atender esta exigencia, y que, convenientemente interpretados, darán lugar a la definición de los concretos caracteres de la institución.

Además, la efectucción de la responsabilidad comunitaria estar conectada a la remisión a los diferentes sistemas nacionales en la determinación de los presupuestos requeridos para su regulación y el procedimiento apto para dar cauce a dichas solicitudes. El régimen de responsabilidad se hace depender del previsto en el seno de cada uno de los Estados miembros, que son quienes resultan competentes para designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario<sup>538</sup>.

No obstante, consciente el Tribunal de Justicia comunitario de las dificultades de obtención de una reparación frente a los daños, así como del riesgo de discriminación que esta remisión a las instituciones nacionales puede conllevar para los diferentes ciudadanos de la Unión, el mismo se ha encargado de fijar claramente los criterios de obligatoria observancia para todos los Estados en este tema.

En primer lugar, hay que señalar que las condiciones establecidas en las legislaciones de los Estados miembros en materia de indemnización de los perjuicios causados por contravención del Derecho comunitario europeo no pueden ser menos favorables que las que se refieran a reclamaciones de semejante naturaleza previstas en el ámbito interno. Aquél constituye únicamente el *mínimo denominador*, los principios básicos de la institución sobre los cuales se ha de avanzar o, en su caso, construir la figura jurídica<sup>539</sup>.

---

<sup>538</sup> Vid. ALONSO GARCÍA, María Consuelo: *La responsabilidad patrimonial...cit.*, p. 141.

<sup>539</sup> Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago: *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas...cit.*, p. 202, señala que al respecto que el Tribunal de Justicia «cuando ha invocado el procedimiento propio de los Estados miembros, no ha debido querer también dejar en libertad a los Estados para asegurar o no a los ciudadanos los derechos que las normas comunitarias les reconocen. Así ocurriría si la compensación indemnizatoria derivada de daños por incumplimiento no se produjera por falta de vías internas útiles o por su simple inexistencia. Los principios del Derecho comunitario, en este sentido, deben servir no sólo para la interpretación expansiva de algunas instituciones existentes en el derecho de los Estados miembros, sino también para obligar a su creación en el caso de que dichas instituciones no existan. En consecuencia, un Estado miembro no podría oponerse a una acción de responsabilidad contra el Estado basada en violación del Derecho comunitario, apoyándose en que en su ordenamiento jurídico rige el principio de irresponsabilidad del Estado». Vid. COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Incumplimiento del derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 47-48, se ha referido a este sistema calificándolo de mínimo necesario,

Pero además de estas previsiones, la Corte de Justicia ha ido y continúa perfilando los rasgos que ha de ofrecer el sistema frente a las posibles restricciones que, derivadas de las diferencias existentes entre los Derechos nacionales o de la ausencia de voluntad de poner en práctica el mismo, pudieran arrumbar definitivamente la instauración y desarrollo de este instituto. Esta situación comporta una doble ventaja: por un lado, la claridad con que terminará caracterizándose el mismo, una vez definidas sus reglas propias; por otro, la igualdad de su imposición a los poderes públicos nacionales y de su utilización por los particulares perjudicados.

No obstante, ello no impide que deba reclamarse de los órganos comunitarios la elaboración de una regulación uniforme de la responsabilidad de los Estados miembros, con el que se dote de estabilidad y firmeza a este régimen y quede asegurada su definitiva implantación.

El conjunto de la jurisprudencia comunitaria sigue siendo, no obstante, muy restrictivo en materia de responsabilidad extracontractual. La explicación es simple: la mayoría de los casos en que se pretende una indemnización a cargo de la Comunidad es por alguna lesión producida por un acto normativo en materia de política económica; y este tipo de actos goza, no sólo en derecho comunitario, de un régimen de responsabilidad muy restrictivo.

En suma, esa obligación de reparar el daño causado que incumbe a los Estados miembros por el incumplimiento del Derecho Comunitario genera correlativamente en los ciudadanos un *derecho a obtener una indemnización* que se basa directamente en el mismo y que es la consecuencia y el complemento de los derechos conferidos a los justiciables por las disposiciones comunitarias<sup>540</sup>.

### ***2.10.3 Los presupuestos de la responsabilidad comunitaria***

El Tribunal de Justicia repite con insistencia, en los asuntos de responsabilidad extracontractual, que, para que ésta exista, es necesaria «la reunión de una serie de condiciones en lo que concierne a la ilegalidad del comportamiento reprochado a las

---

consecuencia de lo cual, «en el caso de que el ordenamiento nacional propio no prevea tal cauce reparatorio habrá de arbitrarse uno y su inexistencia no puede ser excusa para el fracaso de una tal pretensión».

<sup>540</sup> Vid. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio: *La responsabilidad patrimonial...cit.*, p. 95.

instituciones comunitarias, la realidad del *daño* y la existencia de un *nexo causal* entre el comportamiento y el perjuicio invocado». Repiten esas mismas palabras, entre otras, las sentencias *Lütticke*, de 28 de abril de 1971, *Anonymos Etaireia Epicheiriseon Metalleftikon Viomichanikon Kai Naftiliakon* y otros contra Consejo y Comisión, de 28 de noviembre de 1989, *Sonito*, de 17 de mayo de 1990, o *Funoc*, de 11 de octubre de 1990<sup>541</sup>. Se añade aun la imputación, como requisito esencial para identificar los responsables de los daños.

### 2.10.3.1 El daño

En cuanto al requisito *daño*, se exige que sea cierto no admitiéndose los daños futuros o hipotéticos, aunque si una lesión que, en el momento de presentar el recurso, es previsible e inminente<sup>542</sup>.

El Tribunal observó, sin embargo, que se puede constatar la responsabilidad de la Comunidad por daños inminentes y previsibles con una certidumbre suficiente, incluso si el perjuicio no puede aún ser cifrado con precisión. Justificó, en consecuencia, que las recurrentes hubieran interpuesto su demanda a partir de la publicación de los reglamentos encausados, y sin esperar a que fueran ejecutados, pudiendo reservarse para más adelante la determinación de la cuantía de la eventual reparación.

También se exige que el daño sea *individualizado o individualizable* respecto de una persona o grupo. Es decir, una demanda de responsabilidad no será estimada si lo que se exige es la reparación de un perjuicio que afecta por igual a la generalidad de los operadores económicos de la Comunidad.

### 2.10.3.2 La lesión antijurídica

Debe tratarse, en fin, de una *lesión antijurídica*, esto es, que el perjudicado no tenga el deber de soportarla. El Tribunal niega la antijuridicidad del daño cuando es *previsible para un*

---

<sup>541</sup> Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago: «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el derecho comunitario europeo»...*cit.*, p. 135.

<sup>542</sup> Así lo expuso el Tribunal en la Sentencia *Kampffmeyer*, de 2 de junio de 1976: el recurso tenía como objeto la reparación de los perjuicios causados por la regulación comunitaria de los precios y las ayudas en materia de trigo duro para la campaña 74-75. El Consejo alegó que la acción era inadmisibile por haber sido interpuesta antes de iniciarse dicha campaña, de manera que sólo podía hacer referencia a daños eventuales.



*operador económico prudente*<sup>543</sup>. Del mismo modo, son previsibles para un operador económico prudente, y por tanto no pueden dar lugar a responsabilidad, ciertas alteraciones de la reglamentación aplicable a su actividad<sup>544</sup>.

En un sistema objetivo de responsabilidad —por lo tanto, desprovisto de la necesidad de probar (o presumir) algún tipo de culpa o negligencia— la *antijuridicidad* de la acción puede entenderse como ilegalidad (*lato sensu*) o de una manera más amplia y desde una perspectiva diferente, como equivalente a ausencia del deber jurídico de soportar dicha acción o sus efectos negativos. La interpretación del Tribunal de Justicia opta por la primera de ambas, puesto que, en todo momento, hace girar la responsabilidad sobre el *incumplimiento* del Derecho comunitario<sup>545</sup>.

La violación estará suficientemente caracterizada cuando un Estado miembro, en el ejercicio de su facultad normativa, ha vulnerado, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades de apreciación<sup>546</sup>.

Para comprobar si existe una violación de este punto deben analizarse todos los elementos que caractericen la situación y, en particular, el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada; la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias; el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado; el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho; la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria

---

<sup>543</sup> Tiene este carácter, por ejemplo, la lesión soportada por una empresa que acude a una licitación y no le es otorgado el contrato (en este sentido, asunto Développement et Clemessy, Sentencia de 24 de junio de 1986: el Tribunal declaró que el perjuicio alegado no es más que el resultado del riesgo normal a que se expone cualquier participante a una licitación pública).

<sup>544</sup> Así lo dijo el Tribunal en la Sentencia Merkur, de 8 de junio de 1977, donde se planteaba la reparabilidad del perjuicio sufrido por una empresa como consecuencia de cierta modificación normativa: la Comisión había suprimido los montantes compensatorios a la exportación para determinados productos, sin medidas transitorias para los contratos en curso. El Tribunal estimó que esa supresión sólo podría dar lugar a responsabilidad si no era «previsible para un operador económico prudente». Y, en aquella ocasión, declaró que sí era previsible porque el reglamento por el que se suprimían los montantes no entró en vigor sino pasados quince días desde su adopción; pero, sobre todo, porque, teniendo en cuenta la finalidad de esos montantes, una modificación de los mismos en ningún caso puede ser calificada como imprevisible para un operador económico prudente.

<sup>545</sup> Vid. COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Incumplimiento del derecho...cit.*, p. 110.

<sup>546</sup> Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago: *La responsabilidad civil...cit.*, p. 368.

hayan podido contribuir a la omisión; la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario<sup>547</sup>.

Existen dos supuestos en los que la violación se considera suficientemente caracterizada: de un lado, cuando en el momento en que un Estado miembro comete la infracción sólo disponía de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada. Y, de otro lado también la violación se considera suficientemente caracterizada cuando la infracción ha perdurado a pesar de que el TJCE haya dictado una Sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, haya resuelto una sentencia prejudicial o tenga una jurisprudencia reiterada en la materia de la que resulte el carácter infractor del comportamiento controvertido<sup>548</sup>.

A efectos de fijación del concepto de lesión resarcible hay que señalar la referencia expresa a los derechos reconocidos en la normativa comunitaria que se hayan visto frustrados<sup>549</sup>. Sobre este particular debe tenerse en cuenta que existen disposiciones

---

<sup>547</sup> Sentencia *Brasserie du Pêcheur*, de 5 de octubre de 1996.

<sup>548</sup> Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago: *La responsabilidad civil...cit.*, p. 370.

<sup>549</sup> Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago: *La responsabilidad civil...cit.*, p. 371 y ss, apunta que, «Una de las innovaciones más importantes de esta jurisprudencia reciente es que se aplican los mismos principios vistos hasta ahora, no ya sólo a los supuestos de falta de adecuación del ordenamiento interno a una Directiva comunitaria, sino también a los casos en que un Estado ha incumplido una disposición europea que disfruta de aplicabilidad directa. La Sentencia *Hedley Lomas* de 23 de mayo de 1996 (C-5/94), antes citada, declara, en efecto, la responsabilidad del Reino Unido por incumplir el artículo 34 del Tratado CE. El asunto lo provocó la actitud paternalista que venía prodigando el Reino Unido al Reino de España como Estado necesitado de tutela en el tema de la protección de los animales morituri. Hasta el punto de que no concedía autorizaciones de exportación para aquellos que fueran a ser sacrificados en nuestro país. El asunto provocó una cuestión prejudicial planteada por la High Court of Justice, Queen's Bench División, en el marco de un litigio entre *Hedley Lomas (Ireland) Ltd* y el Ministry of Agriculture, Fisheries and Food de Inglaterra y Gales, debido a la denegación de la licencia, solicitada por *Hedley Lomas*, para exportar ovinos vivos hacia España. El Ministerio inglés había venido denegando sistemáticamente licencias de exportación de animales vivos de carnicería hacia España, basándose en que en los mataderos de este Estado subsistía un trato contrario a la Directiva 74/577/CEE del Consejo, de 18 noviembre 1974, que impuso el adormecimiento de los animales antes de su sacrificio. Sobre la base de las informaciones recibidas de la Sociedad española protectora de animales, el Ministerio inglés de Agricultura, Pesca y Alimentación, adquirió la convicción de que un buen número de mataderos españoles no respetaban las normas de la Directiva. Como consecuencia de diversas quejas en este mismo sentido, la Comisión investigó el estado de la cuestión y, a la vista de la información facilitada por las administraciones, estatal y autonómico, decidió no iniciar acción alguna por incumplimiento del Tratado. En julio de 1992 informó a las autoridades británicas que su prohibición sistemática de exportar animales vivos hacia España era contraria al artículo 34 del Tratado, sin que pudiera justificarse en el artículo 36 del mismo. Esta prohibición general fue levantada el 1 de enero de 1993, después de que las autoridades españolas se comprometieran a que los animales provenientes del Reino Unido sólo serían sacrificados en los mataderos donde, según la propia Administración

comunitarias que confieren directamente derechos (por ejemplo, la libre circulación del art. 45 (TFUE)<sup>550</sup> o la libertad de establecimiento del art. 49 (TFUE)<sup>551</sup>) y otras que, en la medida que imponen prohibiciones a los Estados miembros, generan por ello derechos de los ciudadanos que los órganos jurisdiccionales deben salvaguardar (así, por ejemplo, el art. 30 (TFUE)<sup>552</sup> prohíbe entre los Estados miembros los derechos de aduana y las exacciones de efecto equivalente, y el art. 34 (TFUE)<sup>553</sup> prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación, así como las medidas de efecto equivalente).

Ahora bien, puede prescindirse de la objeción que podría intentarse, atribuyendo una contradicción lógico-jurídica de la afirmación del Tribunal de Justicia, que se basaría en considerar que no puede hablarse de «derechos» *stricto sensu* para referirse a algo reconocido

---

había confirmado, se respetaban las exigencias comunitarias de protección de los animales. El 7 de octubre de 1992, antes, por tanto, del levantamiento de la prohibición, Hedley Lomas solicitó una autorización para la exportación de ovinos vivos destinados a un concreto matadero español. La licencia fue denegada sin que la Administración británica tuviera pruebas de que en dicho matadero no se respetaba la Directiva de protección de los animales en el momento de su muerte. El Ministerio, demandado por Hedley Lomas, acepta que la denegación de la autorización constituye una restricción cuantitativa a la exportación, pero afirma que se justifica por el artículo 36 del Tratado. El Tribunal de Justicia recuerda que este precepto permite restricciones a la libre circulación de mercancías, justificadas por motivos de protección de la salud y de la vida de los animales, lo cual constituye una exigencia fundamental reconocida por el Derecho comunitario. Ahora bien, el Derecho comunitario se opone a que un Estado miembro invoque el artículo 36 del Tratado para justificar una limitación de las exportaciones de mercancías hacia otro Estado basada únicamente en que este segundo Estado no estaría respetando, según el primero, las prescripciones de una Directiva comunitaria de armonización cuyo objetivo es, precisamente, aquel para el que se invoca el artículo 36; aun cuando dicha Directiva no haya establecido un régimen sancionador. El Tribunal británico había formulado, además, una cuestión prejudicial sobre la posible responsabilidad estatal por incumplimiento del artículo 34 del Tratado. El Tribunal de Justicia declara, al respecto, que Hedley Lomas tiene derecho a una reparación por vulneración del Derecho comunitario, desde el momento en que el precepto vulnerado tiene por objeto conferir derechos a los particulares, que la vulneración está suficientemente caracterizada, y que existe un nexo causal directo entre esta vulneración y el perjuicio soportado».

<sup>550</sup> Art. 45.1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

<sup>551</sup> Art. 49. En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.

<sup>552</sup> Art. 30. Quedarán prohibidos entre los Estados miembros los derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente. Esta prohibición se aplicará también a los derechos de aduana de carácter fiscal.

<sup>553</sup> Art. 34. Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.

en una norma que no puede aplicarse directamente. La citada objeción no debe obstaculizar el planteamiento aquí realizado porque, incluso manteniendo las categorías, podría hablarse de derechos (o situaciones favorables o de ventaja) sometidos a término — o sea, que el ordenamiento comunitario prevé su plena actualización a partir de una fecha tope, para la que el Estado tiene que haber cumplido su deber de transponerlos en normas internas — pasado el cual, y en caso de no realizarse la trasposición, se transformarían no en directamente exigibles pero sí en sustituibles por su equivalente económico (que es en lo que consiste técnicamente la indemnización).

Podría plantearse la cuestión relativa a la amplitud que se le debe otorgar al término «derechos». Probablemente la respuesta más correcta sea, de nuevo, considerar la indemnización por los derechos proclamados por el Derecho comunitario como el mínimo inexcusable a reparar y dejar a cada ordenamiento estatal la posibilidad de que si, conforme a su propio Derecho de daños<sup>554</sup>.

El Tribunal declara con normalidad reparables no sólo los daños económicos sino también los daños morales, aunque respecto de éstos no usa criterios fijos de cuantificación<sup>555</sup>.

---

<sup>554</sup> Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen: *Responsabilidad del Estado...cit.*, p. 171, señala, «En relación con los derechos que el Derecho comunitario confiere a los particulares entre derechos «perfectos » y derechos «imperfectos». Los primeros serían los contenidos en disposiciones comunitarias con efecto directo. Los derechos imperfectos son, en cambio, aquellos derechos que no están lo suficientemente definidos ni son lo suficientemente precisos e incondicionales como para ser invocados, y en su caso aplicados, tal y como los contemplan las disposiciones que los contienen. Sería necesaria, por el contrario, una intervención complementaria por parte de las autoridades nacionales competentes. Un ejemplo de derechos imperfectos sería el de los derechos contenidos en una disposición de una Directiva comunitaria que no sea suficientemente precisa e incondicional o que, siéndolo, se pretenda invocar frente a un particular. En ambos casos la invocación sólo sería posible a través de la norma nacional de transposición, lo cual no es óbice, en nuestra opinión, para afirmar que la norma jurídica vulnerada tiene por objeto atribuir derechos a los particulares. Esta confusión entre las nociones de efecto directo y creación de derechos en favor de los particulares ha llevado a preguntarse si, en relación con la responsabilidad del Estado por el incumplimiento del Derecho comunitario, la exigencia de que la norma comunitaria violada por el Estado deba suponer la atribución de derechos en favor de los particulares significa que aquélla debe gozar de efecto directo, y a contestar afirmativamente a esta cuestión. En nuestra opinión, el hecho de que la norma comunitaria tenga por objeto atribuir derechos a los particulares no es sino un presupuesto necesario para poder hablar del efecto directo de la misma. Así, toda norma comunitaria que goce de efecto directo tendrá por objeto conferir derechos a los particulares. Sin embargo, no todas las normas comunitarias que tienen dicho objeto gozarán de efecto directo. Así parece deducirse de la jurisprudencia comunitaria».

<sup>555</sup> En algunos casos ha entendido que para reparar el daño moral basta con la mera anulación del acto dañoso (por ejemplo, en el asunto del funcionario Culin, Sentencia de 7 de febrero de 1990); en otros, otorga una reparación simbólica, de un ECU (asunto Latham, Sentencia de 24 de enero de 1991); en otros, en fin, concede cuantiosas indemnizaciones (como en el asunto Leussink, Sentencia de 8 de octubre de 1986).

La ilegalidad del acto generador del perjuicio aparece, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como el requisito mínimo para que sea considerada la posibilidad de que una institución comunitaria sea declarada responsable. De hecho, en numerosas sentencias recaídas en juicios de responsabilidad, lo único que se plantea es si existe un acto comunitario ilícito, se responde negativamente a esta cuestión, el Tribunal termina ahí su razonamiento, desestimando la demanda sin pasar a analizar otros condicionamientos referidos al daño o al nexo causal<sup>556</sup>.

### 2.10.3.3 El nexo causal

Respecto de este requisito afirma el Abogado General Tesauro en las Conclusiones Generales de la sentencia *Factortame III* que constituye un «presupuesto obligatorio de la responsabilidad aquilina, conforme al cual el daño sufrido debe ser consecuencia directa del acto dañoso imputable a su autor»<sup>557</sup>.

El Tribunal de Justicia exige, por tanto, la existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento del Estado y el daño ocasionado al particular. El segundo debe ser consecuencia del primero.

El nexo causal consiste entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por quienes hayan sido perjudicados; esto es, debe comprobarse si el perjuicio alegado se deriva de forma suficientemente directa de la infracción del Derecho comunitario como para obligar al Estado a repararlo. Así, por ejemplo, si en el momento en que un Estado miembro comete la infracción sólo disponía de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada. Eso sí, una vez que se ha constatado que la violación está «suficientemente caracterizada», corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si existe una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas lesionadas.

---

<sup>556</sup> Así ocurre, por ejemplo, en las sentencias Krohn, de 15 de enero de 1987, Benito Francesconi, de 4 de julio de 1989, AERPO, de 6 de junio de 1990, y SICA de 11 de octubre de 1990.

<sup>557</sup> Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen: *Responsabilidad del Estado... cit.*, p. 188.

La existencia de nexo causal se exige siempre por el Tribunal. Acepta, con normalidad, la jurisprudencia, la minoración de la indemnización solicitada en caso de concurrencia de culpa de la víctima<sup>558</sup>. El *caso fortuito*, en cambio, no matiza ni rompe la relación causal<sup>559</sup>.

#### 2.10.3.4 La imputación

El siguiente elemento a considerar es el del criterio de *imputación*, puesto que resulta imprescindible identificar el sujeto y/o el patrimonio sobre el que haya de recaer la indemnización. En el caso español, en principio no deberían presentarse excesivas dificultades, ya que se trata de encontrar el órgano interno que ha incumplido (por acción u omisión) el Derecho comunitario, produciendo la lesión a indemnizar.

El incumplimiento podrá imputarse—según las funciones que conforme al ordenamiento interno tengan asignadas en lo relativo al desarrollo, ejecución y aplicación del Derecho comunitario— al legislador estatal, a los legisladores autonómicos, a los Gobiernos central o autonómicos, a las Administraciones Públicas o a los órganos jurisdiccionales.

Por lo que afecta a la responsabilidad de los Estados por ilícito legislativo comunitario el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no condiciona la responsabilidad del Legislador nacional a la existencia de una declaración previa de incumplimiento de obligaciones comunitarias que le sean imputables. La indemnización podrá solicitarse desde el momento en que se sufra el daño. Pero esto no quiere decir que transcurrido un año desde esta fecha prescriba la acción de responsabilidad. Los ordenamientos nacionales no pueden otorgar a las violaciones del Derecho comunitario que sean imputables a sus órganos internos un trato menos beneficioso que el que recibe las infracciones de su propio derecho. Por lo tanto, los particulares que sufran daños indemnizables derivados de una actuación u omisión legislativa contraria al Derecho comunitario, van a poder reclamar la indemnización desde el rato en que sea efectivo el daño hasta transcurrido un año desde que el Juez comunitario o los Tribunales españoles, declaren con sentencia firme, la existencia de un incumplimiento comunitario que es imputable a un Legislador español.

---

<sup>558</sup> Asunto Grifoni, Sentencia de 27 de marzo de 1990.

<sup>559</sup> No es que el Tribunal lo haya dicho expresamente, pero es evidente que el accidente que sufrió el señor Leussink fue un supuesto de caso fortuito: estalló un neumático del automóvil de la Comisión que le conducía en un viaje oficial. Y no por ello quedó eximida, la institución demandada, de abonar una cuantiosa indemnización al accidentado (Sentencia de 8 de octubre de 1986).

#### 2.10.4 El régimen de la responsabilidad por actos normativos

El Derecho comunitario originario, esto es, el bloque normativo integrado por los Tratados constitutivos de las diferentes Comunidades Europeas y sus sucesivas modificaciones ha recogido expresamente la figura de la garantía patrimonial de la responsabilidad pública<sup>560</sup>.

Sin embargo, el caso de que sea el Legislador el causante del incumplimiento del Derecho comunitario, bien por omisión, bien por incorrecta actuación legislativa es una cuestión de hondo calado constitucional y que se encuentra mucho de estar clara.

No se encuentra pacífica esta doctrina por varias razones: i) porque, salvo alguna excepción, no contamos con estudios que, desapasionadamente, hayan abordado la cuestión en profundidad; ii) porque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado clara y directamente sobre la existencia de responsabilidad del Legislador; iii) porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es uniforme sino contradictoria; iv) porque la doctrina del Consejo de Estado tampoco se traduce en una nítida posición al respecto; v) porque las posturas doctrinales mantenidas por los diversos autores son radicalmente dispares; vi) porque la reciente intervención del Legislador, incidiendo directamente sobre este punto no resulta de fácil interpretación. Y si la admisión de la responsabilidad del Legislador no es en absoluto pacífica, cuánto más habrá de decirse de la responsabilidad del legislador por incumplimiento de las normas comunitarias.

---

<sup>560</sup> Existe una abundante bibliografía sobre la responsabilidad patrimonial de las Comunidades Europeas. Por todos, puede consultarse a, Vid. BARAV, Ami; PHILIP, Christian: *Dictionnaire juridique des Communautés Européennes*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993. Vid. BERGERÈS, Maurice-Christian: *Contentieux communautaire*, 3. ed., Presses Universitaires de France, Paris, 1998, p. 273, y ss. Vid. GAUTRON, Jean-Claude: *Droit européen*, 10. ed., Dalloz, Paris, 2002, p. 141 y ss. Vid. FINES, Francette: *Etude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne: de la référence aux "principes généraux communs", à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, Libr. générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1990. Vid. ISAAC, Guy: *Manual de derecho comunitario general*, 2. ed., Ariel, Barcelona, 1993, p. 264 y ss. Vid. BLECKMANN, Albert: *Europarecht: das Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, 4. ed., Carl Heymann, Köln, 1985, p. 196 y ss. Vid. GALERA RODRIGO, Susana: *La aplicación administrativa del derecho comunitario: administración mixta: tercera vía de aplicación*, Civitas, Madrid, 1998, p. 119 y ss. Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen: *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 50 y ss. Vid. COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Incumplimiento del derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1995, p. 36 y ss. Vid. GRISOLI, Angelo: *L'illecito e la responsabilità delle Comunità Europee*, CEDAM, Padova, 1970.

No obstante, la responsabilidad patrimonial de las Comunidades Europeas ha tenido en el ordenamiento comunitario un papel destacado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha desempeñado un papel semejante al que en los ordenamientos nacionales ha jugado sus propios Tribunales internos.

El principio de responsabilidad patrimonial contribuye a cerrar, por lo tanto, el sistema normativo comunitario imponiendo a los órganos comunitarios la obligación de indemnizar los daños derivados de sus actuaciones antijurídicas. En caso contrario, nos encontraríamos con un sistema normativo incompleto.

Los acontecimientos lesivos que puedan dar lugar a responsabilidad son, en la práctica, todos los que traen causa del funcionamiento de las instituciones y lesionan los bienes y derechos de los ciudadanos comunitarios. Puede tratarse, por tanto, de hechos o actos, e incluso de omisiones. Sin embargo, lo más frecuente es que se exija responsabilidad por daños provocados por una disposición adoptada por la Comisión o por el Consejo en el ámbito de sus competencias, esto es, en materia de política económica generalmente.

#### 2.10.4.1 La doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Los Tratados constitutivos de las diferentes Comunidades Europeas atribuyeron al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea la competencia sobre el conocimiento de litigios sobre responsabilidad comunitaria<sup>561</sup>. Y, precisamente para estos casos, el Tribunal de Justicia tiene establecido un régimen especial que permite restringir enormemente la responsabilidad comunitaria.

El principio básico es el que puede leerse en la Sentencia *Zuckerfabrik Shöppenstedt*, de 2 de diciembre de 1971: «Tratándose de un acto normativo que implica opciones de política

---

<sup>561</sup> TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. Artículo 263. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. A tal fin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión. Protocolo (nº 3). Sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Artículo 42. Los Estados miembros, las instituciones, órganos u organismos de la Unión y cualquier otra persona física o jurídica podrán, en los casos y condiciones que determine el Reglamento de Procedimiento, interponer terceraía contra las sentencias dictadas, sin que hayan sido citados a comparecer, si tales sentencias lesionan sus derechos.



económica, la responsabilidad de la Comunidad por el perjuicio que los particulares hayan sufrido por el hecho de ese acto no podría ser exigida sino en presencia de una *violación, suficientemente caracterizada, de una regla de derecho que protege a los particulares*».

La razón de este régimen especial, la del propio Tribunal en la Sentencia HNL, de 25 de mayo de 1978, al decir, siguiendo al Abogado General CAPOTORTI, que, en los sistemas de los Estados miembros, los actos normativos en los que se traducen opciones de política económica sólo excepcionalmente y en circunstancias particulares, pueden comprometer la responsabilidad de los poderes públicos.

Y es verdad que no es fácil encontrar jurisprudencia interna que declare una obligación de indemnizar los perjuicios causados por una norma dictada, por el órgano con competencia para hacerlo, en materia de intervencionismo económico.

El Tribunal de Justicia tiene bien definida la regla según la cual los actos normativos adoptados en materia de política económica sólo pueden dar lugar a responsabilidad en presencia de una vulneración manifiesta y grave de una regla superior de derecho establecida para la protección de los particulares<sup>562</sup>.

---

<sup>562</sup> La Sentencia Sofrimport ofrece un buen ejemplo de la aplicación de esta regla: la demanda, planteada por la sociedad de derecho francés Sofrimport SARL, tenía por objeto la anulación de diversas normas que habían suspendido la expedición de certificados de importación de patatas originarias de Chile y habían limitado cuantitativamente la importación de patatas procedentes de terceros países. Un mes antes de que estas reglamentaciones se produjeran, Sofrimport había embarcado en el puerto de San Antonio 89.514 cajones de patatas. Solicitó los certificados de importación en Francia casi los mismos días en que se producían las medidas comunitarias de suspensión. El organismo francés de intervención no los otorgó. La sociedad interesada requirió la suspensión de las medidas nuevas, usando lo establecido en el artículo 186 del Tratado, en lo que se refería a las patatas embarcadas. El presidente del tribunal lo acordó. La demanda de anulación se basaba en la existencia de perturbaciones graves en el mercado que justificaban las medidas de suspensión, en abuso de poder y falta de habilitación de la Comisión para adoptar estas medidas. El Tribunal acepta, en cuanto al fondo (rechazando también la alegación de la Comisión de que un operador normalmente diligente podía prever las medidas adoptadas), que la Comisión no había hecho valer la existencia de ningún interés público superior que justificara la medida de suspensión respecto de las mercancías ya en camino hacia un país comunitario. Y anula, en consecuencia, las normas en este punto. La demanda de indemnización se apoyaba en los daños que la suspensión había causado a la reclamante. Para determinar su procedencia, la Sala lleva a cabo las siguientes constataciones: primera, el cambio brusco de reglamentación había producido la vulneración de un principio superior que protege a los particulares: el de confianza legítima (particularmente, además, en este caso, por desconocimiento de la protección que otorga el Reglamento 2.707/72 a los operadores económicos que importan a la Comunidad). En segundo lugar, que se ha vulnerado un precepto concreto (el art. 3.3 del Reglamento 2.707/72) al haber adoptado tales medidas sin que existiera un interés público prevalente y sin tener en cuenta la situación de los importadores. Y en tercer lugar, que el daño alegado por Sofrimport supera los límites de los riesgos económicos inherentes a las actividades en el sector concernido. Condena, por tanto, a la Comunidad a indemnizar. El montante de la indemnización se fijaría por una decisión ulterior del Tribunal que se calcularía teniendo en cuenta el precio a que se vendieron las patatas importadas por Sofrimport y el precio que hubiera podido obtenerse normalmente en el mercado.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada en el Asunto *Francovich y Bonifaci*, con fecha de 19 de noviembre de 1991, tuvo el mérito de declarar por primera vez en el ámbito europeo la responsabilidad patrimonial de un Estado miembro por violación del Derecho comunitario como régimen autónomo derivado directamente de la eficacia y obligación de respeto de dicho Ordenamiento jurídico, y no como mera consecuencia de la reparación integral que se desprende de la ejecución de las sentencias condenatorias frente al mismo<sup>563</sup>.

Las implicaciones de esta Sentencia son de enorme alcance: en primer lugar, declara de un modo definitivo que, en determinadas condiciones, el incumplimiento por parte de un Estado miembro de reglas del Derecho comunitario, determina su responsabilidad. Y que ésta deriva directamente del Tratado, sin que puedan oponerse reglas internas que eximan de ese deber de responder. Ningún obstáculo se opone a que cada Estado pueda pertrecharse de un sistema de responsabilidad más severo y garantizado, pero los principios de la jurisprudencia *Francovich* se impondrán ahora como un mínimo de inexcusable cumplimiento.

De esa manera, la cuestión se centra en el examen de dos problemas: En primer lugar, si las disposiciones comunitarias son suficientemente precisas e incondicionales, ya que, en caso afirmativo, habrían de ejecutarse estrictamente los términos de las mismas. Segundo, determinar la posibilidad de reclamar una compensación por la no transposición de las normas comunitarias por parte de las autoridades nacionales.

Respecto del primero de los interrogantes apuntados, el fallo del Tribunal destaca que la Directiva no era suficientemente precisa, ya que, la misma indicaba el derecho que

---

<sup>563</sup> En la decisión se resuelven dos cuestiones prejudiciales planteadas, según el procedimiento previsto en el art. 177 TCEE, por sendos Tribunales italianos ante la pretensión de unos trabajadores por cuenta ajena —señores Francovich, Bonifaci y otros—, que, frente a la insolvencia del empresario, solicitaron el derecho a obtener del Estado las garantías previstas en la Directiva 80/197, de 20 de octubre de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en estas circunstancias o que, en su caso, el propio Estado italiano les indemnizase por no haber procedido al desarrollo en el ámbito del Ordenamiento interno de la mencionada norma, según acreditaba una sentencia de incumplimiento del Tribunal de Justicia comunitario. *Vid.* COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *op. cit.*, p. 35, señala que, «Así, pues, había precedentes pero es a la sentencia Francovich a la que hay que reconocer el mérito de haber implantado, con una nueva dimensión y un ampliado alcance, el principio de la responsabilidad por incumplimiento. En este sentido, y con la cautela que exige el encontrarnos ante un Derecho comunitario en imparable evolución, el principio ahora establecido apuntaría hacia un cierto carácter de «cierre del sistema» (al menos en el actual estadio). La sentencia Francovich es la continuación expresa —y, por ahora, el punto y seguido— de la serie compuesta por las sentencias Van Gend & Loos, Costa, Simmenthal y Factortame I y la pieza que perfecciona más y definitivamente el sistema».

correspondía a los sujetos afectados por un proceso de insolvencia empresarial. No precisaba cuáles eran las instituciones internas que debían prestar la cobertura ante dicha eventualidad. La norma jurídica no podía ser, por tanto, directamente invocada ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

En relación a la segunda cuestión, la Corte argumentará que para estimar el derecho del particular al resarcimiento económico frente a un incumplimiento del Estado miembro no basta con la constatación de la violación del Derecho comunitario, sino que será necesario, además, que el resultado de la Directiva implique la atribución de derechos a favor de los particulares, que el contenido de esos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva y, finalmente, que se estime la relación de causalidad entre el daño y la imputabilidad al Estado incumplidor. Como todos estos requisitos se cumplen en el supuesto planteado, el fallo del Tribunal de Justicia es estimatorio de la pretensión de indemnización.

Han sido tomados en cuenta, entre otros, como reglas superiores de derecho establecidas para la protección de los particulares, y cuya vulneración puede dar lugar a responsabilidad, los principios de no discriminación (*Sentencia HNL*, citada), de libertad de comercio (*Kampffmeyer*, de 14 de julio de 1967), de proporcionalidad (*Zuckerfabrik Bedburg*, 281/84), de irretroactividad (*Sentencia CNTA* de 14 de mayo de 1975), la prohibición de desviación de poder (*Beurre de Noel* 265/85, *AERPO*, de 6 de junio de 1960) o el principio de confianza legítima (*Lemmez-Werke*, de 13 de junio de 1965; *Topfer*, de 3 de mayo de 1978, *Tomadini*, de 16 de mayo de 1979, *Unifrex*, de 12 de abril de 1984, etc.).

En definitiva, la doctrina jurisprudencial analizada determina la posibilidad que asiste a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea a exigir de las autoridades nacionales — de todas ellas, incluso de sus respectivos Parlamentos —, la reparación de los perjuicios derivados de la ausencia o incorrección por parte de las mismas en la transposición del Derecho comunitario europeo.

Esta declaración, que habrá de concretar los Tribunales nacionales, en atención a sus correspondientes sistemas de exigencia de responsabilidad patrimonial, está subordinada al cumplimiento de los siguientes requisitos: en primer lugar, la violación, por parte de cualquier instancia nacional, de una norma comunitaria destinada a atribuir un derecho a favor de un

particular. La regla se matiza, no obstante, exigiendo que la disposición comunitaria vulnerada no pueda ser aplicada directamente —en cuyo caso daría satisfacción inmediata al derecho del particular la propia ejecución de la medida—, y que el derecho cuya lesión se invoca pueda ser identificado en el texto de la Directiva en cuestión. Y, en segundo término, la existencia de un nexo de causalidad entre el daño producido y el desconocimiento de la obligación comunitaria por parte de las instancias nacionales.

En cuanto a los requisitos exigidos para dar lugar a indemnización en virtud de dicha responsabilidad del Estado miembro, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una doctrina desde esa inicial sentencia (Francovich y Bonifachi), señalando que dependen de la naturaleza de la violación del Derecho Comunitario que origine el perjuicio causado, precisando que cuando un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva, la plena eficacia de esa norma de Derecho comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren tres requisitos: que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares; que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva; y que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

Este planteamiento inicial se desarrolla en la sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*. De los tres requisitos es el segundo el que plantea mayores dificultades para su concreción en cada caso, de manera que el propio Tribunal viene a indicar los elementos que pueden valorarse al efecto, señalando que el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un Estado miembro como de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación. A este respecto, entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, y la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión,

la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho Comunitario.

En cualquier caso, una violación del Derecho Comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido. La infracción del deber de transposición de una Directiva en el plazo establecido se viene considerando, "per se", una infracción manifiesta y grave, por lo que dará lugar a indemnización.

#### 2.10.4.1.1 Limitación de la responsabilidad patrimonial extracontractual por el TJCE

Hasta este momento es imperativa la aplicación del *principio general* en el Derecho comunitario conforme al cual toda infracción del Derecho comunitario por un Estado miembro conlleva necesariamente la reparación a los ciudadanos de los daños causados (mediante el pago de una indemnización o mediante la devolución de aquellas cantidades que indebidamente fueron objeto de recaudación).

Y también ha quedado acreditado que *la razón de este principio general* es que el derecho a obtener esa restitución por parte de un Estado miembro «en infracción de las normas de Derecho comunitario es la consecuencia y el complemento de los derechos conferidos a los justiciables por las disposiciones comunitarias»<sup>564</sup>. En consecuencia, todo Estado miembro viene obligado, en principio, a indemnizar sus incumplimientos, estando obligado, cuando del pago de tributos se trata, a proceder a la devolución de los tributos recaudados con infracción del Derecho comunitario<sup>565</sup>

---

<sup>564</sup> SSTJCE de 9 de noviembre de 1983 [asunto «Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA San Giorgio», § 12 (199/82)]; de 2 de febrero de 1988 [asunto «Bruno Barra contra Bélgica y Ayuntamiento de Lieja», § 17 (309/1985)].

<sup>565</sup> SSTJCE de 14 de enero de 1997 [asunto «Société Comateb y otros contra Directeur general des douanes et droits indirects» § 20 (C-192/95 a C-218/95)]; de 2 de diciembre de 1997 [asunto «Fantask A/S contra Industriministeriet», § 39 (C-188/95)].

Sentado, pues, el principio general de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por sus actuaciones contrarias al Derecho comunitario, corresponde ahora analizar si *cabe una limitación por el TJCE* de esa responsabilidad.

Y a tal fin debe señalarse, antes que nada, que las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea tienen, en principio, *eficacia retroactiva o efectos «ex tunc»*, razón por la cual «sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario y teniendo en cuenta los graves trastornos a que su sentencia podría dar lugar en cuanto al pasado en las relaciones jurídicas establecidas de buena fe, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen la disposición interpretada con el fin de volver a cuestionar esas relaciones jurídicas»<sup>566</sup>.

El Tribunal de Justicia sólo ha recurrido a esa solución cuando ocurrieron dos requisitos: la buena fe del Estado infractor (error vencible o invencible) y la elevada cuantía de los perjuicios. En efecto, a este respecto señala que cabe limitar temporalmente los efectos de una sentencia «cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión»<sup>567</sup>. Por tanto «para decidir si procede o no limitar el alcance temporal de una sentencia, es necesario tener en cuenta que, si bien las consecuencias prácticas de cualquier decisión jurisdiccional deben sopesarse cuidadosamente, no puede llegarse hasta el punto de influir en la objetividad

---

<sup>566</sup> SSTJCE de 2 de febrero de 1988 [asunto «Bruno Barra contra Bélgica y Ayuntamiento de Lieja § 12 (309/85)]; de 16 de julio de 1992 [asunto «Administration des Douanes et Droits Indireets contra Léopold Legros y otros», § 30 (0163/90)]; y de 12 de septiembre de 2000 [asunto «Comisión contra Reino Unido», § 91 (C-359/97)].

<sup>567</sup> SSTJCE de 16 de julio de 1992 [asunto «Administration des Douanes et Droits Indireets contra Uopold Ugrosy otros», § 32 (0163/90)]; de 11 de agosto de 1995 [asunto «F. G. Roders BV y otros contra Inspecteur der Invoerrechten en accijnzens», § 43 (0367/93 a 377/93)].

del Derecho y comprometer su aplicación futura por causa de las repercusiones que puede tener una resolución judicial por lo que respecta al pasado»<sup>568</sup>.

Ahora bien, en ocasiones, el Tribunal ha denegado el derecho a ser indemnizado, incluso en los casos en que se prueba la violación, suficientemente caracterizada, de una regla superior de derecho establecida para la protección de los particulares, añadiendo un requisito más para que dicha indemnización pudiera acordarse: que la institución comunitaria se hubiera *extralimitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus poderes discrecionales*. Afirma, en este sentido, el Tribunal que «en un contexto normativo, caracterizado por el ejercicio de un amplio poder discrecional, indispensable para la puesta en marcha de la política agrícola común, la responsabilidad no puede quedar comprometida, salvo si la institución ha desconocido, de manera manifiesta y grave, los límites que se imponen al ejercicio de sus potestades» (*Sentencia HNL* de 25 de mayo de 1978)<sup>569</sup>.

En consecuencia, cuando concurren circunstancias excepcionales «es apropiado determinar que, como el nivel general en el cual el pago debía haberse fijado no puede ser conocido, importantes consideraciones de certeza legal afectantes de todos los intereses en juego, tanto públicos como privados, hace imposible en principio reabrir la cuestión con respecto al pasado»<sup>570</sup>, otorgando a su declaración efectos prospectivos, que no retroactivos.

---

<sup>568</sup> SSTJCE de 2 de febrero de 1988 [asunto «Vincent Blaizot contra University of Liege y otros», §§ 28 y 30 (24/86)]; y de 16 de julio de 1992 [asunto «Administration des Douanes et Droits Indirects contra Leopold logros y otros», § 30 (0163/90)].

<sup>569</sup> La exigencia de este nuevo requisito fue lo que motivó un fallo denegatorio en la Sentencia Isoglucose, de 5 de diciembre de 1979. En aquella ocasión, los recurrentes solicitaban la reparación del perjuicio ocasionado por un reglamento comunitario que el propio Tribunal de Justicia había declarado (mediante Sentencia de 25 de octubre de 1978, recaída en una cuestión prejudicial) ilegal por vulneración del principio de igualdad. Y, si bien este principio es uno de los que, según hemos visto, se reconocen como reglas superiores de derecho, establecidas para la protección de los particulares, el Tribunal declaró que de la desigualdad contenida en el reglamento anulado no se deduce, a efectos de la aplicación del artículo 215 del Tratado, que el Consejo hubiera desconocido, de manera grave y manifiesta, los límites que se imponen al ejercicio de su poder discrecional; pues, aunque hubo errores, no lo eran de tal magnitud que pudiera decirse que el comportamiento de las demandadas conllevaba arbitrariedad y fuera, en consecuencia, de tal naturaleza que pudiera comprometer la responsabilidad no contractual de la Comunidad. En cambio, la Sentencia Dumortier Frères, de 4 de octubre de 1979, admite que el Consejo se ha extralimitado en el ejercicio de sus poderes discrecionales, por dos razones: primera, por la falta de justificación o motivación de la ruptura del trato igual que, hasta entonces, había conferido a los productores de griz y de almidón de maíz; y, segunda, porque el Consejo no se atuvo a la propuesta de la Comisión acerca de la reintroducción de restituciones para el griz de maíz, debido a que la ausencia de tales restituciones podía perturbar el equilibrio entre los productores de griz y de almidón de maíz.

<sup>570</sup> STJCE de 8 de abril de 1976 [asunto «GabrielleDefrenne contra Societé anonyme belge de navigation aérienne Sabena», § 74 (43/75)].

Esas circunstancias excepcionales deben ser acreditadas por el Estado que pretende la limitación de la declaración del TJCE<sup>571</sup>.

Eso sí, lo que tiene meridianamente claro el Tribunal de Justicia es que «las consecuencias económicas que puedan derivar para un Gobierno de la *ilegalidad de un impuesto* no han justificado, por sí mismas, la limitación de efectos»<sup>572</sup>, dado que si no fuera así «las violaciones más graves recibirían el trato más favorable, en la medida en que son éstas las que pueden entrañar las consecuencia económicas más cuantiosas par los Estados miembros. Por tanto, limitar los efectos de una sentencia basándose únicamente en este tipo de consideraciones redundaría en un menoscabo sustancial de la protección jurisdiccional de los derechos que los contribuyentes obtienen de la norma fiscal comunitaria»<sup>573</sup>.

Ahora bien, cabría preguntarse si, declarada la responsabilidad de un Estado miembro sin determinar el TJCE el alcance de esa declaración ¿es posible que un Estado miembro mediante una norma legal delimite sus efectos?

Y la respuesta a esta pregunta es rotundamente negativa, pues cuando el TJCE no se ha pronunciado sobre los efectos de una sentencia suya «un Estado miembro no puede adoptar una ley que lleve a limitar los efectos en el tiempo de una sentencia»<sup>574</sup>.

---

<sup>571</sup> Así, por ejemplo, en la STJCE del 3 de marzo de 2007 se rechaza limitar en el tiempo los efectos de la sentencia (relativa a la fiscalidad de los intereses de los préstamos concertados entre sociedades vinculadas) pues, aun cuando el Gobierno británico estimaba en 300 millones de euros las consecuencias económicas de la interpretación del TJCE, sin embargo, no puntualizaba si dichas consecuencias se derivaban sólo del asunto principal o también de la aplicación de la doctrina a otros asuntos [asunto « Test Claimants in the Thin Group Litigation contra Clommissioners of Inland Revenue», §§ 129 a 133 (C-524/04)]. En la STJCE de 5 de marzo de 1996 se rechaza limitar los efectos frente a la previsión del Gobierno alemán de «la magnitud de las consecuencias financieras» porque las legislaciones nacionales «pueden tener en cuenta las exigencias del principio de seguridad jurídica» [asunto «Brasserie du Pêcheur SA contra Bundesrepublik Deutschland/The Queen contra Secretary of State for Transpon (ex parte: Factortame Ltd y otros)», § 100 (C-46/93 y C-48/93)].

<sup>572</sup> STJCE de 11 de agosto de 1995 [asunto «F. G. Roders BV y otros contra Inspecteur der Invoerrechten en accijnzens», § 48 (C-367/93 a 377/93)]. Así, por ejemplo, en la STJCE de 31 de marzo de 1992 el Tribunal de Justicia rechaza limitar los efectos frente a la previsión del Gobierno danés de las consecuencias extremadamente graves que tendría para las finanzas públicas (al haberse recaudado por el impuesto declarado contrario al Tratado unos 7.000 millones de euros) y para el sistema judicial de Dinamarca (que se enfrenta a peticiones de devolución de unos 150.000 a 200.000 sujetos pasivos), porque el Gobierno danés no demostró «que, en la época en que se estableció la contribución objeto del litigio, existiera la posibilidad de interpretar razonablemente el Derecho comunitario en el sentido de que éste autorizaba un impuesto de tales características» [asunto «Dans Denkavit APS y P. Pulsen Trading APS contra Skatteministeriet», § 21 (C-200/90)].

<sup>573</sup> STJCE de 11 de agosto de 1995 [asunto «F. G. Roders BV y otros contra Inspecteur der Invoerrechten en accijnzens», § 48 (C-367/93 a 377/93)].



De hecho, si lo hace, «el órgano jurisdiccional nacional, que tiene la obligación de aplicar el Derecho comunitario en su totalidad y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, no debe aplicar una disposición de la ley nacional de tales características»<sup>575</sup>.

En suma, los Estados miembros ni pueden aprobar disposiciones legales que limiten el derecho a la reparación a quienes hayan ejercitado acciones de devolución antes del pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia que declara que una norma interna es contraria al Derecho comunitario, ni pueden adoptar disposiciones que supediten la reparación a unos requisitos menos favorables específicamente referidos a esa reparación ni, en fin, pueden adoptar reglas procesales que reduzcan las posibilidades de reclamar<sup>576</sup>.

#### 2.10.4.2 La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A diferencia del TJCE que justifica la obligación de reparar los daños causados por actuaciones ilícitas de los Estados en la «tesis indemnizatoria», el Tribunal Europeo de Derechos Humanos-TEDH acude para justificarla a la «tesis expropiatoria»<sup>577</sup>. En efecto, la responsabilidad de los Estados por los incumplimientos de sus obligaciones y, por tanto, la indemnización por daños y perjuicios que de tal incumplimiento pueda derivarse, se encaja, en ámbito de la protección que dispensa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos-

---

<sup>574</sup> STJCE de 2 de febrero de 1988 [asunto «Bruno Barra contra Bélgica y Ayuntamiento de Lieja», §9 (309/1985)].

<sup>575</sup> STJCE de 2 de febrero de 1988 [asunto «Bruno Barra contra Bélgica y Ayuntamiento de Lieja», § 20 (309/1985)]. En este sentido, si la STJCE de 13 de febrero de 1985 [asunto «Francoise Gravier contra Municipio de Lieja», § 26 (293/83)] apreciaba que la imposición de una tasa a los estudiantes nacionales de otros Estados miembros como condición para el acceso a los cursos de enseñanza profesional contradecía el Tratado (concretamente, al art. 7), por constituir una discriminación por razón de la nacionalidad, la posterior STJCE de 2 de febrero de 1988 [asunto «Bruno Barra contra Bélgica y Ayuntamiento de Lieja», § 18 (309/1985)] precisaba los efectos «ex tunc» de aquella Sentencia al no haber limitado el Tribunal «el alcance en el tiempo de su sentencia de 13 de febrero de 1985» (§ 14), declarando que «una ley nacional que prive a los alumnos y estudiantes de otros Estados miembros del derecho a obtener la evolución de unos derechos de matrícula complementarios indebidamente pagados, en el caso de que no haya ejercitado una acción judicial de reembolso con anterioridad a la sentencia de 13 de febrero de 1985, es inoponible a los mismos en virtud del Derecho comunitario» (precisamente, la Ley belga de 21 de junio de 1985, de enseñanza, limitaba la devolución de la controvertida tasa a quienes hubiesen ejercido una acción de reembolso con anterioridad al 13 de febrero de 1985).

<sup>576</sup> SSTJCE de 15 de septiembre de 1998 [asunto «Edilizia Industriale Siderurgia Srl (Edis) contra Ministero delle Finanze», § 24 (C-C-231/96)]; y de 9 de febrero de 1999 [asunto «Dilexport Srl contra Amministrazione delle Finanze dello Stato», § 38 (C-343/96)].

<sup>577</sup> Vid. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio: *La responsabilidad patrimonial...cit.*, p. 131.

CEDH (de 4 de diciembre de 1950)<sup>578</sup>, en el art. 1 de su Protocolo núm. 1 (de 20 de marzo de 1952), el cual dispone, en sus dos párrafos<sup>579</sup>.

Debe precisarse, en primer lugar, que cuando el párrafo primero se remite a las condiciones previstas por la «Ley», este término «alude al mismo concepto que encontramos en cualquier otra parte del Convenio, un concepto que incluye el derecho de origen legislativo como jurisprudencial, habida cuenta que el citado término debe entenderse en el «sentido material y no el formal»<sup>580</sup>, incluyendo al mismo tiempo «las disposiciones de rango inferior al legislativo» (como los reglamentos), el «derecho no escrito» y la jurisprudencia<sup>581</sup>.

Igualmente, debe concretarse, en segundo lugar, que la referencia que hace ese párrafo segundo al derecho de los Estados «para garantizar el pago de los impuestos» lo es en el buen entendido de que los Estados pueden adoptar toda ley fiscal que consideren necesaria a tal fin, eso sí, siempre que la medida adoptada en este ámbito «no se considerase una confiscación arbitraria»<sup>582</sup>.

---

<sup>578</sup> Artículo 34. Demandas individuales El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

<sup>579</sup> Párrafo primero: Toda persona física y moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del Derecho internacional. Párrafo segundo: Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

<sup>580</sup> STEDH de 9 de noviembre de 1999 [asunto «*Spacek SRO contra República Checa*», § 54 (TEDH 1999,56)].

<sup>581</sup> SSTEDH de 24 de abril de 1990 [asunto «*Jean Kruslin contra Francia*», § 29 (TEDH 1990, 1)]; de 24 de abril de 1990 [asunto «*Jacques Huvig y Janine Huvig-Sylvestre contra Francia*», § 28 (TEDH 1990, 2)]; y de 9 de noviembre de 1999 [asunto «*Spacek SRO contra República Checa*», §57 (TEDH 1999,56)]. SSTEDH de 18 de junio de 1971 [asunto «*Jacques de Wilde, Franz Ooms y Edgard Versyp contra Reino de Bélgica*», § 93 (1971, 1)]; de 24 de abril de 1990 [asunto «*Jean Kruslin contra Francia*», § 29 (TEDH 1990, 1)]; y de 24 de abril de 1990 [asunto «*Jacques Huvig y Janine Huvig-Sylvestre contra Francia*», § 28 (TEDH 1990, 2)]. Ajuicio del TEDH «sólo se puede calificar como "ley" una norma que se exprese con la suficiente precisión para que el ciudadano pueda - en su caso, debidamente asesorado - prever, hasta un extremo razonable, dadas las circunstancias, las consecuencias de un determinado acto» [SSTEDH de 24 de marzo de 1988, asunto «*Gun Olsson contra Suecia*», § 61.a (TEDH 1988, 2); de 24 mavo 1988, asunto «*Josef Félix Müller contra Gobierno de la Confederación Suiza*», § 29 (1988, 8); de 24 de abril de 1990, asunto «*Jean Kruslin contra Francia*», § 29 (TEDH 1990, 1); y de 24 de abril de 1990, asunto «*Jacques Huvig y Janine Huvig-Sylvestre contra Francia*», § 28 (TÉDH 1990, 2)]. SSTEDH de 7 octubre 1988 [asunto «*Amosi Salabaku contra República francesa*», § 29 (TEDH 1988, 20)]; de 20 noviembre 1989 [asunto «*Markt Intern Verlag, GmbH y Klaus Beermann contra Gobierno de la República Federal de Alemania*», § 30 (TEDH 1989, 20)]; y de 9 de noviembre de 1999 [asunto «*Spacek SRO contra República Checa*», § 54 (TEDH 1999, 56)].

Y, en fin, debe señalarse, en tercer lugar, que no sirve como fundamento de una pretensión indemnizatoria ante el TEDH la posible inconstitucionalidad de una ley de conformidad con el Derecho interno de un Estado. En efecto, aunque «la ley en la que se funda la injerencia debe ajustarse al Derecho interno del Estado contratante, entre ellas las disposiciones aplicables de la Constitución», sin embargo, «corresponde en primer lugar a las autoridades internas, concretamente a los jueces y tribunales, interpretar y aplicar el derecho interno y pronunciarse sobre las cuestiones de inconstitucionalidad»<sup>583</sup>, sin perjuicio, claro está, de que el TEDH parta de la injerencia prevista en la ley controvertida a los efectos de determinar si la citada injerencia es legítima y proporcionada.

Hechas las precisiones anteriores es necesario señalar que toda injerencia en el derecho de propiedad de los individuos genera el correlativo deber del Estado a poner a su disposición una compensación equivalente al valor del bien o derecho que es objeto de privación, con independencia de que dicha injerencia pueda calificarse como debida, por responder a razones de interés general, o como indebida, por no responder a las citadas razones que la legitimen.

Ahora, si cuando la injerencia es debida, el individuo tiene derecho. Si procede, a obtener una compensación económica equivalente al valor de bien o derecho del que se ha visto privado, cuando la injerencia es indebida a la obligación del Estado infractor que va más allá, pues no basta con una compensación económica, sino que tiene que restituir las cosas a su estado originario eliminando totalmente las consecuencias perjudiciales que la violación ha producido.

---

<sup>582</sup> Ahora bien, debe tenerse presente aun cuando «toda injerencia, incluida la resultante de una medida tendente a garantizar el pago de impuestos, debe mantener un "equilibrio justo" entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales del individuo», el TEDH señala a renglón seguido que «se reconoce que un Estado contratante, especialmente cuando elabora y ejecuta una política en materia fiscal, goza de un amplio margen de apreciación, y el Tribunal respeta la apreciación del legislador en tales materias, salvo si ésta carece de base razonable» [STEDH de 23 de octubre de 1997, asunto «*National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society y Yorkshire Building Society contra Reino Unido*», § 80 (TEDH 1997, 89); y en el mismo sentido, STEDH de 23 de febrero de 1995, asunto «*Gasus Dosier-und Fördertechnik GMBH contra Países Bajos*», § 60 (TEDH 1995, 8)]. Ahora bien, cuando el pago de un tributo (IVA) se hace al amparo de una norma que contrariaba el Derecho comunitario (concretamente, la Sexta Directiva), estamos en presencia de una «injerencia en los bienes de la demandante que no respondía a las exigencias del interés general» [STEDH de 16 de abril de 2002, asunto «*SA Cabinet Jacques Dangeville contra Francia*», § 58 (TEDH 2002, 22)].

<sup>583</sup> SSTEDH de 23 de noviembre de 2000 [asunto «*Constantino II (ex rey de Grecia) y ocho miembros de su familia contra Grecia*», § 82 (TEDH 2000, 166)]; y de 8 de julio de 2004 [asunto «*MM Stephanos Kiafas y otros contra Grecia*», § 22 (JUR 2004, 196319)].

En efecto, si la primacía del Derecho comunitario obligaba a los Estados miembros a «borrar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario»<sup>584</sup>, estableciéndose a favor de los ciudadanos, un auténtico derecho de reparación que se concretaba en el derecho a obtener una indemnización, cuando el TEDH constata la existencia de una violación del CEDH, el Estado demandado tiene la obligación jurídica con respecto al Convenio de poner fin a la violación y de eliminar las consecuencias de forma que se restablezca, en tanto en cuanto sea posible, la situación anterior a dicha violación, la restitución integral.

Para eliminar las consecuencias de una injerencia indebida en el derecho de propiedad de los ciudadanos los Estados son libres de escoger los medios que utilizarán para ejecutar una sentencia que constate una violación. Así, cuando la naturaleza de la violación permita una «*restitutio in integrum*», corresponde al Estado demandado proceder a ella (puesto que el TEDH no tiene ni la competencia ni la posibilidad práctica de realizarla él mismo).

Sin embargo, si el Derecho interno no permite o sólo permite de manera imperfecta borrar las consecuencias de la violación, el art. 41 CEDH habilita al TEDH a conceder a la parte lesionada por el acto u omisión que ha ocasionado la violación del Convenio, en su caso, la indemnización que considere apropiada a la lesión padecida<sup>585</sup>.

Aunque el art. 1 del Protocolo núm. 1 del CEDH no prevé expresamente la entrega de una indemnización por la privación de la propiedad, sin embargo, el TEDH ha considerado la necesidad de una compensación justa como algo implícito a toda injerencia en el derecho de propiedad. A este respecto ha señalado que «toda injerencia, incluyendo la que resulta de las medidas de expropiación, (...) debe procurar un "equilibrio justo" entre las exigencias del interés general y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales del individuo», razón por la cual, el art. 1 del Protocolo 1 del CEDH garantiza «implícitamente»

---

<sup>584</sup> STJCE de 19 de noviembre de 1991 [asunto «*Andrea Francovich, Danila Bonifad y otros contra República Italiana*», § 37 (06/90 y C-9/90)].

<sup>585</sup> Artículo 41 . Satisfacción equitativa. Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Cotratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. Así sucedió, por ejemplo, con la STEDH de 23 de noviembre de 2000 [asunto «*Constantino II (ex rey de Grecia) y ocho miembros de su familia contra Grecia*» (TEDH 2000, 166)], que declaró la violación del art. 1 - del Protocolo núm. 1 del CEDH, para luego la STEDH de 8 de noviembre de 2002 [asunto «*Constantino II (ex rey de Grecia) y ocho miembros de su familia contra Grecia*» (TEDH 2002. 67)] fijar la correspondiente satisfacción equitativa (indemnización por la confiscación del patrimonio de la familia real).

el derecho a recibir una indemnización que debe ser razonable «en relación con el valor del bien» y que estará integrada, en principio, por tres conceptos: los daños materiales, los daños morales y los gastos y costos<sup>586</sup>.

Como ya se había dicho, esa satisfacción equitativa variará en función del carácter lícito o ilícito del desposeimiento, dado que «el carácter ilícito de dicho desposeimiento repercute por la fuerza de las cosas en los criterios a emplear para determinar la indemnización debida por el Estado demandado, no pudiendo las consecuencias económicas de una expropiación lícita ser asimiladas a las de un desposeimiento ilícito»<sup>587</sup>.

Las sentencias del TEDH por las que declare la lesión del derecho de propiedad y reconozca, en su caso, una asignación equitativa tendrán «fuerza obligatoria» para los Estados contratantes (art. 46.1 CEDH), siendo competencia del Comité de Ministros velar por su ejecución (art. 46.2 CEDH)<sup>588</sup>. Como el TEDH no tiene competencias ejecutivas, corresponde

---

<sup>586</sup> En efecto, señala a este respecto el TEDH que «el art. 1 exige, implícitamente, por regla general, el pago de una indemnización para expropiar a cualquiera que dependa de la jurisdicción de un Estado Contratante». Y añade: «El Tribunal comprueba, con la ("omisión, que en los ordenamientos jurídicos de los Estados Contratantes, la privación de la propiedad por causa de utilidad pública requiere el pago de la correspondiente indemnización, salvo la concurrencia de circunstancias excepcionales que no se dan en el litigio de que se trata». De hecho, «si no existiera un principio análogo, la protección del derecho de propiedad por el art. 1 sería por completo ilusoria e ineficaz». Así «para determinar si la legislación impugnada establece un justo equilibrio entre los distintos intereses en juego y si, entre otras exigencias, no impone a los demandantes una carga desmesurada (...) hay que considerar, evidentemente, las condiciones de la indemnización» [STEDH de 21 de febrero de 1986, asunto «*John Nigel Courtenay James, Cernid Cavendish - 6. Duque de Westminster-, Patrick Geoffrey Corbertt y Sir Richard Baker Wilbraham contra Reino Unido*», § 54 (TEDH 1986, 2)]. Y ello porque «si no se pagase una suma de dinero razonable en relación con el valor del bien, la privación de la propiedad supondría habitualmente un menoscabo del mismo sin justificación en el ámbito del art. 1» [STEDH de 21 de febrero de 1986, asunto «*John Nigel Clourtenay James, Gerald Cavendish - 6. Duque de Westminster-, Patrick Geoffrey Corbertt y Sir Richard Baker Wilbraham contra Reino Unido*», § 54 (TEDH 1986, 2)]. Eso sí, añade el TEDH en esta misma Sentencia: «Este precepto no garantiza, sin embargo, en todos los casos, el derecho a un total resarcimiento. Pueden existir motivos razonables de "utilidad pública", como, por ejemplo, que se trate de medidas de reforma económica o de justicia social, para el pago de una cantidad inferior al total valor en el mercado» (§ 54). Por tanto, para comprobar si se ha producido el «equilibrio justo» entre el valor del bien expropiado y la indemnización satisfecha se deberán tener en cuenta «las modalidades de indemnización previstas por la legislación nacional y la manera en que son aplicables en el caso» [STEDH de 23 de septiembre de 1997, asunto «*Mevlüt Aka contra Turquía*», § 45 (TEDH 1998, 46)]. SSTEDH de 29 de julio de 2004 [asunto «*Giovanni, Elena, María y Cuiliana Scordino contra Italia*», § 92 (JUR 2004, 210326)]. El Tribunal tiene en cuenta para el cálculo de la indemnización «el perjuicio material (la pérdida sufrida realmente como resultado directo de las supuestas violaciones)^ el daño moral {indemnización por la ansiedad, las molestias y la incertidumbre causadas por la violación} y otras pérdidas no materiales». Eso sí, «allí donde los hechos que constituyen un perjuicio, no se prestan a un cálculo exacto, o allí donde la distinción entre perjuicio material y daño moral resulta difícil, el Tribunal puede ser llamado para examinarlos globalmente» [STEDH de 13 de noviembre de 2007, asunto «*Shyqyri Ramadhi y otros contra Albania*», § 99 (TEDH 2007, 79)].

<sup>587</sup> SSTEDH de 31 de octubre de 1995 [asunto «*MM Ioannis et Pantelis Papamichalopoulos y otros contra Grecia*», § 36 (TEDH 1995, 44)].

a los Estados adoptar las medidas necesarias para su ejecución en los términos que señale el TEDH. Dicho de otra manera, aunque al TEDH no le corresponde determinar, en principio, cuáles son las medidas de reparación adecuadas para que un Estado demandado actúe de acuerdo con sus obligaciones derivadas del art. 46 CEDH, cuando los Estados se resisten a adoptar las medidas necesarias para ejecutar sus Sentencias (resolviendo la forma en que se va a reparar la lesión cometida), opta por adoptar él mismo una solución definitiva sobre cómo reparar esa lesión causada al ciudadano.

### ***2.10.5 Contenciosos de restitución de lo indebidamente pagado***

Debe señalarse antes de nada que los Estados miembros tienen la obligación de devolver todo tributo que haya sido recaudado al amparo de normas que infringen el Derecho comunitario. En efecto, el derecho a obtener la devolución de los impuestos percibidos en un Estado miembro infringiendo las normas del Derecho comunitario es la consecuencia y el complemento de los derechos conferidos a los justiciables por las disposiciones comunitarias. En consecuencia, en principio, el Estado miembro está obligado a devolver los tributos recaudados en contra lo dispuesto en el Derecho comunitario.

En razón de la ausencia de normativa comunitaria relativa a la responsabilidad de los Estados miembros por sus incumplimientos incumbe al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro *regular las condiciones para obtener una indemnización de daños* que no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.

Igualmente, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en materia de restitución de tributos nacionales indebidamente percibidos, corresponde al ordenamiento interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la relación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables. Es decir, les corresponde determinar *los procedimientos para la reclamación de cantidades pagadas indebidamente* siempre que dichos procedimientos no sean menos favorables que los relativos a las reclamaciones

---

<sup>588</sup> Artículo 46. Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias. 1 Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes; 2 La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.

similares de naturaleza interna, ni hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principios de «equivalencia» y «efectividad»). Por este motivo, los Estados miembros tienen el deber de poner a disposición de los ciudadanos un «recurso efectivo» a través del cual articular válidamente sus pretensiones resarcitorias.

Se dan muchos casos, en la práctica, en los que la acción común de la Comunidad—al aprobar la norma que justifica un pago concreto— y del Estado miembro—al colaborar en la aplicación y exigir el pago— es muy difícil de diferenciar de los supuestos puros de responsabilidad extracontractual por un acto normativo ilícito. Por ello, se entiende bien que el repertorio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia esté lleno de resoluciones en las que el derecho a obtener una devolución se ha planteado como una acción de indemnización.

El derecho a la devolución de las cantidades percibidas por órganos estatales, en virtud de una norma o medida nacional contraria al derecho comunitario. Fue establecida por primera vez en la Sentencia *McCarren* (asunto 177/78): se refería a un tributo que se recaudaba a los productores de carne de cerdo y que estaba relacionado con el proceso de comercialización de la dicha carne en Irlanda. El Tribunal estimó que algunos aspectos de este sistema eran contrarios al Tratado y, respecto del tributo, dijo que «en principio, cualquier operador económico sujeto al pago del tributo tiene, por ello, derecho a reclamar la restitución de la parte del mismo destinada a fines incompatibles con el derecho comunitario». El fundamento del derecho a la devolución se encuentra, pues, en el propio derecho comunitario. Esta doctrina se ha consolidado luego con firmeza en muchas otras sentencias<sup>589</sup>.

Las acciones seguidas para la restitución de lo indebidamente pagado se fundan, pues, en el derecho comunitario, pero se sustancian completamente por las reglas del derecho nacional. En la Sentencia *Ariete* (asunto 811/79) se dice a este respecto que «corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro determinar las condiciones que permitan a los

---

<sup>589</sup> La Sentencia *San Giorgio* (asunto 199/82) culmina los desarrollos al establecer que «el derecho a obtener la devolución de tributos recaudados por un Estado miembro, en violación de las reglas de derecho comunitario, es la consecuencia y el complemento de los derechos conferidos a los justiciables, por las disposiciones comunitarias, que prohíben los tributos de efecto equivalente a los derechos de aduana o, en su caso, la aplicación discriminatoria de los tributos interiores». El deber de restitución procede, en todo caso, de la aplicación directa de las normas comunitarias, de la necesaria lealtad en la observancia de las reglas establecidas que, en este caso, se concretan en la prohibición de establecer tributos contrarios al Tratado. El derecho al reembolso no es autónomo, por tanto, sino vinculado a la última prohibición dicha.

contribuyentes impugnar las imposiciones recaudadas indebidamente en razón de su incompatibilidad con el derecho comunitario, o reclamar su devolución»<sup>590</sup>.

La doctrina es plenamente aplicable a los contenciosos de restitución fundamentados en que la disposición que justificaba la exacción era una norma comunitaria que ha quedado anulada por ilegal, o que puede anular el Tribunal de Justicia.

La proximidad entre las acciones de restitución de lo indebidamente pagado y las acciones de indemnización de los artículos 178 y 215.2 del Tratado se ha puesto de manifiesto con ocasión de las reclamaciones complementarias de intereses. El problema y su respuesta están desarrollados en la Sentencia *Roquette Frères*, de 21 de mayo de 1976. Un tribunal francés condenó a la Administración de Aduanas a restituir los montantes compensatorios monetarios a la exportación, que había pagado conforme a un reglamento de la Comisión, cuya nulidad había declarado el Tribunal de Justicia con ocasión de resolver una cuestión prejudicial planteada por el mismo tribunal francés. Este tribunal, sin embargo, al tiempo que declaró el derecho a la restitución, desestimó la petición de la demandante relativa al pago de intereses. La sentencia no fue apelada, pero *Roquette* intentó la vía comunitaria planteando ante el Tribunal de Justicia una acción de indemnización contra la Comisión, en demanda de los intereses, apoyada en lo establecido en el artículo 215.2 del TCEE. El Tribunal desestimó la petición y volvió a remitirse a las jurisdicciones nacionales a las que, según dijo la sentencia, corresponde no sólo disponer la devolución de la suma principal, sino también decidir sobre las demás cuestiones complementarias o accesorias.

#### ***2.10.6 La acción de responsabilidad comunitaria***

Los distintos Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas han introducido una acción de responsabilidad frente a las actuaciones de los órganos comunitarios.

Están legitimados para interponer la acción de responsabilidad toda persona física o jurídica que haya sufrido el daño o perjuicio causado por las instituciones comunitarias. El artículo 40 del Tratado de la CECA prevé expresamente que esta acción se ejercite «*a instancia de la parte perjudicada*».

---

<sup>590</sup> Los mismos principios se repiten en la Sentencia *Rewe Zentrale* (asunto 33/76) y otras.



En relación con la legitimación pasiva, a pesar de que las Comunidades Europeas tienen reconocida personalidad jurídica propia distinta de los Estados miembros<sup>591</sup> y que le atribuya su representación a la Comisión<sup>592</sup>, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no ha aceptado que se dirijan contra la Comisión exclusivamente las acciones de responsabilidad comunitarias.

La condición de demandado otorga la actuación que haya causado el daño. Será demandado, por lo tanto, el órgano o institución comunitaria al que le sean imputables los perjuicios. De esta forma, en su sentencia de 13 de noviembre de 1973, *Werhahn* (As- 63 a 69/72)116, rechazando la pretensión de la Comisión Europea de comparecer como demandado en una acción de indemnización entablada en base a un reglamento aprobado por el Consejo Europeo, afirmó que «...en el ordenamiento jurídico comunitario es de interés de una buena administración de la justicia, que cuando la responsabilidad sea comprometida por el hecho de sus instituciones, que ella sea representada ante el Tribunal por la o las instituciones a las que le sea imputable el hecho que ha generado la responsabilidad».

Son el Consejo y la Comisión y en menor medida el Parlamento y otras instituciones comunitarias las legitimadas pasivamente en las acciones de responsabilidad. Cuando hayan intervenido más de dos instituciones se producirá una *litis consorcio* pasivo necesario debiendo ejercitarse la acción de responsabilidad conjuntamente contra todos los responsables.

#### 2.10.6.1 El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad comunitaria

Conforme a lo que dispone el artículo 46 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea «*las acciones contra la Comunidad en materia de responsabilidad extracontractual prescribirán a los cinco años de producido el hecho que las*

---

<sup>591</sup> TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA. Artículo 47. La Unión tiene personalidad jurídica.

<sup>592</sup> TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA. Artículo 17.1. La Comisión promoverá el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin. Velará por que se apliquen los Tratados y las medidas adoptadas por las instituciones en virtud de éstos. Supervisará la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ejecutará el presupuesto y gestionará los programas. Ejercerá asimismo funciones de coordinación, ejecución y gestión, de conformidad con las condiciones establecidas en los Tratados. Con excepción de la política exterior y de seguridad común y de los demás casos previstos por los Tratados, asumirá la representación exterior de la Unión. Adoptará las iniciativas de la programación anual y plurianual de la Unión con el fin de alcanzar acuerdos interinstitucionales.

*motivó*<sup>593</sup>». No obstante, la jurisprudencia comunitaria ha interpretado este precepto de una forma extensiva, en un sentido más favorable a la víctima, situando el *dies a quo* de este plazo en el momento en el que el perjudicado ha tenido conocimiento del daño y no en el que se produjo. Cuando ya conoce la existencia del daño puede razonablemente ejercitar la acción de responsabilidad.

Aunque este plazo de cinco años sea sensiblemente superior al que establecen los derechos internos en relación con las acciones de responsabilidad, en la práctica resulta demasiado corto. En efecto, en la medida que el Tribunal de Justicia se ha auto atribuido una posición subsidiaria respecto de los Estados en relación con la responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la ejecución del Derecho comunitario los particulares se ven forzados a acudir a sus jurisdicciones internas para exigir una indemnización. Es frecuente que los perjudicados se encuentren todavía ante las vías internas cuando expire el plazo de los cinco años.

Además, hay que tener presente que aquel artículo establece que la prescripción sólo se interrumpe con la presentación de la demanda de responsabilidad ante el Juez comunitario o bien planteando una reclamación previa a la institución comunitaria que haya producido el daño. En consecuencia el ejercicio de acciones legales ante los Tribunales nacionales no produce el efecto de interrumpir la prescripción.

El mencionado artículo 46 permite, con carácter potestativo, plantear una reclamación previa al ejercicio de la acción judicial de indemnización ante el órgano comunitario causante del daño. Si éste órgano desestima la reclamación o transcurren dos meses sin que se dicte una resolución expresa el perjudicado deberá interponer ante la jurisdicción comunitaria una demanda de responsabilidad en el plazo de dos meses. Si no ejercita la acción en este corto plazo de dos meses no se tendrá por interrumpida la prescripción de la acción cuando se presentó la reclamación. Pero la falta de presentación en plazo de la demanda de responsabilidad no determina la expiración del plazo de prescripción cuando todavía este no

---

<sup>593</sup> Protocolo (nº 3). Sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Artículo 46. Las acciones contra la Unión en materia de responsabilidad extracontractual prescribirán a los cinco años de producido el hecho que las motivó. La prescripción se interrumpirá bien mediante demanda presentada ante el Tribunal de Justicia, bien mediante reclamación previa, que el damnificado podrá presentar a la institución competente de la Unión. En este último caso, la demanda deberá presentarse en el plazo de dos meses previsto en el artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; cuando proceda, serán aplicables las disposiciones del párrafo segundo del artículo 265 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El presente artículo se aplicará también a las acciones contra el Banco Central Europeo en materia de responsabilidad extracontractual.

se hubiera agotado. Así lo aclaró el Tribunal de justicia de las Comunidades Europea en su sentencia de 14 de julio de 1967, *Kampffmeyer* diciendo que «... el inciso tercero del artículo 46 no tiene por objeto desplazar la expiración del plazo de cinco años cuando una demandada o reclamación previa, entablada dentro de ese plazo, abre los plazos previstos en los artículos 263 o 265.»

Rechaza, por lo tanto, una interpretación restrictiva que dé lugar a un recorte en el plazo de prescripción por el mero hecho de haber presentado una reclamación previa. No obstante, el Tribunal de Luxemburgo no interpreta la interrupción de la prescripción en un sentido estricto. La presentación de la reclamación ante la institución comunitaria sólo produce la suspensión de la prescripción pero no implica que se vuelva a iniciar un nuevo plazo de cinco años.

Finalmente, la prescripción no constituye un vicio de orden público por lo que no puede ser apreciado de oficio por el juez comunitario.

#### 2.10.6.2 Cuantía de la indemnización

El daño es para el elemento más importante de la acción de responsabilidad, ya que la misma se origina por su causa y se extingue con su reparación.

En principio, la determinación del importe de la reparación depende del Derecho nacional en materia de responsabilidad del Estado, en cuyo marco se hace efectiva la responsabilidad por violación del Derecho comunitario. Será, por tanto, el juez nacional el encargado de fijar dicho importe. No obstante, el Tribunal establece una serie de criterios-guía que deberá tener en cuenta el juez nacional. En primer lugar, podemos hablar de un criterio general: la indemnización deberá ser adecuada para garantizar al particular una reparación completa de los perjuicios sufridos, garantizándose así la tutela efectiva de sus derechos<sup>594</sup>. En segundo lugar la libertad del juez está limitada por un criterio particular: podrá tener en cuenta la actitud del particular perjudicado a la hora de fijar la cuantía de la indemnización. Este criterio se basa, según el Tribunal, en un principio general común a las tradiciones jurídicas de

---

<sup>594</sup> La indemnización debe comprender la reparación de todos los daños y perjuicios que haya causado la actuación comunitaria. Abarca como dispuso la importante sentencia *Kampffmeyer* de 1967 tanto el daño emergente, esto es los perjuicios que se hayan producido como el lucro cesante, es decir, las cantidades dejadas de percibir.

los Estados miembros según el cual el perjudicado debe probar que ha actuado con una diligencia razonable para limitar el perjuicio. De lo contrario deberá soportar el daño él sólo. Es posible, además, la concesión de una indemnización «disuasoria», siempre y cuando se cumplan los requisitos que el Derecho nacional establezca a ese efecto<sup>595</sup>.

Suele ser frecuente que el Tribunal no se pronuncie expresamente sobre la cuantía de los daños sino que emplace a las partes a llegar a un acuerdo sobre la indemnización. Si el acuerdo no se alcanza el Juez comunitario deberá dictar una segunda sentencia en que fije el importe de la indemnización. Es jurisprudencia constante que la cuantía de la indemnización, con el objeto de impedir pérdida del valor adquisitivo y de incentivar a la Comunidad a abonarla con diligencia, devengue intereses de demora desde la fecha de la sentencia.

## *2.11 La acción de responsabilidad por actos legislativos internos*

### **2.11.1 Introducción**

A partir del momento que el particular sufre un daño imputable a una ley éste podrá exigir conforme al artículo 9.3 de la Constitución su reparación. El derecho a obtener la reparación del daño mediante la entrega de una justa compensación económica constituye una garantía para quien sufre un perjuicio patrimonial, como consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad de una norma o de su contradicción con el Derecho Comunitario. La justa compensación que, como reparación del daño soportado, debe ser razonablemente proporcional a la cuantía del daño causado o al valor del bien o derecho indebidamente expropiado.

De esta manera, toda norma que por su declaración de inconstitucionalidad o por contradicción con el Derecho comunitario (convirtiendo lo que fue una injerencia debida en una injerencia indebida) deberá provocar necesariamente la obligación del Estado de reparar el daño causado, bien mediante la restitución de lo indebidamente percibido (si al amparo de una norma se hubiese obligado a los ciudadanos, por ejemplo, al pago de una prestación patrimonial de carácter público), bien mediante el abono de una indemnización equivalente al valor económico del daño o perjuicio causado.

Por la búsqueda de aquella reparación, los Estados vienen obligados a configurar un «recurso efectivo» a través del cual los ciudadanos puedan articular sus pretensiones

---

<sup>595</sup> Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen: *Responsabilidad del Estado...cit.*, p. 199.

reparatorias, no siendo óbice para la consecución de la pretensión de los ciudadanos que dicho «recurso» o «procedimiento» no se haya establecido normativamente en el ordenamiento jurídico pues, en tal caso, es obligación de los Jueces y Tribunales nacionales, poner a su disposición ese «cauce procesal efectivo», ya sea tendentes a la obtención de una indemnización de daños, ya sea a la reclamación de la devolución de las cantidades indebidamente pagadas.

El régimen de la responsabilidad patrimonial de todos los poderes públicos presenta unas características comunes. En este sentido las víctimas de los daños tienen la obligación de requerir previamente una indemnización a los órganos públicos que sean competentes para otorgarla en la medida que los poderes públicos tienen reconocido el privilegio de tener la primera palabra, aunque no sea la definitiva que en un Estado de Derecho corresponde siempre a los Tribunales de Justicia, en relación a la procedencia, o no, de esta indemnización. Las mismas razones que justifican la existencia de este privilegio de decisión previa para la responsabilidad administrativa y judicial son aplicables a los supuestos de responsabilidad del Estado Legislador.

Este procedimiento administrativo de exigencia de la responsabilidad patrimonial del Estado en sus diversos aspectos se configura así como el medio o forma de fijar y establecer esta responsabilidad. Como regla general este procedimiento se configura con carácter administrativo, es decir, se sustancia y desarrolla en vía administrativa, ante y con intervención de las distintas administraciones públicas, aunque la causa determinante de esta responsabilidad no responda a actuaciones de la Administración ante la que se ejerza la acción de responsabilidad o por la que se establezca esta responsabilidad, aunque el sujeto que realice la actividad determinante de la responsabilidad no sea la propia Administración, esto es aunque ésta derive de actuaciones de un poder público no administrativo, como es el caso de la responsabilidad del poder legislativo.

La configuración de este procedimiento viene determinada por una serie de reglas de procedimiento cuyo juego aplicativo, naturaleza y regulación en el Derecho positivo exponemos seguidamente.

### 2.11.2 *El procedimiento administrativo para exigir responsabilidad legislativa*

El procedimiento administrativo de responsabilidad se ha de encuadrar como la forma administrativa del ejercicio de la acción de responsabilidad, pues es éste el medio que ha establecido el legislador para ejercer, en todo caso y en un primer estadio, la acción que corresponde a los sujetos cuyos derechos hayan sido lesionados por las actuaciones determinantes de esta responsabilidad para obtener la correspondiente indemnización patrimonial, sin perjuicio de que tal responsabilidad pueda establecerse y determinarse de oficio por la propia Administración que ha de indemnizar.

La ausencia de un procedimiento propio para exigir la responsabilidad patrimonial legislativa debe salvarse aplicando las normas que regulan la responsabilidad patrimonial de carácter pública<sup>596</sup>. Deberá seguir el procedimiento regulado en los artículos 142 y 143<sup>597</sup> de

---

<sup>596</sup> Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Responsabilidad patrimonial...cit.*, pp. 106-107, señala que, «En cuanto los daños dimanen de actos legislativos, aunque no tengan naturaleza expropiatoria, se aplicarán las normas del RPRP reguladoras de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad». Vid. CLIMENT BARBERÁ, Juan: «El procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad», en *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez / director*-José Díaz Delgado, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, p. 193, indica que, «En el caso de que el daño o lesión del que se pretenda la responsabilidad patrimonial derive de actos judiciales o legislativos, también nos encontramos ante un procedimiento administrativo de responsabilidad, pues, de una forma u otra y con las especialidades que después señalaremos, la exigencia de esta responsabilidad acaba formalizándose ante una Administración y a través de un procedimiento administrativo; es decir en el caso de la responsabilidad del Estado juez y del Estado legislador, con las peculiaridades que tales actividades requieren, también se ha de sustanciar y fijar esta responsabilidad ante la Administración que en cada caso corresponda-normalmente la estatal y en su caso la autonómica - mediante los correspondientes procedimientos administrativos de responsabilidad, pues aunque el daño o lesión no se produzca por estos sujetos administrativos, legalmente en el caso de la responsabilidad por actos judiciales y jurisprudencialmente, en el caso de responsabilidad por actos legislativos, quien ha de hacer frente a las indemnizaciones es la Administración pública y ello a través del correspondiente procedimiento administrativo».

<sup>597</sup> Artículo 142. Procedimientos de responsabilidad patrimonial.

1. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se iniciarán de oficio o por reclamación de los interesados.
2. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán, por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros si una Ley así lo dispone o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local. Cuando su norma de creación así lo determine, la reclamación se resolverá por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho Público a que se refiere el artículo 2.2 de esta Ley.
3. Para la determinación de la responsabilidad patrimonial se establecerá reglamentariamente un procedimiento general con inclusión de un procedimiento abreviado para los supuestos en que concurren las condiciones previstas en el artículo 143 de esta Ley.
4. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5.
5. En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

la LRJPAC que desarrolla el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se regula el procedimiento para exigir responsabilidad a las distintas Administraciones Públicas para la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Este procedimiento puede iniciarse de oficio, aunque lo normal será que tenga su origen en una reclamación de los interesados que hayan sufrido la lesión patrimonial<sup>598</sup>. Como garantía de objetividad el ejecutivo que resulte competente deberá recabar un informe preceptivo del Consejo de Estado o si se trata de leyes autonómicas de los órganos consultivos equivalentes creados por las Comunidades Autónomas<sup>599</sup>.

### 2.11.2.1 De oficio

La iniciación de oficio del procedimiento general de responsabilidad viene regulado, además de las reglas generales del procedimiento común, por las específicas establecidas reglamentariamente<sup>600</sup>, y se debe de producir en todo caso cuando el órgano competente estime que se ha producido un daño o lesión susceptibles de generar responsabilidad patrimonial.

El acuerdo o resolución de iniciación se puede hacer por propia iniciativa del órgano competente para incoar, que normalmente lo será el competente para resolver, o bien a consecuencia de denuncia, orden de órgano superior o petición razonada de otros órganos, en suma siguiendo las mismas reglas generales del procedimiento administrativo común. Acerca de las reglas propias de la iniciación de oficio de este procedimiento de responsabilidad, es de

---

6. La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa.

7. Si no recae resolución expresa se podrá entender desestimada la solicitud de indemnización.

Artículo 143. Procedimiento abreviado.

1. Iniciado el procedimiento general, cuando sean inequívocos la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, el órgano competente podrá acordar la sustanciación de un procedimiento abreviado, a fin de reconocer el derecho a la indemnización en el plazo de treinta días.

2. En todo caso, los órganos competentes podrán acordar o proponer que se siga el procedimiento general.

3. Si no recae resolución expresa se podrá entender desestimada la solicitud de indemnización.

<sup>598</sup> Art. 142.1 de la LRJPAC y Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Artículo 4. Iniciación. 1. El procedimiento de responsabilidad patrimonial se iniciará de oficio o por reclamación de los interesados.

<sup>599</sup> Vid. VIOQUE GALÁN, Roberto: *La responsabilidad del estado... cit.*, p. 602.

<sup>600</sup> Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Artículo 5. Iniciación de oficio: 1. Cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial entienda que se han producido lesiones en los bienes y derechos de los particulares en los términos previstos en el artículo 2 de este Reglamento iniciará el procedimiento regulado en este Capítulo.

precisar que la denuncia no genera por sí misma la condición de interesado para el particular que la formula, y que en el caso de petición razonada es necesario que se precise la individualización del daño, los sujetos a que afecte, la relación de causalidad, la estimación de la evaluación económica y el momento de su producción, en definitiva los datos que reflejen los requisitos necesarios para la determinación de la responsabilidad<sup>601</sup>.

Asimismo se establece que el acuerdo de iniciación del procedimiento de responsabilidad debe notificarse a los particulares que resulten presuntamente lesionados, a los efectos de que formulen alegaciones y propongan la prueba que consideren necesaria, pasando en todo caso a la fase de instrucción, hayan o no comparecido y alegado los posibles afectados<sup>602</sup>.

La iniciación de oficio, no obstante su naturaleza de actuación obligatoria para la Administración competente cuando estime que puede haber responsabilidad, viene en definitiva vinculada al plazo de la acción de responsabilidad, de tal modo que tan solo se puede y debe iniciar el procedimiento de oficio en tanto no haya prescrito la acción de responsabilidad y por tanto el procedimiento sólo se puede iniciar de oficio, durante el mismo periodo de tiempo establecido y aplicable para la reclamación y correspondiente iniciación a instancia del interesado.

#### 2.11.2.2 A instancia del interesado

El procedimiento general de responsabilidad se inicia a instancia del interesado cuanto sea el afectado por el daño o lesión el que pida la correspondiente indemnización, es decir cuando la acción de responsabilidad se ejerza por el sujeto titular de la misma.

En este caso la regulación reglamentaria<sup>603</sup> remite expresamente a las reglas generales de iniciación a instancia del interesado del procedimiento administrativo común<sup>604</sup>, cuando no

---

<sup>601</sup> Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Art. 5.2.

<sup>602</sup> Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Art. 5.3.

<sup>603</sup> Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Artículo 6. Iniciación por reclamación del interesado.  
1. Cuando el procedimiento se inicie a instancia del interesado, la reclamación se dirigirá al órgano competente y deberá ajustarse a lo previsto en el artículo 70 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.



las reitera en sus mismos términos, si bien exige que el escrito de iniciación especifique la lesión, el nexo causal, la evaluación económica del daño y el momento en que se produjo, a más de las alegaciones y pruebas que estime convenientes, en definitiva especificando los elementos que se requieren para la determinación de la responsabilidad, de modo análogo a como ocurre en el caso, antes referido, de la iniciación de oficio.

Si se admite la reclamación por el órgano competente, el procedimiento se impulsará de oficio en todos sus trámites y se podrá acordar la acumulación de la reclamación a otro procedimiento con el que guarde identidad sustancial o íntima conexión. Contra el acuerdo de acumulación no procede recurso alguno<sup>605</sup>.

La resolución que se dicte agota en todo caso la vía administrativa<sup>606</sup>, sin perjuicio de que con arreglo al vigente artículo 116<sup>607</sup> de la LRJPAC en la redacción que le ha dado la Ley 4/1999, de 13 de enero, pueda interponerse en el plazo de un mes un recurso potestativo de reposición contra la misma ante el Consejo de Ministros o el Consejo de Gobierno competente. Contra la desestimación expresa o presunta de este recurso administrativo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

### 2.11.2.3 Las reglas del procedimiento abreviado

La regulación legal de los procedimientos de responsabilidad patrimonial prevé la existencia del llamado procedimiento abreviado de responsabilidad, que se desarrolla reglamentariamente para determinados supuestos especialmente claros en los que resulta

---

En la reclamación se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante.

<sup>604</sup> Artículos 142 y 143 de la LRJPAC

<sup>605</sup> Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Artículo 6.2.

<sup>606</sup> Art. 142.6 de la LRJPAC.

<sup>607</sup> Artículo 116. Objeto y naturaleza.

1. Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2. No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

sencilla y concluyente la determinación de la existencia y la fijación de la valoración de la indemnización de esta responsabilidad patrimonial y que difícilmente se utilizará en el ejercicio de acción contra los daños normativos, en razón, de la complejidad jurídica que este asunto conlleva.

Sin embargo, no descartamos su total utilidad, ya que en ciertas circunstancias, este procedimiento administrativo puede ser adecuado, cuando, por ejemplo, en el supuesto que la responsabilidad normativa sea reconocida por la Administración. No haría falta, echa mano al procedimiento de responsabilidad patrimonial, pues, con el procedimiento abreviado se lograría el mismo objetivo en menos tiempo y “esfuerzo”.

#### 2.11.2.3.1 Naturaleza

El llamado procedimiento administrativo abreviado para la reclamación de la responsabilidad patrimonial no es un verdadero procedimiento, en el sentido de un modelo secuencial de trámites de procedimiento, pues de su configuración normativa se desprende que de lo que se trata bajo esta denominación es del mismo modelo del llamado procedimiento ordinario con la abreviación de trámites y plazos.

Se trata, además y a mayor abundamiento de lo dicho, de un procedimiento inserto en el llamado procedimiento ordinario pues no cabe su iniciación autónoma del mismo sino que tan sólo puede plantearse una vez iniciado éste y antes del trámite de audiencia<sup>608</sup>.

En realidad se trata de una serie de reglas especiales de procedimiento aplicables en determinados supuestos, que acortan la duración de los procedimientos administrativos de reclamación de responsabilidad, y que son aplicables sobre y en lugar de las reglas propias de los mismos, los tramitados con arreglo al llamado procedimiento general de responsabilidad.

#### 2.11.2.3.2 Supuestos de aplicación

La aplicación de estas reglas especiales de acortamiento de los procedimientos administrativos de reclamación de responsabilidad patrimonial es potestativa, se acuerda expresamente de oficio por el órgano instructor, suspendiendo la aplicación de las reglas del

---

<sup>608</sup> Art. 143.1 y 2 de la LRJPAC.

procedimiento general. Y en todo caso, tal decisión se ha producido e iniciado el procedimiento y antes del trámite de audiencia<sup>609</sup>.

Tanto la norma legal como la reglamentaria concretan la posibilidad de acudir a la tramitación abreviada del procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad, en que los elementos esenciales de la existencia de la responsabilidad patrimonial: la lesión, el nexo causal con el servicio público, la valoración del daño y la cuantía de la indemnización, sean inequívocos ajuicio del instructor del procedimiento ya iniciado en todo caso como general y a la vista de las actuaciones, documentos e informaciones producidas en dicho procedimiento general.

#### 2.11.2.3.3 Variaciones sobre las reglas generales

Las variaciones sobre las reglas generales del procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad en que se concreta el llamado procedimiento abreviado consisten en la omisión de trámites y el acortamiento de plazos para los que en todo caso se hayan de producir como parte del mismo.

La iniciación, es de esta forma abreviada del procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad por lo expuesto, es decir, entre la iniciación y antes de la audiencia, se ha de producir en la fase de instrucción del procedimiento general y determinar la suspensión de cualesquiera otros trámites de dicha fase de instrucción y el pase directamente al trámite de audiencia, situado al final de la fase de instrucción. Así el acuerdo de iniciación del procedimiento abreviado, es decir el acuerdo que determina la aplicación de estas reglas de acortamiento de trámites y plazos, ha de notificarse a los interesados abriendo ya el plazo de audiencia y con los requisitos exigidos para ella, la enumeración de los documentos a los efectos de que el interesado pueda pedir las copias que considere necesarias, si bien el plazo de audiencia se acorta a cinco días, dentro de los cuales podrá formular las alegaciones y presentar los documentos que estime convenientes a su derecho. Durante este

---

<sup>609</sup> Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Artículo 14. Iniciación del procedimiento abreviado.

1. Cuando a la vista de las actuaciones, documentos e informaciones del procedimiento general, el órgano instructor entienda que son inequívocas la relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento del servicio público, la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento general y la iniciación de un procedimiento abreviado que se tramitará de acuerdo con lo previsto en este Capítulo.

2. Sólo podrá iniciarse procedimiento abreviado antes del trámite de audiencia.

plazo tanto la administración como el interesado podrán proponer la terminación convencional del procedimiento mediante el correspondiente acuerdo indemnizatorio<sup>610</sup>.

En el caso de que sea preceptivo el dictamen de órgano consultivo, lo que resultará de la aplicación de las mismas reglas generales del procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad por remisión, expresa a las mismas, la variación consiste en el acortamiento del plazo de emisión del dictamen que se reduce de dos meses a diez días, transcurridos los cuales, aunque no se hubiera producido el dictamen, será lo más frecuente atendida la cortedad del plazo de emisión se deberá producir la resolución o la formalización del convenio indemnizatorio. En el caso de que se emita dictamen del órgano consultivo – naturalmente en plazo- y éste sea disconforme o discrepe de la propuesta de resolución o de convenio indemnizatorio se dispone la necesaria terminación de la tramitación abreviada del procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad y la vuelta a las reglas generales del mismo, en suspenso desde que se acuerda la iniciación de la tramitación abreviada, con levantamiento de la suspensión, notificación al interesado y traslado al órgano instructor que deberá continuar el procedimiento por las reglas generales del mismo<sup>611</sup>.

La terminación por silencio se produce también con acortamiento de plazo que queda reducido a treinta días desde que se acordó iniciar el procedimiento abreviado sin que se haya resuelto expresamente formalizado acuerdo o acordado volver al procedimiento general, debiendo entenderse que en este último caso el silencio se ha de producir en los plazos

---

<sup>610</sup> Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Artículo 15. Audiencia.

1. Al notificarse a los interesados el acuerdo de iniciación del procedimiento abreviado se les facilitará una relación de los documentos obrantes en el procedimiento, a fin de que puedan obtener copia de los que estimen convenientes, y se les concederá un plazo máximo de cinco días para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.
2. Durante el indicado plazo, tanto el órgano instructor como el lesionado podrá acordar proponer la terminación convencional del procedimiento fijando los términos de una propuesta de acuerdo indemnizatorio.

<sup>611</sup> Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Artículo 16. Dictamen.

Concluido el trámite de audiencia, en el plazo de cinco días el órgano instructor propondrá, cuando proceda, que se solicite dictamen preceptivo en los términos previstos en el artículo 12 de este Reglamento. El dictamen deberá ser emitido en el plazo de diez días.

Artículo 17. Terminación.

1. Recibido, en su caso, el dictamen o transcurrido el plazo para su emisión, el órgano competente resolverá el procedimiento o someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo competente para suscribirlo. Si el dictamen a que se refiere el artículo anterior discrepa de la propuesta de resolución o de la propuesta de terminación convencional, el órgano competente para resolver acordará el levantamiento de la suspensión del procedimiento general y la remisión de todo lo actuado al órgano competente para su instrucción, notificándolo al interesado

establecidos en las reglas generales del procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad<sup>612</sup>.

#### 2.11.2.4 El silencio administrativo

En caso de silencio administrativo será aplicable, el plazo de seis meses de resolución previsto en el artículo 13.3<sup>613</sup> del reglamento que regula el procedimiento para exigir responsabilidad a las distintas Administraciones Públicas y no el supletorio de tres meses que recoge el actual artículo 42.3<sup>614</sup> de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Ello se debe a que el procedimiento de responsabilidad legislativa se construye a partir del previsto para la responsabilidad de las Administraciones Públicas. No parece lógico que la responsabilidad del Estado Legislador que presenta una mayor complejidad técnica deba ser resuelta por el Consejo de Ministros o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma en la mitad del plazo que existe para las reclamaciones de responsabilidad administrativa.

Por las mismas razones el silencio tendrá un carácter desestimatorio<sup>615</sup>. Contra la desestimación presunta se podrá interponer también potestativamente un recurso de reposición en el plazo de tres meses a partir de que se produzca el acto presunto. Sin embargo, si no se resuelve expresamente este recurso se mantendrá el carácter desestimatorio del silencio por aplicación de lo dispuesto en el último inciso del vigente artículo 43.2<sup>616</sup>

---

<sup>612</sup> Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Artículo 17.2. Transcurridos treinta días desde la iniciación del procedimiento sin que haya recaído resolución, se haya formalizado acuerdo o se haya levantado la suspensión del procedimiento general podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular.

<sup>613</sup> Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.  
13.3. Transcurridos seis meses desde que se inició el procedimiento, o el plazo que resulte de añadirles un período extraordinario de prueba, de conformidad con el artículo 9 de este Reglamento, sin que haya recaído resolución expresa o, en su caso, se haya formalizado el acuerdo, podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular.

<sup>614</sup> 42.3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:  
a. En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.  
b. En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

<sup>615</sup> Art. 142.7 de la LRJPAC.

<sup>616</sup> 43.2 La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

### ***2.11.3 El control jurisdiccional de la responsabilidad del Estado Legislador***

La resolución expresa o presunta de los ejecutivos estatal y autonómico emanada de una petición de responsabilidad por leyes es una actuación jurídica susceptible de ser controlada posteriormente por los Tribunales de justicia. Así, nos queda por ver cuál es el orden jurisdiccional competente para decidir definitivamente sobre la procedencia de indemnizaciones por responsabilidad legislativa y concretar el papel que el Tribunal Constitucional desempeña en relación con este tipo de reclamaciones.

La competencia judicial para conocer de las reclamaciones de responsabilidad por actos legislativos corresponde a los Tribunales del orden contencioso-administrativo. Si se trata de leyes estatales su resolución corresponderá a la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo<sup>617</sup> mientras que en relación con las leyes autonómicas serán competentes las salas de este orden del Tribunal Superior de justicia de la Comunidad Autónoma de que se trate<sup>618</sup>.

#### ***2.11.3.1 La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre el control de la responsabilidad legislativa***

Desde un primer momento la jurisdicción contencioso-administrativa se ha arrogado para sí la competencia para resolver los litigios en los que se hayan planteado pretensiones indemnizatorias que tengan su origen en una ley.

En efecto, como ya se ha visto la cuestión de la responsabilidad del Estado Legislador surgió con apasionamiento a partir de las aprobaciones de una serie de leyes de política social

---

<sup>617</sup> Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. 12.1. La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conocerá en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con:

a. Los actos y disposiciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno.  
c. Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo.

<sup>618</sup> Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. 10.1. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con:

b. Las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales.  
c. Los actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en materia de personal, administración y gestión patrimonial.

que adelantaron la edad de jubilación forzosa de los Jueces y Magistrados y del personal al servicio de la Administración Pública y que establecieron un más estricto régimen de incompatibilidades de los servidores públicos. Dio la casualidad de que estas leyes precisaban para su efectividad de una previa aplicación administrativa. Los perjudicados aprovecharon los recursos disponibles contra los actos administrativos de aplicación de estas leyes para acumular a la pretensión de nulidad de la medida en base a una pretendida inconstitucionalidad de estas leyes pretensiones subsidiarias de responsabilidad del Estado Legislador. La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo reaccionó declarando la competencia del Consejo de Ministros para resolver en vía administrativa las peticiones de responsabilidad legislativa<sup>619</sup> ya que se trataba de leyes que habían aprobado las Cortes Generales<sup>620</sup>.

Con esta decisión al mismo tiempo que se estaba garantizando el monopolio para conocer sobre los supuestos de responsabilidad legislativa cuando las leyes fueran estatales se estaba consolidando su naturaleza contencioso-administrativa.

Si se trata de leyes autonómicas la competencia correspondería a la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente. Esta "*administrativización*" de la responsabilidad legislativa se justifica por razones sustantivas y procesales. La orfandad normativa de que adolece esta materia pese a la existencia del artículo 139.3 de la LRJPAC se tiene que suplir acudiendo a los principios comunes de la responsabilidad pública y de los procedimientos para exigirla que regulan las leyes de carácter administrativo. En este sentido cuando el Consejo de Ministros o un

---

<sup>619</sup> Por referencia a la Sentencia de 8 de enero de 1998, según la cual: "sólo el Consejo de Ministros puede pronunciarse sobre la exigencia de responsabilidad del Estado legislador" y sus pronunciamientos sólo pueden ser objeto de revisión jurisdiccional por la Sala Tercera de este Tribunal Supremo ya que la presunta privación de derechos económicos por un acto legislativo, sin concreción, por tanto, en ningún departamento ministerial, corresponde enjuiciarla al Consejo de Ministros como órgano superior de la Administración y Gobierno al que se le atribuye la función ejecutiva conforme al *artículo 97* de la Constitución que, al no venir radicada en este caso en una rama determinada de la Administración, corresponde al titular de dicha gestión administrativa, es decir, el Estado en su conjunto y totalidad.

<sup>620</sup> En la sentencia ATS 1951/2011 de diecisiete de febrero de 2011, la Sala Tercera del Tribunal Supremo definió como la competente para conocer del recurso contencioso-administrativo planteado contra acto del Consejo de Ministros sobre responsabilidad patrimonial del Estado legislador. En su razonamiento jurídico segundo, afirmó que siendo el objeto del recurso una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, cuya resolución corresponde al Consejo de Ministros, la competencia para conocer del mismo corresponde a esta Sala de la Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con el *artículo 12.1.a) de la Ley* de esta Jurisdicción.

Gobierno autonómico resuelven sobre una reclamación de responsabilidad legislativa está aplicando normas de derecho público.

La resolución que se dicte es a todos los efectos un acto administrativo. Por esta razón si no recae una resolución expresa podrá fabricarse un acto presunto a través de la técnica del silencio administrativo.

El acto expreso o presunto que resuelve una petición de responsabilidad del Estado Legislador tiene naturaleza de acto administrativo tanto por el sujeto que lo dicta como por el derecho que aplica.

Esta afirmación bastaría, desde luego, para confirmar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en este tipo de litigios conforme a lo dispuesto en el artículo 1.1<sup>621</sup> de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. De hecho no habría que forzar excesivamente la interpretación de lo que dispone su artículo 2.<sup>622</sup> para entender comprendida la responsabilidad por actos normativos. La atribución de competencia a la jurisdicción contenciosa «*cualquiera que sea la naturaleza de la actividad*» permite que sin dificultad se pueda entender incluida también la actividad normativa.

Por otra parte, la jurisdicción de los Tribunales contenciosos respecto de los litigios sobre responsabilidad legislativa tiene un perfecto encaje en la genérica fórmula que utiliza el artículo 24<sup>623</sup> de la Ley orgánica del Poder judicial.

---

<sup>621</sup> Artículo 1.1. Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.

<sup>622</sup> Artículo 2. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

a. La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos.  
e. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

<sup>623</sup> Artículo 24. En el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas Españolas. Asimismo conocerá de las que se deduzcan en relación con actos de los poderes públicos españoles, de acuerdo con lo que dispongan las Leyes.



Esta atribución de competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido asumida pacíficamente por los demás órdenes jurisdiccionales<sup>624</sup>.

En definitiva, la naturaleza jurídico-pública de la responsabilidad del Estado Legislador determina la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los recursos que se planteen contra las decisiones del Consejo de Ministros o de los respectivos Consejos de Gobiernos autonómicos que resuelvan reclamaciones de responsabilidad legislativa.

### 2.11.3.2 El papel del Tribunal Constitucional en relación con las reclamaciones de responsabilidad por actos del legislador

El Tribunal Constitucional español que se ha pronunciado de una forma expresa a favor de la aplicación de la figura de la responsabilidad del Estado Legislador ha dejado en manos de los Tribunales ordinarios, en concreto de los Jueces y Tribunales del orden contencioso-administrativo, la tutela efectiva de esta garantía patrimonial. Esta doctrina constitucional se recoge con claridad en su destacada STC 70/1988, de 19 de abril.

---

<sup>624</sup> En este sentido merece destacarse la sentencia de 27 de julio de 1993 de la sala de lo social del Tribunal Supremo que casa otra del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que había declarado la competencia del orden social para conocer pretensiones de responsabilidad por actos legislativos. En este asunto un trabajador laboral había demandado al ente público para el que trabajaba la reparación de los perjuicios que le había causado su jubilación anticipada legislativamente impuesta. El Tribunal Supremo resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina señala que la eventual indemnización se someterá a lo dispuesto en el hoy derogado artículo 40 de la LRJAE y que «de acuerdo con este precepto no ofrece duda que la indemnización que prevé en favor de los particulares por la lesión que puedan sufrir en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos -en este caso del «servicio público» que presta el Poder Legislativo- compete declararla al Orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo. Conclusión a la que asimismo se llega por imperativo de lo prevenido en los arts. 1 y de la Ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27-12-1956». Además, la competencia que la Sala tercera del Tribunal Supremo ha defendido celosamente. Resulta en este punto especialmente elocuente su auto de 16 de septiembre de 1997. Este asunto inadmite la alegación previa de falta de jurisdicción invocada por la Abogacía del Estado condenándola expresamente a las costas de este incidente procesal por temeridad. La rotunda argumentación que despliega contra la desafortunada estrategia procesal de la defensa entendemos no eximen de cualquier comentario al señalar que «no se está ante una pretensión dirigida frente a una Ley sino de la petición de declaración de responsabilidad patrimonial derivada de la aprobación de una norma con rango de Ley, de la que conoce esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa según criterio jurisprudencial, recogido en todas las Sentencias sobre esta materia, sancionado legalmente por la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al reconocer en su artículo 139.3 la existencia de dicha responsabilidad por actos legislativos de naturaleza expropiatoria y cuando así los establezcan los propios actos legislativos».

Los particulares no pueden, por lo tanto, hacer valer sus pretensiones indemnizatorias en concepto de responsabilidad legislativa utilizando ninguno de los procesos constitucionales que existen en la actualidad.

Esta circunstancia cierra el paso hacia el Tribunal Constitucional de todas las pretensiones indemnizatorias que tengan su base en el reconocimiento de responsabilidad por una actuación u omisión pública. En este punto coincide una vez más la responsabilidad del Estado Legislador con el régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas y del poder judicial. Una vez agotada la vía judicial no cabe interponer un recurso de amparo constitucional.

El recurso de amparo está vetado incluso cuando el fundamento de la responsabilidad legislativa se encuentre en los daños producidos por la violación imputable a una ley del contenido esencial de un derecho fundamental<sup>625</sup>. El amparo constitucional servirá para eliminar la infracción constitucional y restablecer al particular en el disfrute de sus derechos materialmente garantizados por la Constitución. Al margen de este proceso quienes hayan resultado lesionados podrán solicitar una indemnización al Gobierno si se trata de una ley estatal o al ejecutivo autonómico si la ley causante del daño era autonómica.

Tampoco los procedimientos constitucionales de declaración de inconstitucionalidad son un cauce válido para satisfacer una indemnización en concepto de responsabilidad legislativa. En estos procedimientos el Tribunal Constitucional actúa como un guardián de la Constitución velando porque las normas con rango de ley no contradigan los mandatos constitucionales. No tiene cabida en ellos el ejercicio de una acción de responsabilidad legislativa tal y como ha confirmado la STC 100/1989, de 5 de junio.

Pero esto no quiere decir que el Tribunal Constitucional se encuentre completamente al margen de la figura de la responsabilidad del Estado Legislador. En su misión de controlar la constitucionalidad de las leyes este Tribunal puede jugar un papel semejante al que realiza

---

<sup>625</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1997 rechaza el recurso de amparo contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia desestimatoria de la devolución y anterior a la declaración de inconstitucionalidad, ya que la anulación del precepto lo fue por vulneración del principio de seguridad jurídica (9.3 CE), que por imperativo de los artículos 53.2 CE y 41.1 LOTC, queda extramuros del proceso de amparo, como reiteradamente ha declarado este Tribunal (Sentencias 165/1993, 233/1993 y 28/1994, entre otras). Posibilidad que, no obstante, queda indudablemente abierta cuando se vulnera un precepto constitucional susceptible de amparo.

cuando fiscaliza una ley de contenido expropiatorio. A través de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad puede anular una norma con rango de ley que excluya expresamente toda indemnización por los daños que pueda causar por infracción del artículo 9.3 de la Constitución que establece la responsabilidad de todos los poderes públicos incluido el poder legislativo.

Del mismo modo, la vía de la cuestión de inconstitucionalidad se convierte en un instrumento idóneo para que los Jueces y Tribunales del orden contencioso-administrativo puedan colaborar con el Tribunal Constitucional en orden a averiguar la existencia de un ilícito legislativo; esto es, de una actuación u omisión legislativa contraria a la Constitución que lesione el contenido material de los derechos que ésta atribuye a los particulares.

Como ha advertido FERNANDO GARRIDO FALLA<sup>626</sup> el Tribunal constitucional tiene la última palabra sobre la constitucionalidad del vigente artículo 139.3 de la Ley 30/1992, así como de cualquier otro desarrollo legislativo que se pretenda hacer en el futuro del artículo 9.3 de la Constitución para regular la responsabilidad del Estado Legislador contenida en la garantía de la responsabilidad de los poderes públicos que este precepto establece.

La posición que ocupa el Tribunal Constitucional respecto de la responsabilidad del Estado Legislador no debe llevar al desengaño. Si se mira atentamente la protección que la Constitución española brinda a la responsabilidad legislativa, ésta coincide con la que se otorga a la otra principal garantía patrimonial frente a las inmisiones normativas que representa la expropiación legislativa. El mérito que tiene la Constitución española de 1978 radica precisamente en haber conseguido blindar patrimonialmente al ciudadano frente a los daños antijurídicos procedentes de todos los poderes públicos.

#### ***2.11.4 La prescripción de la acción***

En materia de responsabilidad patrimonial el ordenamiento español establece un plazo común de un año para la prescripción de la acción tanto por lo que se refiere a los

---

<sup>626</sup> Vid. GARRIDO FALLA, Fernando: «La Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992», *Revista española de Derecho administrativo*, n. 77, 1993, p. 129.

particulares<sup>627</sup> como a los poderes públicos<sup>628</sup>. Este plazo de un año también será aplicable a la acción de responsabilidad por actos del Legislador.

El *dies a quo* a partir del que comienza a correr este plazo de prescripción será aquél en que se pueda solicitar la indemnización. Esta circunstancia determina que la responsabilidad legislativa empezará a prescribir en momentos diferentes según se trate de un lícito o de un ilícito legislativo<sup>629</sup>.

La reclamación de indemnización por los daños que puede producir una ley válida se puede plantear cuando se le haya aplicado efectivamente al particular.

Si la ley no requiere de actos de aplicación sino que produce efectos de una manera inmediata como señala el plazo empezará a contarse desde la entrada en vigor del acto legislativo. En caso contrario la víctima no sufrirá el daño hasta que no se haya producido la aplicación administrativa, o en su caso judicial, de la ley. Éste será el momento en que ya se podrá reclamar la responsabilidad legislativa por lo que comenzará a prescribir esta acción. Este mismo régimen de prescripción resulta aplicable a los perjuicios originados por reglamentos válidos.

En relación con la prescripción del ilícito legislativo es necesario distinguir los casos de leyes u omisiones legislativas inconstitucionales de aquellas en que se produce un incumplimiento del Derecho comunitario. En el derecho español el Tribunal Constitucional

---

<sup>627</sup> Artículo 1968. Prescriben por el transcurso de un año: 2. La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado.

Artículo 1902. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado

<sup>628</sup> Art. 142.5 de la LRJPAC.y Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Artículo 293.1. La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca.

2. Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución cabrá recurso contencioso-administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse.

<sup>629</sup> Vid. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1998, p. 129 y ss.

tiene el monopolio para declarar la inconstitucionalidad de una ley o de su ausencia. Por lo tanto, aunque los particulares sufran el perjuicio que tenga su origen en una actuación u omisión contraria la Constitución cuando se les aplica, la antijuridicidad del daño no se constata hasta que recaiga la sentencia constitucional que estima la inconstitucionalidad.

Sólo a partir de este momento puede el lesionado ejercitar la acción de responsabilidad legislativa. En consecuencia la publicación de la sentencia constitucional marca el inicio de la prescripción de la responsabilidad por leyes inconstitucionales<sup>630</sup>.

La jurisprudencia no se fija en el hecho de que los particulares tengan en sus manos la posibilidad de impedir la producción del daño, bien impugnando directamente la norma, bien recurriendo sus actos de aplicación, sino en que la antijuridicidad del daño originado por un reglamento aparezca cuando éste se anula judicialmente. Si no fuera así sólo tendrían derecho a una reparación económica quienes hayan combatido puntualmente los efectos de la norma ilegal quedando sin indemnización el resto de los afectados por el reglamento que han acatado sin recurrir sus preceptos.

Así lo ha declarado en los reiterados fallos dictados en relación con la indemnización por los daños producidos como consecuencia de la rebaja de los márgenes farmacéuticos ordenada por un reglamento anulado posteriormente por el propio Tribunal Supremo. En su paradigmática sentencia de 15 de octubre de 1990 dispuso el hecho que motivó el daño<sup>631</sup>.

La fecha inicial del cómputo es la publicación de la sentencia que anula la normativa. Es en ese momento se determina la antijuridicidad del daño y cuando, por lo tanto, el particular sabe que no tiene porqué soportar los daños que la aplicación del reglamento le ha causado.

---

<sup>630</sup> Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Responsabilidad patrimonial...cit.*, p. 108, indica que, «la jurisprudencia, congruentemente con el principio de la *actio nata*, ha declarado que el plazo del año para deducir la reclamación de indemnización empezará a computarse desde la publicación de la inconstitucionalidad de la norma». En la sentencia STS 183/2011 de uno de febrero de 2011 indica que la prescripción de acción de reclamación de responsabilidad patrimonial por daños de ley inconstitucional empieza desde la publicación de la sentencia que declara la nulidad.

<sup>631</sup> «La decisión judicial anulatoria de la norma reglamentaria causante del daño cuya conversión en ilegítima se produce entonces, apareciendo así la lesión, en su doble aspecto material y jurídico. Por lo tanto, el cómputo del año comenzó el día en el cual se publicó la sentencia de esta Sala que anuló el reglamento. En efecto, el principio general de la «*actio nata*» significa que el cómputo del plazo para ejercitarla sólo puede comenzar cuando ello es posible. Ese momento no es otro sino aquel en el cual haya ganado firmeza la sentencia donde se declare la nulidad del acto administrativo (o disposición general) origen o causa de la responsabilidad patrimonial».

Sin embargo, es discutible la rígida doctrina jurisprudencial que en este mismo asunto se ha establecido a la hora de fijar como *dies a quo* la fecha de lectura pública de la sentencia que anula la norma ilegal en lugar de la más razonable de su publicación en el Boletín oficial correspondiente. Parece obvio que la mera publicidad de las sentencias con su lectura en el estrado está lejos de asegurar a las posible víctimas el conocimiento de la anulación del reglamento ilegal por lo que esta doctrina infringiría el principio de seguridad jurídica. Esta interpretación atentaría el derecho a una tutela judicial efectiva al impedir arbitrariamente el acceso a los Tribunales de Justicia. No obstante, esta censurable jurisprudencia ha sido increíblemente confirmada por el Tribunal Constitucional a partir del recurso de amparo resuelto por la STC 42/1997, de 10 de marzo<sup>632</sup>.

Para Alto Tribunal esta interpretación restrictiva y generadora de indefensión no vulnera el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva porque, por un lado, considera que el principio *pro actione*, que le es inherente, se aplica exclusivamente cuando el órgano jurisdiccional inadmite una acción sin resolver sobre el fondo del asunto y el Tribunal Supremo había entrado en el fondo pero había desestimado por considerar prescrita la responsabilidad.

Un asunto idéntico sería avocado por el Pleno del Tribunal Constitucional y resuelto por la posterior STC 160/1997, de 12 de junio. A esta sentencia también desestimatoria se formularía sendos votos particulares. Los magistrados José Vicente Gimeno Sendra, Enrique Ruiz Vadillo y Manuel Jiménez de Parga y Cabrera afirmarían con más sentido común que una *«pseudo publicación, como mero componente de una liturgia forense esotérica, en la que las partes está ausentes, no puede ser el acto requerido por nuestra Constitución para posibilitar el derecho a la tutela judicial efectiva o a los recursos»*.

No obstante, esta restrictiva interpretación del cómputo de los plazos a partir de la lectura de la sentencia que anula una disposición normativa y no de su publicación, incomprensiblemente avalada por nuestro Tribunal Constitucional, ha sido totalmente

---

<sup>632</sup> El recurrente había presentado su reclamación de responsabilidad un año y dos días después de la lectura pública de la sentencia que había anulado la Orden ministerial que rebajaba los márgenes de venta en los productos farmacéuticos pero un día antes de que transcurriera el año desde que se notificó esta sentencia al recurrente, el Consejo General de Colegios Oficiales Farmacéuticos de España, y varios meses antes de que expirara este plazo de un año desde su publicación en el Boletín oficial del Estado. Después reiterada en las posteriores SSTC 160/1997, de 2 de octubre, 168 y 169/1997, de 13 de octubre y 207/1997, de 27 de noviembre.

desautorizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En su sentencia de 25 de enero de 2000, recaída en el asunto *Miragall Escolarlo y otros*, ha declarado que el Estado español ha violado con esta doctrina jurisprudencial el artículo 6.1<sup>633</sup> del Convenio europeo de Derechos Humanos que reconoce el derecho a tener un juicio justo.

Por otra parte, el Tribunal Supremo que, como ya se ha visto, ha dado carta de naturaleza recientemente a la responsabilidad por leyes inconstitucionales no ha dudado en establecer como *dies a quo* para el nacimiento de esta acción de responsabilidad la fecha de publicación de la sentencia constitucional. Así, en el fundamento jurídico noveno de la sentencia de 13 de junio de 2000 señala que «este plazo, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, comienza a computarse a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, con arreglo a la doctrina de la «actio nata» o nacimiento de la acción. Resulta evidente que el momento inicial del cómputo, en el caso contemplado, no puede ser... sino el de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la nulidad de la ley por estimarla contraria a la Constitución, permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción. En consecuencia es dicha publicación la que determina el inicio del citado plazo específicamente establecido por la ley para la reclamación por responsabilidad patrimonial dirigida a las Administraciones Públicas».

Finalmente, hay que señalar que la prescripción sólo se interrumpe cuando se reclama al órgano competente la indemnización de los daños y perjuicios.

---

<sup>633</sup> Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

## **3 LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA**

### *3.1 Delimitación del objetivo de la investigación*

El objetivo de ese capítulo es el análisis del contenido y de los efectos de la decisión de inconstitucionalidad de la ley tributaria, determinándose algunos de los puntos fundamentales del régimen jurídico de la invalidez de la ley tributaria inconstitucional.

Sin embargo, como se examinará en la presente investigación, éste asunto presenta numerosas dificultades. Las muchas interrogantes que suscita el tema no merecieron, hasta hoy, las contestaciones debidas, en razón, de los muchos intereses que rodean el sistema del control de constitucionalidad, aún más, con el incremento de la limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

Buscamos analizar las vicisitudes de la aplicación de la eficacia prospectiva en las leyes tributarias consideradas inconstitucionales. Apuntándose las incomodidades de ésta eficacia a los derechos y garantías de los contribuyentes.

### *3.2 El concepto de validez jurídica*

#### ***3.2.1 Algunas advertencias terminológicas***

Afrontar el tema de la «validez jurídica» implica, necesariamente, comenzar con una aclaración conceptual del mismo término «validez». No sólo porque existen distintas consideraciones del concepto de validez (sobre él se funda las consideraciones iusnaturalistas, normativistas y realistas)<sup>634</sup>, sino también porque el propio término «validez», además de ser utilizado normalmente con bastante ambigüedad<sup>635</sup>, refleja la existencia de un concepto *polisémico* o, incluso, «pluridimensional»<sup>636</sup>. Todo lo cual nos lleva a tomar como punto de

---

<sup>634</sup> Vid. PECES-BARBA, Gregorio: *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate, Madrid, 1983, pp. 168-169.

<sup>635</sup> Vid. NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del derecho*, 7. ed., Ariel, Barcelona, 1996, pp. 132-133, señala hasta seis «focos de significado» con que se suele usar la expresión «validez».

<sup>636</sup> Vid. HENKEL, Heinrich: *Introducción a la filosofía del derecho: fundamentos del derecho*, Taurus, Madrid, 1968, p. 715.



partida la afirmación de la inexistencia, desde un punto de vista científico, de un concepto *unívoco* de validez del Derecho<sup>637</sup>.

En efecto, comenzando por aclarar la cuestión semántica, es preciso señalar que no es lo mismo la «validez» para un jurista que para un científico social. Esta distinción, de inicio, se puso de manifiesto por Max Weber, y distinguió, desde un punto de vista jurídico, el concepto de validez ideal (plano del deber ser) o validez normativa, y desde el punto de vista sociológico, el concepto de validez empírica (plano del ser)<sup>638</sup>. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que este último es un concepto más amplio que el de validez normativa. Podría decirse que el concepto de validez empírica es un concepto *jurídico-real*, mientras que el de validez normativa es un concepto *jurídico-ficticio*. Este último se aplica a los distintos ordenamientos jurídicos, mientras que aquél analiza la realidad tal como es y es aplicable, no sólo a los órdenes jurídicos, sino también a otros órdenes sociales, pero extrajurídicos.

Por otra parte, el concepto de *validez empírica* implica una cierta idea normativa o de obligatoriedad en los individuos que cumplen las normas. Esto es lo que lleva algunos autores a decir que «el concepto de validez jurídica, y el de validez sociológica, constituyen tan sólo dos aspectos diferentes de la misma realidad empírica»<sup>639</sup>.

El objeto del concepto sociológico o empírico de validez es la validez social. Una norma vale *socialmente* si es obedecida o en caso de desobediencia se aplica una sanción. Así, la norma puede ser obedecida en diferente medida y su desobediencia puede ser sancionada en medida diferente. Una norma que es obedecida en el 80% de todas las situaciones de aplicación y se aplica sanción en el 95% de los casos de desobediencia tiene un muy alto grado de eficacia<sup>640</sup>.

---

<sup>637</sup> Vid. MACÍA MANSO, Ramón: *Reflexiones sobre la validez jurídica*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1967, p. 48. Señala que: «El problema de la fundamentación de la validez nos ha llevado al problema de la fundamentación y justificación del poder mismo, o como se denominó antiguamente, el problema de la legitimación del poder. La búsqueda de una solución al problema de la validez nos sitúa en una perspectiva teórica transcendente al ordenamiento jurídico. Hemos comprobado que mientras nos mantuviéramos en la realidad fenoménica del derecho, era inútil buscar una salida imposible de alcanzar desde aquel punto».

<sup>638</sup> Vid. FARIÑAS DULCE, María José: *La sociología del derecho de Max Weber*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, p. 184 y ss.

<sup>639</sup> Vid. DREIER, Ralf: *Recht, Moral, Ideologie: Studien zur Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981, p. 24.

Desde otra perspectiva, habría que establecer también una distinción entre el concepto de validez jurídica en sentido estrictamente *formal* (validez de la norma jurídica) y el concepto de validez del ordenamiento jurídico en su conjunto.

El primero ha sido denominado como validez «intrasistemática o validez puramente formal»<sup>641</sup>, en el sentido de que se produce *dentro* del propio sistema jurídico. De esta forma, la validez de una norma jurídica haría referencia normalmente a los criterios de pertenencia de las normas a un determinado sistema jurídico; así, una norma jurídica sería «válida» cuando perteneciera a un determinado sistema jurídico. Y, en principio, el criterio de pertenencia de una norma a un sistema jurídico viene generalmente dado por la autorización que otra norma superior del sistema establece para la creación de la norma inferior. Uno de los autores que más claramente ha formulado este criterio ha sido HANS KELSEN y, posteriormente, JOSEPH RAZ, que —siguiendo a aquél— señala como criterio de pertenencia lo que él denomina «cadena de validez» (*The chain of validity*)<sup>642</sup>, ya GEORG HENRIK VON WRIGHT<sup>643</sup> considera la validez de la norma como la legalidad del acto de creación de la

---

<sup>640</sup> Vid. ALEXY, Robert: *EL concepto y la validez del derecho*, 4. ed., Gedisa, Barcelona, 2008, p. 87. Vid. MENEGHELLI, Ruggero: *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, CEDAM, Padova, 1964, pp. 162-163.

<sup>641</sup> Vid. ROBLES MORCHÓN, G.: «La comparación entre el Derecho y los juegos», *Anuario de filosofía del derecho*, tomo III, Madrid, 1986, p. 589 y ss.

<sup>642</sup> Vid. RAZ, Joseph: *The concept of a legal system*, 2. ed., Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 105-109.

<sup>643</sup> Vid. WRIGHT, Georg Henrik von: *Norma y acción: una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 203-204. Así, el autor explica su cadena: «Supongamos que *x* ordena o permite a *y* ordenar o permitir a *z* promulgar algunas normas. Supongamos, además, que *y* efectivamente ordena y permite a *z* promulgar estas normas, y que *z* lo hace. Sobre la base de estas suposiciones diremos que *y*, dando la norma a *z*, actúa como subordinado *inmediato* de *x*, y que *z*, dando las normas a algún agente o agentes ulteriores, actúa como subordinado *inmediato* de *y* y como subordinado *remoto* de *x*. Recíprocamente, podemos también decir que *y* actúa como superior *inmediato* de *z*, y que *x* actúa como superior *inmediato* de *y*, pero como superior *remoto* de *z*. Y lo que decimos de los agentes en estos respectos podemos también decirlo de sus actos, y puesto que estos actos son actos normativos, también de las normas en que resultan. De estos tres actos, de *x* e *y* y *z*, y de las normas en que resultan diremos que forman una cadena de actos y normas subordinados o simplemente una *cadena de subordinación*. Haremos esto a pesar del hecho de que el primer acto de la cadena no está subordinado a ningún otro acto de la cadena. Llamaremos a los actos de *x*, *y* y *z* y a las correspondientes normas *eslabones* de la cadena, en ese orden. El acto de *x* constituye el primero; el acto de *y*, el segundo; el acto de *z*, el tercer eslabón. El primer acto y norma, diremos, está enlazado al tercer acto y norma gracias a la *intermediación* del segundo acto y norma. Una cadena de subordinación puede, desde luego, contener más de dos eslabones. Pueden omitirse eslabones de cualquier extremo de la cadena y lo que queda—si el resto consiste, por lo menos, en dos eslabones—sigue siendo una cadena de subordinación. Pero no pueden omitirse eslabones de otros lugares de la cadena, que no sean los extremos, sin 'romper' la cadena. Es esencial para la noción de cadena de subordinación, en la forma aquí descrita, que cada eslabón de la cadena—con la excepción del primer eslabón—sea una norma válida (y acto normativo) con relación al siguiente eslabón superior en la cadena. Una norma es válida cuando el acto de su promulgación está permitido. Es un teorema de la lógica deóntica que si un acto se manda, entonces también se permite. Por tanto, la orden de promulgar normas supone que las normas promulgadas al amparo de esa orden son también válidas, es decir, que su promulgación se permite porque se manda. Podemos también

misma, autorizado por otra norma superior del sistema, dando así lugar a lo que él califica como la «cadena de subordinación».

En definitiva, cuando utilizamos el concepto de «validez jurídica» en este primer sentido indicado, nos encontramos ante lo que hemos denominado un concepto *jurídico-instrumental*, aplicable a los distintos ordenamientos jurídicos concretos. Esto implica que, cuando nos referimos al problema de la «validez» puramente formal o *intrasistemática*, nos encontramos en el ámbito de la Ciencia Jurídica, la cual soluciona el problema de la «validez jurídica» con el material que el propio sistema jurídico le proporciona, sin acudir, por tanto, a elementos externos al mismo. Dicha solución vendría, pues, dada por la legalidad del acto de creación de las normas, conforme a los requisitos establecidos por el propio sistema jurídico.

El segundo concepto, el de «validez» del ordenamiento en su conjunto, implica, necesariamente, la referencia específica al «fundamento» o a la «base» de la validez jurídica, en definitiva al fundamento último de la validez o, incluso se podría decir, de la «existencia» de un ordenamiento jurídico<sup>644</sup>.

Así, si se parte de un concepto *normativo* de validez jurídica, la cuestión sobre el «fundamento» último de la validez de un ordenamiento jurídico habrá de responder a la pregunta siguiente: ¿por qué es obligatorio el Derecho?, o ¿por qué se *debe obedecer* al Derecho? La respuesta sólo podrá encontrarse en un «deber ser» formal o material, que fundamente la obligatoriedad o la fuerza normativa del orden jurídico. Si, por el contrario, se parte de un concepto *empírico* de validez jurídica, la cuestión sobre el «fundamento» de validez de un ordenamiento jurídico deberá responder a la siguiente pregunta: ¿por qué el Derecho se cumple efectivamente en la sociedad?, o ¿cuáles son las causas de la efectividad del Derecho?<sup>645</sup>. La respuesta, evidentemente, se encontrará en el «ser» del mundo real.

---

decir que cada eslabón inferior en la cadena es, por transitividad, válido con relación a cada eslabón superior de la cadena, y que cada eslabón inferior *deriva su validez inmediatamente* del siguiente eslabón superior, *remotamente* de los superiores a éste y *en última instancia* del primer eslabón de la cadena».

<sup>644</sup> Vid. HENKEL, Heinrich: *Introducción a la filosofía...cit.*, p. 714, insiste repetidas veces en que es necesario diferenciar, por una parte, «el concepto de validez del Derecho», y otra parte, la «base de la validez del Derecho».

<sup>645</sup> Vid. KELSEN, Hans: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, Porrúa, México, 1987, p. 305.

Ahora bien, cuando se trata del «fundamento» de la validez del orden jurídico en su conjunto, ya no nos encontramos con un concepto «intrasistemático», es decir, ya no se trata de un problema que se resuelva dentro de la estructura del propio sistema jurídico, sino que su planteamiento y su solución sólo son posibles desde una perspectiva «extrasistemática». La solución al problema del «fundamento» de la validez del orden jurídico sólo puede hallarse «fuera» del propio ordenamiento jurídico. Se podría decir que la solución o explicación última, de por qué es válido un sistema jurídico en su conjunto, no puede buscarse dentro del propio sistema jurídico: tiene que ser una solución metajurídica y habrá de buscarse en el campo de la sociología y de la filosofía.

Esto, a su vez, tiene una implicación importante. Es que la adopción de uno u otro criterio para fundamentar la «validez» del ordenamiento jurídico en su conjunto depende de la postura *epistemológica* que se adopte con respecto al concepto del Derecho. Es decir, está en función de la propia concepción que se tenga sobre el Derecho. Y ello, precisamente, porque el problema del «fundamento» de la validez del Derecho equivale al que se refiere a la esencia del Derecho en general.

De manera que el problema de la validez jurídica presupone que se haya respondido a la pregunta: ¿qué se entiende por Derecho?. Se trata, adoptando una terminología familiar entre los filósofos del Derecho, del problema ontológico de Derecho<sup>646</sup>.

Pero, además de esta distinción básica en el concepto de validez jurídica, es preciso advertir que este término se ha utilizado también, en algunas ocasiones, como sinónimo de otros, tales como vigencia, positividad, eficacia o justicia.

En primer lugar, el concepto de vigencia aparece frecuentemente unido, bien al concepto de positividad, bien al de eficacia. Así, podemos decir que un determinado orden jurídico es Derecho vigente para expresar que tal orden jurídico está implantado en un determinado contexto social, lo que es decir que constituye Derecho positivo. No obstante, la palabra vigencia posee en ocasiones una connotación más fuerte que el término positividad, aproximándose a lo que con mayor claridad suele designarse como *eficacia*.

---

<sup>646</sup> Vid. BOBBIO, Norberto: *Teoria della norma giuridica*, G. Giappichelli, Torino, 1958, p. 38.

La vigencia de una regla sería así su "vigor", su implantación real, su fuerza de imponerse a los destinatarios y no simplemente la cualidad derivada de haber sido "puesta" como regla del sistema<sup>647</sup>. Por tanto, con el término vigencia se quiere expresar normalmente no sólo la mera existencia temporal de las normas jurídicas delimitada entre el acto de su creación y el de su derogación, sino también la pretensión de obligar, que dichas normas implican y de la cual surge el cumplimiento (sea espontáneo o forzoso) de esas normas por sus destinatarios. De esta forma, decir que una norma jurídica está en vigor significa que ha sido creada legalmente, por tanto que existe, pero esa existencia conlleva también la fuerza vinculante, con la cual se impone a sus destinatarios<sup>648</sup>.

Sin embargo, también en ocasiones se habla de vigencia de las normas jurídicas en el sentido de validez formal de las mismas; así, por ejemplo, ELIAS DÍAZ<sup>649</sup> define la «validez» de las normas como «promulgación y no derogación» y «creación formal a través de procedimientos establecidos». En este caso, «validez formal», «vigencia» y «positividad» son términos con significado sinónimo. Incluso existen autores que se deciden claramente por prescindir del término «validez», sustituyéndolo por el de positividad<sup>650</sup>.

En segundo lugar, el término «validez» se ha utilizado como sinónimo de justicia, de tal forma que una norma jurídica o un orden jurídico son válidos cuando, y en la medida en que se adapten a unos principios materiales de justicia, bien sea a través de la existencia de un Derecho natural, que está arriba del Derecho positivo y cuya validez es general y universal, bien sea a través de la presunción de una «ley moral» absoluta, con la cual ha de coincidir el contenido del Derecho positivo<sup>651</sup>. En estos casos se habla de la «validez material o axiológica» del Derecho, en el sentido de que la validez u obligatoriedad del Derecho depende del contenido *material* de justicia del mismo.

---

<sup>647</sup> Vid. DELGADO PINTO, José: *Estudios de filosofía del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 224 y ss.

<sup>648</sup> Vid. MACÍA MANSO, Ramón: *Reflexiones sobre la validez jurídica...cit.*, p. 16 y ss.

<sup>649</sup> Vid. DÍAZ, Elías: *Sociología y filosofía del derecho*, 2. ed., Taurus, Madrid, 1981, pp. 55-56.

<sup>650</sup> Vid. ECHEVERRÍA, Manuel: *Kelsen y los juristas mexicanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1968, p. 125, señala que, «Podría hacerse a un lado el problema de la validez y convenir en que para el pensamiento jurídico puro hablar de validez carece de significado o, en último grado, de virtualidad problemática. La superflua duplicación de ambos conceptos (positividad y validez) obedece a un hábito de la doctrina tradicional que distinguía entre la positividad como efectividad normativa y la validez como capacidad axiológica de un orden».

<sup>651</sup> Vid. BOBBIO, Norberto: *Teoria della norma... cit.*, p. 35.

El concepto ético de validez es la validez moral. Una norma vale *moralmente* cuando está moralmente justificada. A las teorías del derecho natural y racional subyacen un concepto ético de validez. La validez de una norma del derecho natural o del derecho racional no se basa ni en su eficacia social ni en su legalidad conforme al ordenamiento, sino exclusivamente en su corrección, que ha de ser demostrada a través de una justificación moral.

Sin embargo, prescindiendo ahora del problema de si existen unos principios de justicia válidos en todo momento y lugar, es preciso distinguir claramente entre el concepto de justicia y el concepto de validez.

El concepto de justicia pertenece a un ámbito de análisis del Derecho distinto al de la validez jurídica. Siguiendo a BOBBIO, se podría decir que, con independencia de la aceptación o no de unos valores absolutos, «el problema de la justicia o no de una norma equivale a preguntarse si aquella norma se adapta o no a realizar los valores históricos que inspiran aquel concreto e históricamente determinado orden jurídico». Estaríamos, por tanto, ante «el problema *deóntico*» del Derecho<sup>652</sup>. Es decir, se trataría del problema de la *justificación* o de la *legitimidad* del Derecho. Por el contrario, el concepto de validez de un orden jurídico o de una norma jurídica viene asociado siempre con el problema de la «existencia específica» de un orden jurídico, esto es, con el «ser específico» del Derecho o de una norma jurídica<sup>653</sup>. No obstante, parece existir un predominio de la noción *normativa* del concepto de «existencia» de una norma jurídica.

Por otra parte, si se parte de una noción *normativa* o prescriptiva de la «existencia» de una norma, entonces dicha noción requiere una explicación ulterior, esto es, saber cuál es la «fundamentación» de esa «existencia específica» de las normas, que consiste en su carácter normativo u obligatorio. Por el contrario, si se parte de una noción meramente *descriptiva* o *empírica* de la «existencia» de las normas, entonces carecería de sentido indagar por su «fundamento»; lo más que se podría hacer es verificarla empíricamente o explicarla en función de determinantes sociales y psicológicos.

---

<sup>652</sup> Vid. BOBBIO, Norberto: *Teoria della norma...cit.*, p. 36.

<sup>653</sup> Vid. KELSEN, Hans: *La teoría pura del derecho*, Editora Nacional, México, 1981, p. 23.

Por último, no han faltado tampoco autores que han llegado a defender la necesidad de la existencia de varios conceptos de validez jurídica, con la finalidad de abarcar todos los problemas que bajo el término «validez jurídica» se encierran. Así, por ejemplo, RUPERT SCHREIBER<sup>654</sup> distingue tres conceptos diferentes de «validez jurídica», a saber: (i) la «validez fáctica», que se da cuando las normas jurídicas son consideradas como predicciones para el funcionamiento del aparato sancionador; (ii) la «validez constitucional», que existe cuando las normas se han elaborado por los órganos del Estado conforme a los criterios de validez establecidos en la Constitución vigente; y, por último, (iii) el concepto de «validez ideal», que consiste en considerar válidas a determinadas soluciones de conflictos de intereses, que no tienen validez real ni constitucional, aunque se lleguen a expresar en la forma lógica de toda norma jurídica.

Ahora bien, será más adecuado hablar de distintas dimensiones del concepto de «validez» que de distintos conceptos del término «validez». Porque el concepto de «validez jurídica» es un concepto complejo, que, a su vez, refleja la complejidad misma del fenómeno jurídico.

Dicha complejidad ha dado lugar, en la historia de la filosofía jurídica, a la elaboración de varios criterios de validez, que en la mayoría de los casos caen en posiciones reduccionistas que parten de concebir el Derecho de forma unilateral, otorgando relevancia a sólo un aspecto de su compleja realidad. A continuación nos proponemos realizar un análisis de los principales criterios de validez utilizados por la doctrina, criterios de «fundamentación» de la validez del Derecho.

### ***3.2.2 Criterios de validez jurídica***

#### ***3.2.2.1 Criterio iusnaturalista***

El criterio de validez adoptado por las distintas doctrinas del Derecho natural se identifica con el criterio de justicia. Se parte de un concepto normativo de validez, de tal forma que validez significa obligatoriedad y justificabilidad. Ahora bien, el fundamento de esa obligatoriedad ha de encontrarse en la concordancia del contenido material del Derecho positivo con unos principios superiores y universales de justicia.

---

<sup>654</sup> Vid. SCHREIBER, Rupert: *Die Geltung von Rechtsnormen*, Springer-Verlag, Berlin, 1966, p. 58 y ss.

Con lo cual se identifica «Derecho válido» con «Derecho justo». Prescindiendo ahora de las diferentes manifestaciones de la llamada teoría «iusnaturalista», se puede decir que la característica común a todas ellas es la existencia de lo que se ha denominado «dualismo jurídico» o «teoría de los dos órdenes»<sup>655</sup>. Esto es, la existencia, junto al Derecho positivo, de otro Derecho ideal de *validez universal*. Ello implica, a su vez, que la validez del Derecho no es algo observable en la realidad del Derecho positivo, sino que es un *a priori* de carácter metafísico o trascendental; de tal forma, que el Derecho positivo sólo será válido si está de acuerdo con el *contenido* de ese orden ideal, es decir, será válido sólo si es justo o, incluso, sólo alcanzará «validez en base a su contenido moral»<sup>656</sup>. Dicho con otras palabras, el orden ideal metajurídico o suprapositivo se constituye en el «fundamento» de la obligatoriedad del Derecho positivo. Para los teóricos del iusnaturalismo, un Derecho es obligatorio si es válido; y es válido si concuerda con el contenido de los principios del Derecho natural, esto es, si es justo. Por tanto resultará que una norma injusta de Derecho positivo no puede ser considerada válida ni, por ello misma, existente<sup>657</sup>.

Todas las «teorías iusnaturalistas» caen, por tanto, en lo que BOBBIO ha denominado una «teoría reduccionista» del concepto de validez<sup>658</sup>, ya que se hace depender, en todo momento, la validez jurídica del contenido de justicia de un determinado Derecho natural de validez universal e incuestionable. Así pues, se niega el calificativo de «jurídico» a todo sistema normativo que no cumpla con ese contenido de justicia, lo cual constituye también un grave «reduccionismo» en el propio concepto de Derecho.

Además de esto, el fallo fundamental de las «teorías iusnaturalistas» consiste en la imposible demostración de las afirmaciones sobre la existencia de un orden metafísico de validez general y universal, al que denominan Derecho natural, y consecuentemente la imposible demostración de los juicios valorativos sobre la justicia o injusticia del contenido de un orden normativo para su calificación como jurídico<sup>659</sup>.

---

<sup>655</sup> Vid. GONZÁLEZ VICEN, Felipe: *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, p. 357 y ss.

<sup>656</sup> Vid. COING, Helmut: *Fundamentos de filosofía del derecho*, Ariel, Barcelona, 1961, p. 235 y ss.

<sup>657</sup> Vid. KELSEN, Hans: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado...cit.*, p. 12.

<sup>658</sup> Vid. BOBBIO, Norberto: *Teoría della norma...cit.*, pp. 48-49.

<sup>659</sup> Vid. KELSEN, Hans: *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Centro Editor de America Latina, Buenos Aires, 1969, p. 119 y ss, donde señala que, «la doctrina del Derecho natural *no* ofrece un criterio seguro para la



Ahora bien, ¿resulta posible deducir un juicio de valor a partir de un juicio de hecho?. La respuesta no puede ser *negativa*.

### 3.2.2.2 Criterio normativista

Como obra más representativa de este criterio normativista la *Teoría Pura del Derecho* formulada por HANS KELSEN, puesto que, por su importancia en el ámbito de la moderna teoría del Derecho, creemos que su análisis merece un tratamiento independiente y, al tiempo, detenido.

No obstante, el problema de la validez jurídica es un tema clásico y permanente en toda la obra kelseniana, cuyo tratamiento sufre algunas modificaciones a lo largo de sus escritos.

A continuación vamos a recoger algunos de los párrafos más significativos de la obra de KELSEN, en los cuales expresa lo que él entiende por el término «validez», para después analizar la naturaleza del concepto kelseniano de validez. Pero, desde ahora, podemos afirmar que a este tipo de criterio se hace referencia cuando se dice que una norma vale *jurídicamente* cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior; dicho brevemente: *cuando es dictada conforme al ordenamiento*.

Así, al comienzo de su obra maestra KELSEN señala que «con la palabra "validez" designamos la existencia específica de la norma»<sup>660</sup>. Asimismo, en su *Teoría General del Derecho y del Estado* vuelve a insistir en que «por validez entendemos la existencia específica de las normas». Ahora bien, en esta ocasión aclara más el concepto de validez, al concretar lo que hemos de entender bajo la expresión «existencia específica»: «Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o —lo que es lo mismo— a reconocer que tiene "fuerza obligatoria" frente a aquellos cuya conducta regula»<sup>661</sup>.

---

justicia o injusticia de un orden jurídico positivo lo muestra su historia. Tan pronto como la doctrina iusnaturalista procede a determinar el contenido de las normas inmanentes en la naturaleza y deducidas de la misma, cae en los contrastes más agudos. Sus representantes no han proclamado *un* Derecho natural, sino varios Derechos naturales, muy distintos y contradictorios entre sí».

<sup>660</sup> Vid. KELSEN, Hans: *La teoría pura del derecho...cit.*, p. 23.

<sup>661</sup> Vid. KELSEN, Hans: *Teoría general del derecho y del estado*, 2. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico, 1983, p. 35.

Y más adelante vuelve a señalar que: «*Validez del Derecho significa que las normas jurídicas son obligatorias, que los hombres deben conducirse como éstas lo prescriben y que deben obedecer y aplicar las mismas normas*»<sup>662</sup>. También, en otro pasaje de la Teoría Pura del Derecho define la validez como «*que uno deba comportarse como la norma determina*»<sup>663</sup>; y más adelante escribe: «*Que una norma que se refiere a la conducta de un hombre valga significa que obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma*»<sup>664</sup>. Asimismo, vuelve a recoger el mismo sentido de «validez» de una norma jurídica: «*Que "valga" significa que ella debe ser observada*»<sup>665</sup>. Finalmente, en su ensayo titulado *El fundamento de la validez del Derecho* señala que: «*Por validez se entiende el carácter obligatorio del orden coercitivo. Esta palabra expresa el concepto de que los individuos deben aplicar y observar las normas reguladoras de su comportamiento. Hablar de validez de un ordenamiento quiere decir reconocer implícitamente que sus reglas deberán ser aplicadas y observadas*»<sup>666</sup>.

De todos estos párrafos se puede deducir que el concepto de *validez* significa para KELSEN «fuerza obligatoria» o «fuerza vinculante» o, en una palabra, «obligatoriedad». Afirmar que una norma es válida es lo mismo que decir que es obligatoria o que tiene fuerza vinculante. De esta forma, cuando él se refiere a la «existencia específica» de las normas jurídicas está haciendo referencia al carácter *normativo* de las mismas, y no a una mera «existencia» fáctica o a un concepto descriptivo de validez, en el sentido de pertenencia de una norma al sistema jurídico.

De ahí que el término alemán *Existenz* pueda ser traducido en castellano por el término «ser», en vez de «existencia»; de tal forma, que entonces la validez vendrá caracterizada como el «ser específico de una norma». El *ser o existencia específica*, propia de una norma, es lo mismo que la normatividad: aquello que la constituye como norma, que la hace ser norma.

---

<sup>662</sup> Vid. KELSEN, Hans: *Teoría general del derecho y del estado...cit.*, p. 46.

<sup>663</sup> Vid. KELSEN, Hans: *La teoría pura del derecho...cit.*, p. 59.

<sup>664</sup> Vid. KELSEN, Hans: *La teoría pura del derecho...cit.*, p. 201.

<sup>665</sup> Vid. KELSEN, Hans: *Normas jurídicas y análisis lógico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 93.

<sup>666</sup> Vid. KELSEN, Hans: «El fundamento de la validez del Derecho», *Revista de Ciencias Sociales*, n. 6, Valparaíso, 1974, p. 495.

Es importante subrayar esto, porque el término «existencia» en la definición kelseniana ha dado lugar a equívocos y ambigüedades entre sus intérpretes, en el sentido de afirmar que KELSEN identifica la validez con la «existencia» fáctica o empírica de una norma o con la noción de vigencia, o en el de distinguir dos definiciones de validez en la teoría kelseniana: una como existencia y otra como «fuerza vinculante»<sup>667</sup>.

Ciertamente que no faltan tampoco, en la obra kelseniana, expresiones y definiciones que pudieran avalar una noción «empírica» o «fáctica» del concepto de validez. Así, en *Derecho y lógica* define la validez como la «existencia» empírica de una norma: «Que una norma "vale" significa que ella existe. Una norma entra en vigor, es decir, comienza a valer en el tiempo, y deja de tener vigor, es decir, termina de valer en el tiempo, pierde su validez»<sup>668</sup>.

Ahora bien, el propio KELSEN, en su *Teoría Pura del Derecho*, indica que el acto de creación de una norma no es más que una «condición» de su validez, por lo cual ésta no se identifica con aquél: «*la validez de una norma está condicionada por el acto mediante el cual es establecida*». «*La norma jurídico-positiva, para tener validez, tiene que ser implantada por un acto real*». Por ello, «*el acto de instauración normativa*» es «*condición de la validez*»; pero «*la norma deóntica, como sentido del acto real que la implanta, no es idéntica a ese acto*»<sup>669</sup>. Asimismo, el dicho autor arremata: «*La discusión sobre el problema de una lógica de las normas jurídicas tiene que tratarse de normas positivas, de normas que, para valer, tienen que ser establecidas. El establecimiento de una norma es aquí condición de la validez, pero no es idéntico a la validez*»<sup>670</sup>.

Finalmente, en su *Allgemeine Theorie der Normen*, al definir la «validez» de una norma como su «existencia específica» (*spezifische Existenz*), señala que esta última ha de distinguirse de la «existencia de los hechos naturales» (*Existenz natürlicher Tatsachen*), y

---

<sup>667</sup> Vid. CALSAMIGLIA, Albert: *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1977, pp. 126-127.

<sup>668</sup> Vid. KELSEN, Hans: *Derecho y lógica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978, p. 9 y ss.

<sup>669</sup> Vid. KELSEN, Hans: *La teoría pura del derecho...cit.*, pp. 222-223.

<sup>670</sup> Vid. KELSEN, Hans: *Normas jurídicas y análisis lógico...cit.*, p. 71 y ss.

«muy especialmente de la existencia de los hechos, a través de los cuales se crean las normas»<sup>671</sup>.

KELSEN, pues, intenta demostrar que la validez de una norma no se identifica con el acto de su creación y que, por tanto, el concepto de validez por él defendido no es un concepto empírico o fáctico. Por el contrario, para él la validez es un concepto *deóntico* o *normativo*, mientras que el acto de instauración normativa es un hecho real, con el cual tan sólo se describe la *positividad* de la norma, ya que ésta necesita ser «puesta» por un acto de voluntad, como condición para tener «validez»<sup>672</sup>.

La validez, para KELSEN, significa que la norma debe ser obedecida o acatada, es decir, que hay que comportarse de la manera que la norma prescribe. Así pues, en este caso la afirmación acerca de la validez de la norma no es una aseveración empírica, y sí una prescripción.

Según lo dicho hasta ahora, se puede afirmar que el concepto kelseniano de validez es un concepto normativo. Ahora bien, para aceptar tal afirmación habría que preguntarse también si hay razón o fundamento de esa noción deóntica de validez. Esto es, habría que dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿por qué una norma jurídica es obligatoria?, es decir, ¿por qué se debe obedecer dicha norma?. Hemos de afirmar que la validez de una norma sólo podrá encontrar su fundamento en otra norma válida del sistema jurídico. Y esta norma válida ha de ser necesariamente una norma superior que otorgue validez a la norma inferior. El propio KELSEN así lo afirma cuando, ante la cuestión de la razón de la validez de una determinada norma, afirma que: «La respuesta a este interrogante no puede ser un enunciado del "ser", el enunciado de un hecho; sólo puede ser un enunciado de "deber ser", el enunciado de una norma. En otras palabras: la razón de validez de una norma no puede ser jamás un

---

<sup>671</sup> Vid. KELSEN, Hans: *Teoría general de las normas*, Trillas, México, D.F., 1994, p. 2.

<sup>672</sup> Vid. HART, Herbert L. A.: *El concepto de derecho*, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1986, pp. 245-246. En clara oposición con Kelsen, Hart rechaza la idea de que la existencia de un sistema jurídico es su validez expresada en una norma fundamental que exhorta a los individuos a obedecer el derecho. Hart dice que «es engañoso hablar de una regla que prescribe que otra regla sea obedecida». Su propia posición surge con toda la precisión cuando afirma: «La cuestión de si existe una regla de reconocimiento y de cuál es su contenido, es decir, cuáles son los criterios de validez en un sistema jurídico dado, es considerada a lo largo de este libro como una cuestión empírica, aunque compleja».

hecho, ni siquiera el acto de voluntad por el cual la norma fue creada; sólo puede serlo otra norma, una norma superior»<sup>673</sup>.

Para finalizar, en la concepción de KELSEN decir que un sistema jurídico o una norma jurídica son válidos (o sea, decir que son precisamente un sistema jurídico o una norma jurídica) implica decir que ellos están justificados o son obligatorios. La ciencia jurídica no necesita comprometerse con la posición moral de que el sistema jurídico que ella describe es efectivamente válido o justificado, pero ella tiene, al menos, que trabajar según el presupuesto de esa validez o justificación para poder presentar el derecho como un fenómeno normativo y no sólo como una secuencia de hechos<sup>674</sup>.

### 3.2.2.3 Criterio realista

Es preciso por dejar claro de que no existe un «criterio realista» uniforme para entender la validez del Derecho. Es bien sabido que existen diferencias entre las doctrinas del «realismo jurídico norteamericano» y las del llamado «realismo jurídico escandinavo», y, aún dentro de esta última tendencia, se podría destacar la teoría de ALF ROSS, que mantiene, podría decirse, una postura «más comprensiva» con las concepciones normativistas tradicionales de la validez jurídica.

Siguiendo la propia distinción de ROSS, se podrían diferenciar dos grandes tendencias: el realismo *psicológico*, propio de los autores escandinavos (OLIVECRONA y LUNDSTEDT), que «encuentra la realidad del Derecho en hechos psicológicos», y el realismo *conductista*, propio de los autores norteamericanos (HOLMES, LLEWELLYN, FRANK), que «encuentra la realidad del Derecho en las acciones de los tribunales»<sup>675</sup>. El propio ROSS, que no estaría incluido en ninguna de estas dos tendencias, califica su doctrina como una síntesis del realismo conductista y del psicológico<sup>676</sup>.

---

<sup>673</sup> Vid. KELSEN, Hans: *La teoría pura del derecho...cit.*, pp. 19-20.

<sup>674</sup> Vid. NINO, Carlos Santiago: *La validez del derecho*, Editorial Astrea de A. y R. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 24.

<sup>675</sup> Vid. ROSS, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, pp. 69 y ss.

<sup>676</sup> Vid. HIERRO, Liborio L.: *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho*, F. Torres, Valencia, 1981, p. 277 y ss.

Más recientemente, se ha pretendido defender que un verdadero criterio *realista* ha de ir más allá de lo que los tribunales realmente hacen, para centrarse en los hechos que acaecen en la realidad social después de producida la sentencia, sólo mediante los cuales se puede realizar la auténtica verificación de la decisión judicial. Es decir, los «hechos sociales» o la realidad del Derecho no se encuentra —según este nuevo criterio realista— en las «acciones de los tribunales», como sostenían los autores pertenecientes al llamado *realismo norteamericano*, sino en la verificación de esas «acciones», es decir, en lo que acontece en la realidad social una vez emitida la decisión judicial, que no es un «hecho» o un «fenómeno social», sino una norma individual susceptible de verificación empírica<sup>677</sup>.

Diferencias aparte, lo cierto es que se puede señalar un elemento común a todas las doctrinas realistas, a saber: el partir de postulados «empiristas» o, mejor dicho, de la concepción empirista del conocimiento, que les conduce necesariamente a concebir el Derecho en su realidad social y, consiguientemente, a definir la existencia del mismo en términos de *efectividad social*<sup>678</sup>.

Por su parte, ROSS realiza reflexiones similares en las que el pensamiento que se halla en la base del realismo iusfilosófico está ligado al deseo de entender el conocimiento del Derecho de acuerdo con las ideas sobre la naturaleza, problemas y métodos de la ciencia elaboradas por la moderna filosofía empirista. Sólo hay un mundo y un conocimiento. Toda la ciencia, en último grado, se ocupa del mismo cuerpo de hechos, y todos los enunciados científicos acerca de la realidad, esto es, aquellos que no son de carácter puramente lógico-matemático, están sometidos al *test* de la experiencia<sup>679</sup>.

---

<sup>677</sup> Vid. FARRELL, Martín Diego: *Hacia un criterio empírico de validez*, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Buenos Aires, 1972, p. 84 y ss, el cual, al describir el criterio realista que él defiende, señala: «Si la sentencia ordena desalojar una casa, debemos verificar si la casa fue efectivamente desalojada; si la sentencia ordena que se debe permitir una manifestación, debemos verificar si realmente se realizó sin ser perturbada por órganos del Estado, en vez de hablar de derecho válido, sería mejor hablar de «Derecho verificado», que sería aquel que se comprueba cotejando hechos producidos luego de la sentencia».

<sup>678</sup> Vid. FERRARI, Vincenzo: *Funzioni del diritto: saggio critico-riconstruttivo*, Laterza, Roma, 1987, p. 159, afirma que, «una perspectiva realista acaba por hacer coincidir Ciencia y Sociología del Derecho justamente en el presupuesto de que el problema de la validez de las normas se resuelve en el de su eficacia práctica».

<sup>679</sup> Vid. ROSS, Alf: *Sobre el derecho y la justicia...cit.*, p. 66. Igualmente, Vid. OLIVECRONA, Karl: *El derecho como hecho*, Labor, Barcelona, 1980, p. 9 y ss.

Volviendo a la teoría de ROSS, conviene comenzar por recordar que este autor se plantea en su obra el estudio del Derecho *vigente*, en cuanto Derecho «existente» en una comunidad concreta y en una época determinada. Se plantea el problema, por tanto, en términos de *vigencia*, y no de validez.

Por otra parte, distingue ROSS<sup>680</sup> tres diferentes funciones y significados de la palabra validez. La primera se utiliza para expresar «si un acto jurídico tiene o no los efectos jurídicos deseados». Se trata de cumplir una «función interna», en cuanto que un acto es válido según un sistema de normas dado. El segundo significado de la palabra validez se utiliza en la teoría general del Derecho para indicar la existencia de una norma o de un sistema de normas. En este caso, la función que cumple es «externa», en el sentido de que una regla, o un sistema de reglas, necesitan de una existencia fáctica. Por último, la palabra validez es usada para indicar una cualidad apriorística, específicamente moral, llamada también la «fuerza obligatoria» del Derecho, que da lugar a una obligación moral correspondiente.

Con respecto a estos tres significados señalados, ROSS rechaza el tercero de ellos, por considerarlo incompatible con una ciencia del Derecho; por el contrario, ROSS acepta y utiliza el significado del término validez que hace referencia a la «existencia» de las normas jurídicas, en una noción fáctica y descriptiva de la «existencia» de las normas<sup>681</sup>.

Él pretende reinterpretar el concepto de «validez» rechazando la pretendida «objetividad» del mismo. Lo que reprocha es la consideración de la validez como un concepto apriorístico y absoluto, que atribuya una cualidad irreductible al orden jurídico. Para ROSS no es aceptable que se interpreten «las proposiciones acerca del Derecho vigente como proposiciones que aluden a una validez inobservable o "fuerza obligatoria" derivada de principios o postulados *a priori*, sino como proposiciones que se refieren a hechos sociales»<sup>682</sup>.

---

<sup>680</sup> Vid. ROSS, Alf: *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, p. 26 y ss.

<sup>681</sup> Vid. ROSS, Alf: *El concepto de validez y otros ensayos...cit.*, p. 26 y ss.

<sup>682</sup> Vid. ROSS, Alf: *Sobre el derecho y la justicia...cit.*, p. 39.

No obstante, lo que parece derivarse de la tesis de ROSS es que la validez no constituyen sino una explicación psicológica y social de por qué un orden jurídico es eficaz. Es decir, constituiría la causa o el motivo de la eficacia de un orden jurídico. A la pregunta acerca de la causa o el porqué de la eficacia social de un orden jurídico coactivo, se contestaría diciendo que es eficaz porque los individuos lo consideran como obligatorio y, consiguientemente, lo legitiman.

En definitiva, la redefinición del concepto de validez que ROSS propone no es otra cosa sino, por una parte, una reducción de dicho concepto a términos de efectividad social y, por otra parte, una explicación psicológica y empírica de la propia eficacia social del orden jurídico, en cuanto éste aparece legitimado por los individuos, que consideran válidas u obligatorias ciertas reglas de conducta pertenecientes a un sistema coactivo<sup>683</sup>.

Podría decirse, que su postura se refiere a la legitimidad de un orden social, que viene determinada directamente por la idea de la creencia, por parte de los individuos, en la validez de un orden social.

#### 3.2.2.4 Conclusión

Se puede decir entonces que el concepto de validez jurídica está directamente vinculado a una adopción de una opción metodológica de análisis<sup>684</sup>. Sin embargo, la validez de la norma asigna un papel importante en aproximar la norma a sus problemas internos y externos del sistema jurídico. En los problemas internos, se pone en la búsqueda de armonizar el sistema, dejándolo congruente con sus aspectos de fundamentación y origen de las normas. En los problemas externos, tiene por objetivo solucionar de manera satisfactoria los conflictos empíricos. Por lo tanto, diferentes son los objetivos en el análisis del problema de la validez.

La validez es un estudio necesario para el jurista que intenta hallar una solución para los problemas de aplicación del sistema jurídico. En consecuencia, el examen de validez normativa no se basa en una opción absoluta, sino en varias, que es probablemente que sea la única manera correcta de explicar el significado y la función del concepto.

---

<sup>683</sup> Vid. RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María: *Historia del pensamiento jurídico*, v. 2, Siglos XIX y XX, 6. ed., Universidad Complutense, Madrid, 1988, p. 584.

<sup>684</sup> Vid. BONSIGNORI, Franco: *Concetto di diritto e validità giuridica*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 92.



### 3.2.3 Juicio de validez y juicio de constitucionalidad

Uno de los conceptos que la doctrina concede al juicio de validez es aquél en virtud del cual se argumenta que una determinada norma (cuya vigencia formal se ha comprobado como verdadera) se adecúa o no en su contenido a las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento<sup>685</sup>.

Es importante afirmar, que en el concepto genérico de validez jurídica concurren distintos elementos o significados: algunas exigencias (promulgación, publicación, procedimiento, competencia, etc.) afectan al acto normativo que da vida al enunciado prescriptivo; pero hay una exigencia (la de coherencia, congruencia o compatibilidad) que, por el contrario, tiene por objeto la disposición misma, esto es, el contenido del precepto creado por el acto normativo. Cabe, por tanto, la posibilidad de que un precepto reúna todos los requisitos formales e incumpla el último. A esto se llama supuesto de vigencia (formal) sin validez (sustancial)<sup>686</sup>.

Así, podemos decir que toda norma válida está vigente, ya que los requisitos de la vigencia son previos al de la validez, pero que no toda norma vigente es válida.

Cuando ocurre el hecho de un juicio de vigencia positivo con un juicio de validez negativo cabe determinar las siguientes hipótesis: *a)* el intérprete autorizado, normalmente un juez, juzga inválida una norma de rango inferior (norma reglamentaria), una disposición administrativa por considerar que su contenido viola lo dispuesto por otra norma de rango legal (juicio de validez); *b)* el intérprete autorizado, normalmente un juez, juzga inválida una norma de rango legal por considerar que su contenido viola lo dispuesto en reglas o principios de rango constitucional (juicio de constitucionalidad, que también es un juicio de validez).

En ambos casos, el juicio debe ser abrogatorio, es decir, implica la salida del ordenamiento jurídico de la disposición reglamentaria o legal general y abstracta. Aquí queda claro que el *hecho* de la vigencia de una norma no implica el *deber* del juez de aplicarla

---

<sup>685</sup> Vid. Criterio normativista.

<sup>686</sup> Vid. SERRANO MORENO, José Luis: *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Trotta, Madrid, 1999, p. 96.

cuando la considera inválida. Defender la imposibilidad de este juicio abrogatorio, significaría defender la subordinación del poder judicial al poder ejecutivo y legislativo y nadie se ve dispuesto a sostener expresamente tal atentado contra el principio de la división de poderes.

El problema mayor aparece cuando llegamos al supuesto del juicio de constitucionalidad. Pues, mismo que el intérprete autorizado juzgue inválida una norma de rango legal por considerar que su contenido viola lo dispuesto en reglas o principios de rango constitucional y la expulsa del ordenamiento jurídico o la priva también de su vigencia, habrá situaciones en que el intérprete no podrá quitar todos los efectos de la vigencia de la norma impugnada. Diferenciando los efectos de su decisión entre los destinatarios de la norma, esto es, no la priva de su total vigencia y, por lo tanto, de su eventual aplicación.

Por lo tanto, en un juicio de constitucionalidad la diferencia entre excepcionar la aplicación de una norma inválida o derogarla por completo, puede ser más lógica que operativa. De esa manera, siempre será aconsejable mucha prudencia en la excepción de la aplicación de una norma inválida constitucionalmente, que en la contundencia de una derogación o de una nulidad de la norma inconstitucional. Ya que, en esta realidad, se plantea muchos más problemas y abre muchos más debates, pues afecta la estructura relacional de los poderes superiores del Estado.

En el modelo actual de Estado Constitucional la «ley» no es sólo la ley formal aprobada en el Parlamento, sino también la Constitución y el Derecho en su conjunto. Por esta razón, todos (los ciudadanos y los poderes públicos) están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Esta concepción del principio de legalidad otorga al juez un papel de «crítico» de la ley. En efecto, la ley a la que el juez está sometido no es nunca un dato textual inmóvil y fijo, sino sobre todo una combinación de ley ordinaria y norma constitucional, que puede invalidarla y, en todo caso, la pone en tensión<sup>687</sup>.

Lo que garantiza la eficacia de este modelo de juicio de constitucionalidad es que el control de constitucionalidad resida en un poder independiente del legislativo y del ejecutivo. Que este poder sea, por tanto, libre de interés e influencias de los otros poderes públicos, y que esté vinculado solamente a los intereses protegidos por la Constitución.

---

<sup>687</sup> Vid. SERRANO MORENO, José Luis: *Validez y vigencia...cit.*, p. 99.

En efecto, la cuestión del juicio de constitucionalidad ha de estar conectada a realidad social, que corresponde al aspecto existencial y eficaz de la propia decisión. El juez tiene que plantearse también cuestiones que se refieren a las consecuencias sociales y jurídicas de su sentencia. Constituyendo, así, un punto de vista propio de un intérprete de la norma bien entendido<sup>688</sup>. Por lo tanto, los criterios de validez jurídica, han de estar en el momento del análisis del control de constitucionalidad de las normas, no eligiéndose uno dentro ellos, y sí, construyendo una combinación racional, donde se pueda sacar una decisión aceptable en los términos de justicia material, justicia normativa y justicia fáctica. Eso es lo que se espera de los órganos competentes para dictar los juicios de constitucionalidad normativa.

### 3.3 *Concepto y concepciones de la justicia*

La palabra «justicia» designa un valor, es decir, una propiedad (valorativa), que se predica positiva o negativamente de algo afirmando que es «justo» o es «injusto»<sup>689</sup>. Pues bien, observamos que todos los hombres, cuando hablan de la justicia, creen que es un modo de ser por lo cual uno está dispuesto a practicar lo que es justo, a obrar justamente y a querer lo justo; y la misma manera, respecto de la injusticia, creen que es un modo de ser por el cual obran injustamente y quieren lo injusto.

Decidir qué cosas o fenómenos puede ser calificado con sentido como «justos» o «injustos» es tanto como establecer el ámbito de la justicia, y establecer ese ámbito resulta necesario para definir un concepto de justicia.

Vamos a considerar los diversos sentidos de la palabra «injusto». Parece que es injusto el transgresor de la ley, y el que no es equitativo; pronto es evidente que el justo será el que observa la ley y también el equitativo. De ahí que lo justo sea lo legal y lo equitativo, y lo injusto, lo ilegal y lo no equitativo.

Resulta, en este aspecto, de gran utilidad la distinción puesta de moda por John RAWLS entre «concepto» y «concepción»<sup>690</sup>. Si, por ejemplo, aceptamos que la justicia es la virtud de

---

<sup>688</sup> Vid. HIERRO, Liborio L.: *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, p. 209.

<sup>689</sup> Vid. L. HIERRO, Liborio: «El concepto de justicia y la teoría de los derechos» en *Estado, justicia, derechos*, Elías Díaz, José Luis Colomer, (eds.), Alianza, Madrid, 2002, p. 11.

dar a cada uno lo suyo, entonces compartimos un mismo concepto de justicia aun cuando tengamos distintas concepciones respecto a qué es lo que es de cada uno. Si, por el contrario, aceptamos que la justicia es «un principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera<sup>691</sup>», entonces compartimos otro distinto concepto aun cuando tengamos distintas concepciones sobre cuándo dos seres forman parte de una misma categoría esencial y/o sobre cómo hay que tratarlos. Y lo mismo ocurre, por citar otra posición muy influyente, si lo que entendemos por justicia es «una buena voluntad práctica de favorecer y fomentar el bien común de nuestra propia comunidad»<sup>692</sup>, lo que igualmente admite muy diversas concepciones sobre qué es el bien común.

El problema inicial de la justicia es que apenas disponemos de un concepto preciso que haya obtenido general aceptación, es decir, que nos encontramos ante diferentes conceptos tanto como ante diferentes concepciones para cada concepto. El objeto de este epígrafe se sitúa en el primer nivel del problema, es decir, que trata de aclarar el concepto de justicia. Sin embargo, la conclusión a la que en este nivel se llega permite proponer una cierta concepción como la que, de forma más sencilla, consistente y completa, resuelve los problemas que el concepto de justicia suscita.

### ***3.3.1 Tres conceptos de justicia***

Para ilustrar esta complicada ambigüedad basta examinar tres ejemplos de conceptos de justicia que han tenido y tienen gran ascendente en el pensamiento occidental. El primero será un concepto amplio que entiende la justicia como virtud moral máxima y, por ello, termina por equipararla con la perfección. El segundo será un concepto estricto que entiende la justicia como virtud exclusivamente interna al orden jurídico y, por ello, reduce la justicia al cumplimiento de las normas jurídicas. El tercero será un concepto intermedio que entiende principalmente por justicia una virtud social.

---

<sup>690</sup> Vid. RAWLS, John: *Uma teoria de Justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 5-6/9-10.

<sup>691</sup> Vid. PERELMAN, Chaïm: *De la justicia*, Centro de Estudios Filosóficos, México, D.F., 1964, p. 28.

<sup>692</sup> Vid. FINNIS, John: *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 191.

### 3.3.1.1 El concepto amplio: la justicia como perfección

Un concepto amplísimo de justicia, como virtud general o perfección, se encuentra en las ideas más antiguas sobre la justicia propia del pensamiento occidental. La idea de justicia que aparece con frecuencia en los libros del Antiguo Testamento refleja una propiedad que significa «perfección» o «rectitud» y que se predica tanto de Dios como del hombre, aunque en ocasiones se utilice, con un sentido más específico, en relación con la actividad de premiar y castigar conforme a los méritos de cada uno. La justicia equivale, en consecuencia, a la virtud general, a la perfección o a la bondad, aunque, al mismo tiempo, esa virtud general, bondad o perfección consiste precisamente, para el hombre, en cumplir la ley de Dios.

Un concepto tan extenso de la justicia, como virtud máxima o perfección, fue también utilizado por Platón, por lo que no es de extrañar que la tradición cristiana recogiese después la doctrina platónica de las virtudes. Para Platón las virtudes son específicas para cada una de las tres clases que integran el Estado: los gobernantes se rigen por la sabiduría o prudencia (*sofia*), los guardianes por la fortaleza (*andreia*) y los productores por la templanza (*frónesis*); la justicia (*dikaiosine*) es la virtud que se satisface cuando cada uno de estos segmentos de la sociedad se atiene a su función y practica la virtud que le es propia<sup>693</sup>.

El mismo esquema se repite respecto a la justicia como virtud personal. Cada una de las potencias del alma ha de regirse por su respectiva virtud: la virtud de la potencia racional es la sabiduría o prudencia, la virtud de la potencia irascible es la fortaleza y la virtud de la potencia concupiscible es la templanza. La justicia es la virtud que ordena a las otras tres, es decir, que mantiene a cada una de ellas en el ámbito que le es propio y somete las potencias irracionales (irascible y concupiscible) a la potencia racional<sup>694</sup>. Aristóteles proponía una múltiple concepción de justicia, para él la justicia podría consistir en: (i) la justicia universal y particular; (ii) la justicia distributiva; (iii) la justicia correctiva.

La justicia universal está conectada al cumplimiento de la ley, ya que las prescripciones legales definen de manera general las virtudes y «prohíbe vivir según todos los vicios». Mientras, la justicia particular es la que se aplica en la distribución de los encargos y de los

<sup>693</sup> Vid. Platón: *Diálogos*, T. IV, República, Gredos, Madrid, 1986, 434 c, p. 225.

<sup>694</sup> Vid. Platón: *Diálogos...cit.*, 441 c, p. 236.

derechos entre los miembros de una comunidad (pues, en estas distribuciones, uno puede tener una parte igual o no igual a otro), además, es la que establece los tratos en las relaciones entre individuos<sup>695</sup>.

La justicia distributiva está basada en que el injusto es desigual, es evidente que existe un término medio de lo desigual, y éste es lo igual, porque en toda acción en la que existe lo más y lo menos se da también lo igual. Así pues, si lo injusto es desigual, lo justo es igual. Así, lo igual es un término medio, lo justo será también un término medio. Ahora, lo justo depende al menos de dos cosas. De acuerdo con él, necesariamente, lo justo será un término medio e igual en relación con algo y con algunos. Como término medio, lo será de unos extremos (es decir, de lo más y lo menos); como igual, respecto de los términos, y como justo, en relación con ciertas personas. La igualdad será la misma en las personas y en las cosas, pues la relación de unas y otras es la misma; en efecto, si no son iguales, no tendrán partes iguales. Lo justo, entonces, es la proporción, y lo injusto lo que va contra la proporción. Un término es mayor y otro menor, como ocurre también en la práctica; pues el que comete la injusticia tiene una porción excesiva de bien y el que la padece, demasiado pequeña<sup>696</sup>.

La justicia correctiva tiene lugar en los tratos mutuos, tanto voluntarios como involuntarios, es decir, en las relaciones entre individuos, lo justo es, sin duda, una igualdad y lo injusto una desigualdad, pero no según una proporción, sino según la aritmética. No importa, en efecto, que un hombre bueno haya despojado a uno malo o al revés. La ley sólo mira a la naturaleza del daño y trata ambas partes como iguales, al que comete la injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado. De suerte que el juez intenta, igualar esta clase de injusticia, que es una desigualdad. El término medio de éstos era lo igual, lo cual decimos que es lo justo, de modo que la justicia correctiva será el término medio entre la “pérdida” y la “ganancia”. Es por esto por lo que aquéllos que discuten recurren al juez, y el acudir al juez es acudir a la justicia, porque el juez quiere ser como una personificación de la justicia; se busca al juez como término medio y algunos llaman a los jueces mediadores, creyendo que si alcanzan lo intermedio se alcanzará justicia. Por tanto, la justicia es un término medio, puesto que lo es el juez. El juez restablece la igualdad, y es como si de una

---

<sup>695</sup> Vid. ARISTÓTELES: *Ética nicomáquea* ; *Ética eudemia*, Gredos, Madrid, 1988, pp. 241-242.

<sup>696</sup> Vid. ARISTÓTELES: *Ética nicomáquea* ; *Ética...cit.*, p. 243 y ss.

línea dividida en segmentos desiguales quitara del mayor el trozo que excede de la mitad y lo añadiera al segmento menor<sup>697</sup>.

### 3.3.1.2 El concepto estricto: la justicia como legalidad

Puesto que el transgresor de la ley era injusto y el legal justo, es evidente que todo legal es, en cierto modo, justo, pues lo establecido por la legislación es legal y cada una de estas disposiciones las decimos justa.

Basado en esta proposición Thomas HOBBS propone un concepto muy restringido de justicia. Para HOBBS, la justicia es «dar a cada uno lo suyo»<sup>698</sup>, pero lo suyo de cada uno es algo que sólo aparece cuando se ha celebrado un pacto mediante el que se distribuyen los derechos; por lo tanto, la propia idea de justicia—el concepto de justicia— implica necesariamente que existan leyes que atribuyan lo que es de cada uno; y de ahí se derivan dos consecuencias inmediatas: (i) que las acciones son justas cuando no son contrarias a la ley y son injustas cuando son contrarias a la ley; y (ii) que las leyes no son justas ni injustas, pues «son, por naturaleza, anteriores a la justicia y la injusticia»<sup>699</sup>. La restricción de HOBBS es, sin embargo, sólo una restricción conceptual y no una restricción moral, pues HOBBS no niega que las leyes puedan ser moralmente evaluadas, lo único que niega es que en tal caso el criterio utilizado sea el de justicia: «En una ley estatutaria, hecha por hombres, puede muy bien encontrarse iniquidad pero no injusticia»<sup>700</sup>.

En definitiva, la idea de HOBBS no supone situar las leyes positivas por encima de toda posible evaluación moral, sino sencillamente restringir el concepto de justicia a una virtud exclusivamente jurídica; el ámbito de la justicia se reduce a respetar lo que es de cada uno, y eso sólo es posible allí donde hay leyes que establecen lo que es de cada uno.

Algo parecido ha sostenido, más recientemente, Alf ROSS al señalar que las palabras *justa e injusta* (o *correcta e incorrecta*) tienen sentido cuando se aplican para caracterizar la

<sup>697</sup> Vid. ARISTÓTELES: *Ética nicomáquea* ; *Ética ...cit.*, p. 245 y ss.

<sup>698</sup> Vid. HOBBS, Thomas: *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 9.

<sup>699</sup> Vid. HOBBS, Thomas: *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos...cit.*, p. 27.

<sup>700</sup> Vid. HOBBS, Thomas: *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos...cit.*, p. 24.

decisión hecha por un juez o por cualquier otra persona que debe aplicar un conjunto determinado de reglas. Pero aplicadas para caracterizar una regla general o un orden, las palabras justo e injusto carecen de significado. El concepto de justicia, en consecuencia, sólo tiene sentido como opuesto al de arbitrariedad<sup>701</sup>.

### 3.3.1.3 El concepto intermedio: la justicia como criterio de ordenación social

Un concepto intermedio de justicia es aquel que entiende ésta como una virtud más restringida o específica que la perfección pero más extensa o genérica que la legalidad, entre otras razones —se dice— porque la justicia o injusticia no se predica sólo de los actos o decisiones conformes o disconformes con las normas, sino de las normas mismas. Éste es, por cierto, el concepto más común.

Un ejemplo relevante de un concepto intermedio de justicia sería el que utiliza John RAWLS. RAWLS afirma que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento, que el objeto de la justicia es la estructura básica de la sociedad y que la justicia consiste en que en esa estructura no se hagan distinciones arbitrarias entre personas al asignar los derechos y deberes básicos y las reglas determinen un balance adecuado entre pretensiones competitivas a las ventajas de la vida social<sup>702</sup>.

Éste sería, pues, su concepto de justicia: la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales que constituyen la estructura básica de la sociedad y consiste en asignar sin arbitrariedad los derechos y deberes básicos y establecer reglas que determinen un balance adecuado de todas las pretensiones sobre las ventajas de la vida social. Las diferentes concepciones de la justicia serían los diferentes conjuntos de principios que pueden invocarse para asignar los derechos y los deberes, así como los beneficios y las cargas en una sociedad.

El concepto de justicia de RAWLS admite que la justicia no es una virtud general; ni siquiera es la virtud general de las instituciones sociales, ya que éstas también pueden ser

---

<sup>701</sup> Vid. ROSS, Alf: *Sobre el derecho y la justicia...cit.*, p. 267/272.

<sup>702</sup> Vid. RAWLS, John: *Uma teoria de Justiça...cit.*, p. 3 y ss.



valoradas como eficientes o ineficientes, liberales o antiliberales, etc.<sup>703</sup>; todos estos valores conformarían un ideal social del que la concepción de la justicia no es más que una parte. Pero por otro lado, como es claro, su concepto no limita el ámbito de la justicia a dar a cada uno lo suyo según la ley, sino que lo extiende para incluir en él los criterios mediante los que la ley ha de dar a cada uno lo suyo.

### 3.4 Los orígenes de la justicia constitucional en Europa

La justicia constitucional comprende una “técnica” de defensa jurisdiccional de la Constitución en el confronto de los actos y comportamientos de los poderes públicos, en especial contra los actos ilegales. Se propagó en el continente europeo en el siglo XX, más de cien años después, de la sentencia *Marbury v. Madison* (1803), con la cual el control de constitucionalidad de las leyes se hizo por primera vez por un juez en EE.UU., en la forma del *judicial review of legislation*.

Tradicionalmente, se fija el origen de la justicia constitucional en Europa en la Constitución austríaca de 1920<sup>704</sup> y a su inspirador Hans Kelsen<sup>705</sup>. En general, surgió durante los años siguientes de la primera guerra mundial<sup>706</sup>: en tal época, se ve otras experiencias de justicia constitucional, como la de Checoslovaquia (incluso antes de la austríaca, el Tribunal Constitucional checoslovaco empezó a obrar en 29 de febrero de 1920, mientras que el austríaco sólo después de 01 de octubre), de la Alemania de Weimar (donde, desde 1925, en ausencia de una prohibición constitucional expresa, los tribunales reconocen el poder de revisar las leyes del *Reich*)<sup>707</sup>.

Incluso durante el siglo XIX, sin embargo, las organizaciones estatales del tipo federal, como Suiza, Imperio Austro-Húngaro, Imperio Alemán, ya habían comenzado a establecer un particular «tipo» de justicia constitucional, la *Staatsgerichtsbarkeit*, destinada a ordenar la

---

<sup>703</sup> Vid. RAWLS, John: *Uma teoria de Justiça...cit.*, p. 9.

<sup>704</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2. ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 27 y ss.

<sup>705</sup> Vid. OLIVETTI, Marco: «La giustizia costituzionale in Austria (e in Cecoslovacchia)» en *La giustizia costituzionale in Europa*, a cura di Marco Olivetti, Tania Groppi, Giuffrè, Milano, 2003, p. 26.

<sup>706</sup> Vid. CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

<sup>707</sup> Vid. CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema europeo...cit.*, p. 88 y ss.

convivencia de los diversos niveles del poder político dentro del Estado<sup>708</sup>: de hecho, algunos tribunales federales tenían la competencia de defender la división constitucional de los poderes entre la Federación y los Estados miembros, a través de la resolución de los conflictos de competencia.

Lo que, sin embargo, hasta el siglo XX, no fue posible aplicar, con pocas excepciones esporádicas<sup>709</sup>, el «tipo» de justicia constitucional que trata de garantizar los derechos individuales, sociales, protegidos por la Constitución, esencialmente contra la Ley: *Verfassungsgerichtsbarkeit* (La jurisdicción Constitucional).

En el Estado liberal de derecho la Constitución es la norma jurídica suprema que resulta del compromiso entre el Rey y la burguesía, limitando los plenos poderes del monarca a favor de los ciudadanos representados por la Asamblea elegida. En un contexto dualístico, en que quedó sin respuesta la cuestión crucial de la atribución de la soberanía (al Rey o al pueblo y sus representantes), era imposible encomendar a éstos la garantía de este compromiso, es decir, de la Constitución, sino a una instancia imparcial.

En otras palabras, Europa en el siglo XIX carecía de un elemento esencial para el nacimiento de la justicia constitucional, pero este elemento estaba presente durante mucho tiempo en los EE. UU.: el pluralismo social y político. Sólo la existencia de una Constitución que nace como un compromiso entre las diferentes fuerzas políticas y sociales para rediseñar un marco compartido de principios en que cada fuerza representa sólo un fragmento, no es suficiente para el establecimiento de la justicia constitucional. En efecto, esto sólo es posible cuando ya no está en juego la soberanía, donde haya una autonomía en la esfera constitucional y que se puede delegar tal tarea a un órgano imparcial para vivir y respetar la Constitución<sup>710</sup>.

---

<sup>708</sup> Vid. PIZZORUSSO, Alessandro: «Commento all'art. 134», en *Commentario della costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, Art. 134-139, Garanzie costituzionali, Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna, 1981, p. 27 y ss.

<sup>709</sup> Vid. FROMONT, Michel: *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996, p. 15, señala que, «En algunos países, ya en el siglo XIX, hay algunas esporádicas decisiones de los magistrados supremos que reclamar la jurisdicción para realizar un control cruzado de la constitucionalidad de las leyes, según el modelo de EE. UU.: el caso de Grecia (1847), Noruega (1866), y Portugal».

<sup>710</sup> Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo: *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 25 y ss.

Con el fin de la primera guerra mundial, la ampliación del sufragio, la aparición de los partidos políticos, los Estados permiten solo la creación de la justicia constitucional para la solución de conflictos de competencia: la *Staatsgerichtsbarkeit*. Es a partir de la segunda guerra mundial, de manera más decisiva, cuando en Europa concurren las circunstancias más concretas para el nacimiento del control de constitucionalidad de las leyes: *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

Si nos fijamos en el continente europeo, observamos que el desarrollo de la justicia constitucional ha sido continuo y generalizado, con algunas excepciones limitadas<sup>711</sup>, las formas de protección judicial de la Constitución, que incluyen el control de constitucionalidad de las leyes, están presentes en todos los sistemas<sup>712</sup>.

En Europa, el desarrollo de la justicia constitucional se realiza en cuatro «olas»<sup>713</sup>. Una primera oleada ocurrió en el período de entreguerras, con la experiencia constitucional de Austria (1920), de la Checoslovaquia (1920), de Rumanía (1923), de la Alemania de Weimar (1925), de la Segunda República española (1931), de Irlanda (1937). Aparte, del caso de Irlanda, que se trató de una experiencia de corta duración, los demás han sido abrumados por la caída, bajo los golpes del autoritarismo militar, en contextos caracterizados por un fuerte conflicto social donde es muy difícil garantizar que la Constitución puede garantizarse a través de un sistema judicial<sup>714</sup>.

La segunda oleada si coloca en el período sucesivo a la segunda guerra mundial, con la restauración de la Corte austríaca (1945), con la aparición de la *Corti costituzionali* en Italia (1948) y Alemania (1949); también con la Constitución de la V República francesa (1958).

---

<sup>711</sup> Estas excepciones de momento representadas por el Reino Unido y Países Bajos. Vid. ROSA, Francesca: «I Paesi senza controllo di costituzionalità delle leggi» en *La giustizia costituzionale in Europa*, a cura di Marco Olivetti, Tania Groppi, Giuffrè, Milano, 2003, p. 363 y ss.

<sup>712</sup> La justicia constitucional también está presente en "microEstados" (Andorra, San Marino, Malta, Mónaco, Liechtenstein). Vid. *Piccolo Stato, Costituzione e connessioni internazionali*: atti del convegno dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo, San Marino, Collegio Santa Chiara, 21-22 giugno 2002, a cura di Guido Guidi, G. Giappichelli, Torino, 2003.

<sup>713</sup> Vid. FAVOREU, Louis: *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 14.

<sup>714</sup> Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo: *La giustizia costituzionale...cit.*, pp. 23, apunta que «garantizar la estabilidad de una situación constitucional hay que tener condiciones políticas y sociales para eso».

La tercera oleada viene en los años setenta, con la Constitución Griega (1975), portuguesa (1976), española (1978), y la revisión de la Constitución sueca (1979) y belga (1980).

La cuarta oleada se refiere principalmente a los países de Europa centro-oriental, a partir de la reforma de la Constitución de Hungría en 1989, con la nueva Constitución de Albania de 1998, también se incluye la revisión constitucional de Luxemburgo de 1996 y la nueva Constitución de Finlandia de 1999.

Más allá de la lista de países y fechas, lo que importa señalar es que el desarrollo de la justicia constitucional se ha hecho en Europa desde 1920, según dos tendencias que parecen posibles de encontrar fuera de Europa.

En primer lugar, el desarrollo de la justicia constitucional va de *pari passu* con la democratización: el vínculo entre la justicia constitucional y la democracia es fácilmente detectable por la observación de las experiencias mencionadas que caracterizó la evolución de la justicia constitucional en las cuatros oleadas indicadas.

Ya en la idea original de Kelsen el vínculo entre justicia constitucional y democracia está bien presente: la justicia constitucional se configura como un instrumento puesto para la defensa de la minoría en el confronto de la manifestación de voluntad, contraria a la Constitución, de la mayoría parlamentaria, obrando como un terraplén contra el nacimiento de una «dictadura de la mayoría»<sup>715</sup>.

En el continente europeo, como en otras partes, es inconcebible hoy la adopción de una nueva Constitución democrática que no prevea una forma de garantía jurisdiccional de la supremacía de la Constitución. La justicia constitucional actualmente es un elemento eje del Estado Democrático de Derecho.

Por otra parte, solo la referencia a la democratización no parece ser capaz de explicar completamente el desarrollo de la justicia constitucional en Europa. Lo que pasa, es que el nacimiento de la justicia constitucional en los sistemas democráticos se traduce, también, en

---

<sup>715</sup> Vid. KELSEN, Hans: *La giustizia costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1982, p. 202.

la conveniencia de someter la ley a alguna forma de control judicial. Es una necesidad del sistema político de evaluación las acciones de los entes políticos responsables de la creación normativa. Podemos decir que sería un «perfeccionamiento del régimen político»<sup>716</sup>.

El Derecho constitucional y el Derecho comunitario desempeñan un papel decisivo en la probable aparición de una quinta oleada de la justicia constitucional en Europa. Es cierto el aumento del papel del Derecho comunitario en la regulación de las actividades internas de los miembros de la Unión Europea, representando un nuevo prisma en la concepción de los derechos, deberes de los ciudadanos europeos, ya que la Constitución no será más el único parámetro de valoración vinculante a los tribunales. Por lo tanto, hay una ampliación del sistema jurisdiccional del control normativo. La justicia constitucional caracteriza el escenario de la democracia europea del siglo XX, pero el horizonte, en paralelo con la cesión de la soberanía del Estado-nación, conlleva la tendencia de la formación de un sistema de justicia constitucional supranacional.

### *3.5 El control de constitucionalidad como garantía básica del Estado de Derecho*

El “*espíritu*” del Estado de Derecho expresa un sentimiento común de las naciones en construir una estructura política, social y económica dirigida a consolidación de valores fundamentales<sup>717</sup>.

---

<sup>716</sup> Otra prueba de la existencia de esta segunda tendencia, que va mucho más allá de la democratización, es que incluso los sistemas tradicionalmente reacios a admitir formas de revisión judicial de las leyes, como aquéllos de inspiración británica, fueron lentamente doblándose a las necesidades de la justicia constitucional, como lo demuestran las experiencias de Sudáfrica, Canadá, Nueva Zelanda, Israel. *Vid.* DE VERGOTTINI, Giuseppe: *Le transizioni costituzionali: sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 63 y ss.

<sup>717</sup> **Preámbulo de la Constitución Española de 1978:** La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: [...]. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.; **Preámbulo de la Constitución Portuguesa de 1974:** La Asamblea Constituyente afirma la decisión del pueblo portugués de defender la independencia nacional, de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, de establecer los principios basilares de la democracia, de asegurar la primacía del Estado de Derecho democrático y de abrir camino para una sociedad socialista, en el respeto de la voluntad del pueblo portugués, teniendo en vista la construcción de un país más libre, más justo y más fraterno.; **Apartado uno del artículo 23 de la Constitución Alemana:** (1) Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. [...].

La Norma Suprema viene a ser una solemne fórmula en la que se recoge las decisiones políticas fundamentales que el pueblo, constituido en Poder Constituyente, decide elegir, indicando cuáles son los fines que con ella se persigue y cuáles los valores y principios en los que se inspira y fundamenta<sup>718</sup>.

La Constitución determina la autoridad que el pueblo atribuye a su gobierno, y al hacerlo lo limita; por tanto cualquier ejercicio de autoridad por parte del gobierno más allá de tales límites es un ejercicio de «poder ilegítimo». En todo Estado que de hecho no se observe la distinción entre Constitución y Gobierno no existe verdadera Constitución, ya que la voluntad del gobierno carece de control, de modo que en realidad estamos ante un estado despótico<sup>719</sup>.

GARCÍA PELAYO<sup>720</sup> señala que una Constitución es un conjunto sistemático de normas jurídicas dotadas de mayor estabilidad que las restantes, en virtud del método más dificultoso de su reforma, y que, inspirándose en ciertos valores y principios, establece: 1) unos derechos y libertades de los ciudadanos que no pueden ser lesionados por los poderes públicos y que, por consiguiente, ponen un límite jurídico a la acción de éstos, y 2) una división del poder del Estado entre distintos órganos a los que las normas constitucionales asignan unas determinadas funciones, unos poderes para llevarlas a cabo y unas formas bajo las que éstos han de ser ejercidos.

La Constitución regula el proceso de creación jurídica atribuyendo los correspondientes poderes a unos y determinando el valor respectivo de las normas que esos sujetos crean. Señala los límites dentro de los cuales cabe que lleguen a convertirse en derecho, en voluntad del Estado, las expectativas que en un momento cualquiera pretenda utilizar el poder público para imponerse<sup>721</sup>.

---

<sup>718</sup> Vid SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 45 y ss.

<sup>719</sup> Vid MACILWAIN, Charles Howard: *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 25.

<sup>720</sup> Vid GARCÍA PELAYO, Manuel: *Derecho constitucional comparado*, 7. ed., Revista de Occidente, Madrid, 1964, p. 34 y ss.

<sup>721</sup> Vid OTTO, Ignacio de: *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, 2. ed., Ariel, Barcelona, 1991, p. 19 y ss.

En definitiva, la Constitución es la fuente de las fuentes del Derecho; es la norma que regula la elaboración de las leyes, normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales; es decir, la Constitución precisa las reglas a partir de las cuales la creación de normas jurídicas van a ser posible<sup>722</sup>.

La idea de Estado de Derecho indica que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y las demás normas que componen la orden jurídica del Estado.

Desde luego, el respeto al "imperio de la Ley" sólo tiene sentido si consideramos a la Constitución como la primera de las leyes a aplicar. La Ley pasa, pues, a un segundo plano; pasa a ser una norma subordinada que debe respetar no sólo los concretos preceptos que en la Constitución se contienen, sino también los principios que de ellos se derivan y los valores de los que la misma arranca. Tal es lo que configura la esencia de lo que se ha dado en llamar Estado Constitucional de Derecho frente al mero Estado legal de Derecho. Todo el Ordenamiento Jurídico del Estado ha de entenderse con referencia y en función de la Constitución. El dogma de la supremacía del Parlamento o de la soberanía de la Ley deja paso al dogma de la soberanía de la Constitución, y en definitiva al principio de soberanía popular.

Por esta razón, la creación de un Tribunal Constitucional, extraño a los otros poderes públicos, es necesaria para que éste Órgano Supremo interprete y aplique la Constitución, desprendiéndose su superioridad sobre las restantes normas jurídicas del ordenamiento<sup>723</sup>.

El control de la constitucionalidad es, esencialmente, control político y, cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es, en realidad, una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituidos<sup>724</sup>.

---

<sup>722</sup> Vid KELSEN, Hans: *La Giustizia Costituzionale...cit.*, pp. 152-153.

<sup>723</sup> Vid JELLINEK, Georg: *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2000, p. 462; Vid POSADA, Adolfo: *El régimen constitucional: esencia y forma, principios y técnica*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1930, pp. 126-127.

<sup>724</sup> Vid LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la constitución*, 2. ed., Ariel, Barcelona, 1976, p. 309.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>725</sup> añade que el Estado de Derecho es el "imperio de la Ley", "la convivencia dentro de las leyes", pero no de cualquier ley o norma, sino de aquellas que se producen "dentro de la Constitución", por "voluntad popular" y defendiendo plenamente los derechos humanos fundamentales.

Podemos afirmar que en un Estado de Derecho están presente los siguientes elementos: i) el respeto al imperio de la Ley como expresión de la voluntad general; ii) la separación de poderes del Estado; iii) y el reconocimiento de un catálogo de derechos innatos a la naturaleza humana<sup>726</sup>.

La doctrina alemana hace la diferenciación entre Estado de derecho formal y material. Para el Estado de Derecho concebido en términos estrictamente *formales* carece de importancia la existencia de derechos fundamentales. La seguridad jurídica, es decir, la calculabilidad de la acción estatal y el respeto a las formalidades a tal fin establecidas, puede ser independiente de los mayores o menores márgenes de libertad garantizados al ciudadano. El Estado de Derecho *material* comienza a existir a partir de la garantía de derechos fundamentales, sobre todo en la clásica acepción de derechos de defensa frente al Estado. Los derechos fundamentales troquelan *materialmente* el Estado de Derecho de la Ley Fundamental. De los derechos fundamentales y también de los límites contenidos en los mismos para el ejercicio de las libertades, resultan los valores a los que debe orientarse un Estado que tiene como misión realizar la justicia. Simultáneamente, puede el individuo que invoca sus derechos fundamentales someter a control constitucional la acción estatal, y de esa forma poner en marcha el sistema de frenos de los poderes. Así, la garantía de tutela judicial es uno de los instrumentos más importantes para hacer realidad el Estado de Derecho<sup>727</sup>.

---

<sup>725</sup> Vid GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: Principio de legalidad, Estado material de derecho, y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 10, 1984, p. 20.

<sup>726</sup> Vid BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 20 y ss; Vid VANOSSI, Jorge Reinaldo: *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, 3. ed., Eudeba, Buenos Aires, 2000, pp. 44-45; Vid PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 7. ed., Técno, Madrid, 2001, p. 237 y ss; Vid DÍAZ, Elías: *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1984, p. 31.

<sup>727</sup> Vid BENDA, Ernst: *Manual de derecho constitucional*, 2. ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 505.



De esa manera, el ejercicio del control de la constitucionalidad manifiesta la superioridad de la Constitución como medio de protección de los derechos y de las garantías que a la misma le dispensa. Por ello, y en definitiva, es la existencia de una jurisdicción constitucional, entendiendo por tal todo procedimiento que tiene como fin garantizar la observancia de la Constitución, lo que culmina el proceso de desarrollo del Estado legal de Derecho en Estado Constitucional de Derecho<sup>728</sup>.

El control de la constitucionalidad no es por otra parte el medio idóneo de comprobar la necesaria adecuación de las normas y actos con fuerza de ley con la Constitución o las leyes con relevancia constitucional para, en el caso de faltar esa conformidad, impedir su eficacia jurídica.

De esta forma la supremacía de la Ley Fundamental, nos lleva a la consecuencia inmediata de que los que aplican el derecho, antes de utilizar una norma tendrán la obligación de considerar si es conforme a la Constitución o no, y si no lo es, rechazarla<sup>729</sup>.

El Tribunal Constitucional ha hecho suya esta idea y viene subrayando que la Constitución es una norma cualitativamente distinta al resto de las normas en razón de que incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y que ha de informar todo el ordenamiento jurídico.

De esta forma, el control de constitucionalidad tendrá como finalidad principal la de eliminar todas aquellas normas que sean contrarias a lo expuesto en la Norma Fundamental a través de la actividad jurisdiccional.

Una de las características fundamentales del Estado de Derecho implica que los ciudadanos sepan de antemano lo que pueden, deben y no deben hacer, y las consecuencias que en su caso se deriven de la infracción de las normas. Sin embargo, la ausencia de arbitrariedad, o lo que es lo mismo, el sometimiento del poder a la legalidad, es condición

---

<sup>728</sup> Vid GARCÍA PELAYO, Manuel: El "status" del Tribunal Constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, 1981, p. 18.

<sup>729</sup> Vid LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, tomo I, enero-febrero, n. 7, 1979, pp. 200-201.

necesaria, pero no suficiente, de una sociedad política justa. Es imprescindible que los ciudadanos estén provistos de una esfera de actuación inmune a la potestad del Estado.

Ernesto GARZÓN VALDÉS<sup>730</sup> afirma la existencia de “un coto vedado”. La idea del coto vedado se basa en la justificación ética de la representación democrática, es decir, si ésta respeta la vigencia de los derechos de cada cual a los bienes primarios y procura satisfacer a través del compromiso la realización de los deseos secundarios de los miembros de una comunidad política. Así, los bienes primarios son aquéllos necesarios para la subsistencia del individuo, son aquellos intereses universales que no pueden ser objeto de recortes por parte de los compromisos parlamentarios. Son pues, el núcleo no negociable de una Constitución en su sentido moderno, y por lo tanto comprenden también los principios en que se basa el Estado. Sin duda, que la garantía a la tutela judicial por medio del control de constitucionalidad de las leyes representa parte de este núcleo intangible del Estado de Derecho.

### *3.6 Análisis de los valores de la norma inconstitucional*

Este apartado precisa contestar la siguiente interrogante: ¿qué valor tiene un acto inconstitucional? Sin embargo, vamos empezar el análisis averiguando el concepto, los presupuestos y los elementos de los actos pasivos del juicio de inconstitucionalidad.

Desde luego, los actos que pueden ser valorados con inconstitucionales son actos provenientes del poder político del Estado. Más concretamente corresponden a las manifestaciones de voluntad de un órgano o del agente político en la búsqueda de la prosecución de los fines del Estado o en el ejercicio de sus funciones. Además, y como no podría ser de otra manera, el acto del poder político del Estado es un acto jurídico, esto es, la manifestación de voluntad que consigue producir efectos jurídicos.

Sumariamente, podemos decir que los presupuestos de los actos del poder político del Estado son de carácter subjetivo, subjetivo-objetivo y objetivo<sup>731</sup>.

---

<sup>730</sup> Vid GARZÓN VALDÉS, Ernesto: Algo más acerca del “coto vetado”. *Doxa*, Alicante, n. 6, 1989, pp. 209-213.

<sup>731</sup> Vid GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Direito Constitucional*, 5. ed., Almedina, Coimbra, 1991, p. 535 y ss.

El carácter subjetivo del acto político está vinculado a la existencia de un sujeto autor del acto. A pesar de que, como antes afirmamos, la entidad autora del acto es el Estado, hace falta una especial configuración del órgano estatal que en concreto lo practica. No interesa los titulares debidamente identificados, y sí, el órgano de poder político del Estado donde procede el acto<sup>732</sup>.

El segundo presupuesto (subjetivo-objetivo) del acto de poder político del Estado es la competencia del órgano en causa. No es suficiente que haya un determinado órgano del poder, es igualmente necesario que él sea competente para actuar, eso es, que tenga poder funcional a la práctica de dicho acto. A esta idea juntase los presupuestos de capacidad y de legitimidad.

El carácter objetivo que compone el acto político comprende las situaciones de cuya ocurrencia depende la posibilidad de practicar dicho acto. Este aspecto está directamente conectado a las necesidades de los ciudadanos y las obligaciones innatas del Estado.

Cuanto a los elementos del acto del poder político del Estado podemos decir que están relacionados a la voluntad del órgano de poder, a la forma y el contenido del acto, y a la finalidad del acto del Estado, o sea, al objetivo que él permite realizar o perseguir.

De esta manera, el acto de poder del Estado es constituido por una libertad de actuación (voluntad) en conformidad a las necesidades y los medios disponibles y exigibles (forma y contenido) para la promoción de determinados fines elegidos por político vigente.

De esta forma, el acto inconstitucional del poder político del Estado es resultado de la disconformidad de este acto con cualquiera de los presupuestos o elementos antes mencionados, redundando en un vicio de inconstitucionalidad.

Señaladas las premisas para la ocurrencia del acto inconstitucional, desbrocemos ahora el valor de dicho acto.

---

<sup>732</sup> Este órgano tiene que existir previamente a la práctica del acto para que el acto nazca. Sin el órgano en concreto, no hay acto del poder político del Estado. Vid SOUSA, Marcelo Rebelo de: *O valor jurídico do acto inconstitucional*, I, Lisboa, 1988, pp. 115-116.

En efecto, el valor del acto inconstitucional representa una depreciación cualitativa de algo que surge a principio como acto del poder político del Estado, pero es disconforme a la Constitución.

De hecho, es una patología perceptible cuando confrontamos los actos del poder del Estado con la esencia del principio de constitucionalidad<sup>733</sup>.

El principio de constitucionalidad en un primer momento privilegiaba un sentido formal, esto es, los actos del poder político del Estado deberían respetar la Constitución formal, ya que ella fundaba la su existencia y validez.

Este sentido formal de las normas constitucionales aparecía como límite externo a los actos del poder, prevaleciendo sobre el contenido material o programático de las Constituciones liberales<sup>734</sup>.

Con el surgimiento del Estado Social de Derecho<sup>735</sup> en la segunda mitad del siglo XX, el principio de constitucionalidad pasa a desdoblarse en dos componentes: un material y un formal. Así, los actos del poder político del Estado no sólo tienen que respetar el límite externo de la Constitución, como deben respetar el límite interno representado por la Constitución material, que sub-juzga a la Constitución formal<sup>736</sup>.

Se verifica, entonces, una importancia gradual de la Constitución material, traducido en un análisis material de los actos de poder, luego, los que no fueren compatibles con los principios constitucionales sustanciales serán reconocidos como actos inconstitucionales.

---

<sup>733</sup> Vid MIRANDA, Jorge: *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Revista da faculdade de direito da universidade de Lisboa, Lisboa, 1968, p. 232 y ss.

<sup>734</sup> Vid MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: *La Constitución Española de 1812: (el constitucionalismo liberal a principios del siglo XIX)*, Pascual Ibáñez, Valencia, 1978, p. 36 y ss; Vid BLANCO VALDÉS, Roberto L.: *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza, Madrid, 1994, p. 44 y ss.

<sup>735</sup> Vid LUCAS VERDÚ, Pablo: *Estado liberal de derecho y estado social de derecho*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1955, p. 67 y ss; Vid COSTA, Pietro: *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 136 y ss.

<sup>736</sup> Vid MORTATI, Costantino: *La constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 115 y ss.

Como fruto de esta evolución, la Constitución representa hoy un doble fundamento para la existencia jurídica y para la validez de los actos del poder político del Estado. Del mismo modo el valor del acto inconstitucional implica su nulidad y su invalidez.

El desvalor del acto inconstitucional por nulidad resulta cuando hay una omisión o una apariencia de acto, careciendo de los datos necesarios de determinación formal o material exigidos por la Constitución para determinado tipo de acto<sup>737</sup>.

La determinación formal se desdobra en los elementos de forma del acto, identificando los presupuestos o elementos de incidencia subjetiva. Mientras, la determinación material o sustancial se relaciona con los presupuestos o elementos objetivos del acto considerado. Para averiguar si un cierto acto del poder político del Estado es nulo o no hay que verificar si faltan algún o algunos de los datos de determinación necesaria de ese acto, la nulidad siempre es un desvalor jurídico, es decir, una forma con que el Derecho rechaza un acto de poder del Estado cuando no encuentra los necesarios datos exigidos por la norma constitucional<sup>738</sup>.

No hay determinación formal u orgánica de un acto de poder del Estado cuando se verifica vicio en cuanto al sujeto autor del acto, vicio ése que corresponde a la ausencia de ese sujeto o cuando el acto es practicado en una realidad aparente, por un pseudo-órgano estatal que manifiestamente nunca existió. También, no hay determinación formal mínima de un acto practicado por un órgano que usurpa la actividad o función de otro. Podemos añadir aún la ausencia de formalidad esencial o un requisito de forma en sentido estricto que también imposibilitan la determinación mínima y necesaria para la existencia del acto, en términos jurídicos<sup>739</sup>.

---

<sup>737</sup> Vid SOUSA, Marcelo Rebelo de: *O valor jurídico...cit.*, p. 135.

<sup>738</sup> Vid MIRANDA, Pontes de: *Tratado de direito privado*, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1970, Tomo IV, p. 25; Vid BONSIGNORI, Franco: *Concetto di diritto e validità giuridica...cit.*, p. 49 y ss; Vid GOMES CANOTILHO, J. José; MOREIRA, Vital: *Fundamentos da Constituição*, Coimbra editora, Coimbra, 1991, p. 253 y ss.

<sup>739</sup> Vid GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Direito Constitucional...cit.*, p. 949 y ss; Vid CALOGEROPOULOS, André: *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1983, p. 44 y ss; Vid CAETANO, Marcello: *Manual de direito administrativo*. Tomo I, Introdução, organização administrativa, actos e contratos administrativos, 8. ed., Coimbra Editora, Lisboa, 1968, p. 455 y ss.

Anteriormente afirmamos que el acto político del poder del Estado puede resultar nulo por falta de determinación formal u orgánica del acto. Es nulo por no ser posible identificar y/o legitimar el órgano o entidad responsable por el acto. Estamos delante de situaciones de grave amenaza o de falta de obediencia a la estructura de acción de la Constitución.

Ya la nulidad por vicio de contenido o material es la indeterminación material de cierto acto de poder del Estado, o sea, la su total disconformidad en relación a la Constitución material.

Para que el acto sea nulo es necesario que la apariencia de actuación del poder del Estado no sea conforme a la Constitución en sus trazos esenciales. La violación del objeto o del contenido de los derechos fundamentales representa un desvío del núcleo esencial de la Constitución que genera la nulidad jurídica por la indeterminación mínima del acto de poder político del Estado.

Desde luego, importa separar el objeto y el contenido de los derechos fundamentales de un lado y el ejercicio del otro. Sólo las violaciones de objeto y de contenido justifican la nulidad del acto inconstitucional. Las violaciones en materia de ejercicio fundamentan su invalidez.

La distinción entre el objeto, el contenido y el ejercicio atiende a la definición de cada uno de estos conceptos. El objeto corresponde al bien jurídicamente tutelado, el contenido al conjunto de facultades o poderes en que se traduce esa tutela, y el ejercicio es la implementación de esas facultades<sup>740</sup>.

El objeto y el contenido de un derecho fundamental constituyen su núcleo esencial e incompresible. La violación de este núcleo por un acto de poder del Estado implica en la nulidad jurídica del acto. Así, por ejemplo, la prohibición al derecho de restitución de los tributos indebidos, la imposición de tributos sobre el mínimo existencial del patrimonio y etcétera, lleva a la nulidad de un acto normativo con tal contenido.

---

<sup>740</sup> Vid ANDRADE, José Carlos Vieira de: *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Livraria Almedina, Coimbra, 1983, p. 188 y ss; Vid ALEXEY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 22 y ss.

Ya el establecimiento de límites inconstitucionales al ejercicio del derecho repercute para la invalidez del acto normativo. Por ejemplo, ocurriría con un acto que ordena una serie de obligaciones inconstitucionales que limitasen el derecho de acción.

La figura de la nulidad del acto inconstitucional dentro de la dogmática jurídica enuncia las siguientes características: i) la no producción de efectos jurídico primarios; ii) constituye un acto insanable e inexigible por el poder del Estado; iii) cesación del deber de obediencia y el reconocimiento del derecho de resistencia por parte de los ciudadanos, cuando el acto haya sido anulado; iv) la no vinculación al principio de la cosa juzgada<sup>741</sup>.

Como no hay acto de poder del Estado la nulidad de un acto inconstitucional no puede generar los efectos esperados por el contenido normativo.

Por causa de la gravedad del vicio de nulidad el acto de poder no puede ser sanado. Tampoco puede ser exigible, pero es capaz de generar o fundamentar otros actos contra su actuación<sup>742</sup>.

Otra característica del régimen de la nulidad del acto de poder del Estado, que igualmente procede de la no producción de los efectos jurídicos legítimos, es la del reconocimiento del derecho de resistencia o de objeción por parte de los ciudadanos, cuando del reconocimiento de su nulidad por el Judiciario.

Los ciudadanos pueden y deben resistir a la aplicación de un pretense acto jurídicamente nulo, debiendo entenderse que la resistencia consiste en la utilización de los medios permitidos por la Constitución en defensa de los derechos fundamentales que están en inminente peligro o fueran violados. Por medio del derecho de acción y de la efectiva tutela judicial los ciudadanos podrán proteger y garantizar la continuidad de sus derechos innatos<sup>743</sup>.

---

<sup>741</sup> Vid SOUSA, Marcelo Rebelo de: *O valor jurídico...cit.*, p. 181.

<sup>742</sup> Vid CAETANO, Marcello: *Manual de direito administrativo...cit.*, p. 467 y ss.

<sup>743</sup> Vid CAETANO, Marcello: *Manual de ciência política e direito constitucional*, 6. ed., Coimbra Editora, Lisboa, 1970, p. 326; Vid GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Direito Constitucional...cit.*, p. 442.

Además, los efectos de la cosa juzgada no se aplican a los actos nulos, ya que no se puede imponer efectos en algo no que existe jurídicamente. Una pregunta que se puede plantear es si hace falta la declaración de nulidad por un órgano judicial. Es indispensable la intervención jurisdiccional para su reconocimiento. Puede o no verificarse esa intervención dentro de la respectiva competencia constitucional, pero ella se hace obligatoria o indispensable<sup>744</sup>.

Entonces la nulidad presupone la existencia de un acto, ya que consiste en la incapacidad de producir los efectos prototípicos que normalmente le corresponderían. Sin embargo, esto no significa que no produzca ningún efecto, y sí que puede producir efectos que denominamos de secundarios, eso es, efectos negativos a los destinatarios de la norma.

En la verdad, hay vicios que por su propia naturaleza implican en la invalidez total del acto inconstitucional. Es lo caso de los vicios relativos a la voluntad y a la forma, que afectan todo el acto considerado. No obstante, hay otros vicios que pueden llevar a la invalidez parcial del acto de poder del Estado, desde que sea viable, mediante una división del contenido del acto, separar la parte afectada por el vicio de la otra que no lo sea.

### *3.7 Principales efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional*

Tenemos el Tribunal Constitucional no sólo como el más alto órgano jurisdiccional, sino como un órgano, de carácter constitucional, en virtud de cuyo carácter goza de autonomía e independencia frente a los demás órganos jurisdiccionales del Estado.

La existencia de una justicia constitucional se impone actualmente: equilibra el considerable y preocupante crecimiento del legislativo y del ejecutivo; se deriva necesariamente de la expansión de las declaraciones de derechos<sup>745</sup>.

Por eso, la importancia de un Tribunal Constitucional que por medio de sus sentencias (verdaderos pronunciamientos judiciales de fuertes consecuencias o/e influencias políticas) consiga resguardar la estructura y el contenido constitucional vigente.

---

<sup>744</sup> Vid SOUSA, Marcelo Rebelo de: *O valor jurídico...cit.*, p. 183.

<sup>745</sup> Vid CAPPELLETTI, Mauro: Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional, *In: Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, L. Favoreu... [et al.], Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984, p. 604.



Desde luego, el Tribunal Constitucional no es un juez ordinario, pero ello no quiere decir que no sea un juez, ya que los jueces constitucionales pertenecen a otra categoría y a otro mundo distinto de los jueces ordinarios. En primer lugar, el juez constitucional es diferente porque tiene necesariamente un estatuto constitucional, es decir un estatuto que le protege de los poderes públicos que él mismo controla. Además, desempeña cometidos diferentes a los del juez ordinario, dado que no persigue exclusiva ni principalmente decidir una controversia jurídica concreta para restaurar el orden jurídico conculcado, más bien, actúa creando claridad jurídica, eliminando material litigioso e impidiendo la repetición sucesiva de las mismas controversias, y también en los singulares deberes de protección e interpretación de la Constitución, que le vienen a otorgar un papel especial dotado de especial responsabilidad<sup>746</sup>.

La sentencia constitucional es un acto procesal, decisión de un colegio de jueces que pone término a un proceso. Es una actividad dirigida a la interpretación e integración creadora del derecho, sin olvidar su dimensión política.

Las sentencias constitucionales son una modalidad del género “sentencias”. Esto es, son tan sentencias como las obras y tienen o deben tener la misma estructura. Sin embargo, la temática de estas sentencias tiene algo especial, pues no se dirige a satisfacer un interés privado o de beneficio de un grupo, sino que persigue cautelar valores que afectan directamente a los miembros de una sociedad determinada. Aún más, se trata de poner en cumplimiento el texto fundamental que da cuenta de una sociedad, y no de un código procesal cualquiera, por lo que su vigencia es más importante. Pues si una Constitución, base y soporte de todo el ordenamiento jurídico, no se cumple, constituye un demérito que afecta al resto del ordenamiento. Lo anterior se confirma con el hecho de que las sentencias constitucionales, tienen importancia precisamente porque cautelan, fundamentalmente, dos aspectos que son clave: los derechos fundamentales y la jerarquía normativa.

---

<sup>746</sup> Vid PAVOREU, Louis: Informe general introductorio, *In: Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, L. Favoreu... [et al.], Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984, p. 21; Vid BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *El valor de las sentencias del tribunal constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, pp. 17-18.

De las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional podemos destacar los siguientes efectos: i) la cosa juzgada; ii) la vinculación de los poderes públicos; iii) la fuerza de ley; iv) y la creación del derecho.

La técnica utilizada para el control de constitucionalidad en la mayoría del sistema europeo es la jurisdicción concentrada y basada en las concepciones kelsenianas, según las cuales el sistema jurisdiccional se basará en la primacía de la Constitución como norma jurídica superior a las demás, además de la existencia de un único Tribunal que posea el monopolio en lo referente al rechazo de normas inconstitucionales. De esto se deriva necesariamente la atribución de fuerza de ley a las decisiones constitucionales declaratorias de inconstitucionalidad de una ley. Para Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>747</sup> la fuerza general u erga omnes de las sentencias anulatorias de las leyes, residuo de su concepción como decisión legislativa... en realidad (es), (el) único instrumento técnico para articular el monopolio jurisdiccional concentrado en un Tribunal único y su relación con la pluralidad de jueces y Tribunales que mantienen enteras sus competencias de decidir litigios singulares.

### ***1.7.1 La cosa juzgada***

La cosa juzgada constituye el principal efecto de la principal resolución judicial, que es la sentencia definitiva sobre el fondo, y con él se pretende que una vez que una cuestión litigiosa ha sido zanjada por los Tribunales no pueda volver a ser planteada, pues ello sería contrario tanto a la seguridad jurídica como a la propia función pacificadora del Derecho.

El concepto de cosa juzgada resulta en la intangibilidad que en determinados momentos alcanza una resolución judicial, diferenciándose entre la cosa juzgada material y la cosa juzgada formal<sup>748</sup>.

---

<sup>747</sup> Vid GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, 1981, p. 46.

<sup>748</sup> Vid HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo: Extensión y límites de la cosa juzgada en el contencioso-administrativo, in: *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 367 y ss; Vid VELLANI, Mario: *Naturaleza de la cosa juzgada*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, p. 115 y ss; Vid CARNELUTTI, Francesco: *Derecho procesal civil*. v. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 318; Vid SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard: *L'autorité de chose décidée*, Librairie général de droit et de jurisprudence, Paris, 1969, p. 173 y ss; Vid PAGENSTECHER, Max: *Zur Lehre von der Materiellen Rechtskraft*, Franz Vahlen, Berlin, 1905, p. 45 y ss.

La cosa juzgada formal indica la imposibilidad de recurrir o impugnar una sentencia en aquellos casos en los que ya transcurrieron los plazos que la Ley establece para ello. En el caso de la cosa juzgada material, es el efecto procesal de las sentencias que determina su invariabilidad, así como su permanencia en el tiempo. De esta forma, la unión entre ambas se reduce al mero hecho de que sólo las sentencias que son firmes producen eficacia de cosa juzgada.

En efecto, la fuerza de cosa juzgada material es la intocabilidad directa o mediata de un resultado procesal, el cierre de toda posibilidad de que se emita por la vía de la apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esta clase de autoridad<sup>749</sup>.

La cosa juzgada posee el efecto de que ninguna de las partes puede poner en cuestión la corrección de la decisión recaída sobre el objeto del litigio, ni provocar una decisión del mismo o de otro Tribunal que contradiga la primera sentencia. Se impide, por lo tanto, que se llegue a fallar de forma contraria a como ya se ha fallado<sup>750</sup>.

La cosa juzgada considera el efecto característico procesal de las resoluciones judiciales, por lo que posee un carácter exclusivamente procesal, ya que el juez no podrá juzgar de nuevo lo ya juzgado, a la vez que deberá juzgar en los casos de perjudicialidad jurídica conforme a lo ya juzgado por otro juez con anterioridad. Esta imposición es debida a la necesidad de mantener la certeza y seguridad jurídicas.

De la misma manera, las sentencias resultantes del control de constitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, imponible a todos los Poderes Públicos. Así, se destaca la función de intérprete supremo de la Constitución, bien como la función de pacificación, de terminar de forma definitiva los litigios constitucionales.

---

<sup>749</sup> Vid GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, 2. ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 571.

<sup>750</sup> Vid BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *El valor de las sentencias...cit.*, p. 251-252.

Parece claro que todas las Sentencias del Tribunal Constitucional producen, desde que se dictan, el efecto de cosa juzgada formal, pues contra ellas no cabe recurso alguno (art. 164.1 CE y art. 93.1 LOTC)<sup>751</sup>.

Sin embargo, por razón del tiempo, la cosa juzgada material encuentra un límite, aparte de ciertas demarcaciones temporales que eventualmente la acompañan desde el principio, cuando en el ulterior transcurso cronológico cambian las circunstancias fundamentales que produjeron la decisión judicial<sup>752</sup>.

Este cambio en las circunstancias fundamentales que originaron la sentencia se han de entender referidas de modo esencial a la alteración que con el transcurso del tiempo eventualmente pueda producirse en la situación de hecho que sirvió de base a la decisión o en la realidad normativa, en aplicación de cuyas normas se dictó la sentencia. Modificadas, pues, la situación fáctica o jurídica, queda enervada la cosa juzgada<sup>753</sup>.

En la jurisdicción constitucional la fuerza de cosa juzgada de sus sentencias queda enervada en cuanto a los límites temporales cuando se produce un cambio fundamental en las relaciones de la vida o en la opinión jurídica general, con lo que se produciría un auténtico cambio también en la situación fáctica inicial, lo cual permitiría al Tribunal, desconocer el valor de cosa juzgada de la anterior decisión y decidir por medio de una nueva sentencia la misma cuestión de modo diferente.

En cuanto a la vinculación del propio Tribunal Constitucional a sus Sentencias, se ha señalado que si se reconociera el efecto de cosa juzgada material, el Tribunal quedaría vinculado a su propia jurisprudencia, produciéndose una cierta petrificación del sistema al impedirse la evolución jurisprudencial (posibilidad de evolución que suele señalarse como una de las principales virtudes de los órganos de Justicia constitucional: lo que en un determinado momento pudo considerarse constitucional puede después, por circunstancias

---

<sup>751</sup> Según el artículo 164.1 CE, las Sentencias del Tribunal Constitucional tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas; de acuerdo con el artículo 93 LOTC, contra las Sentencias del Tribunal no cabe recurso alguno, pero en el plazo de dos días a contar desde su notificación las partes podrán solicitar la aclaración de las mismas.

<sup>752</sup> Vid GUASP, Jaime: *Derecho procesal...cit.*, p. 580.

<sup>753</sup> Vid BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *El valor de las sentencias...cit.*, p. 108 y ss.

extrínsecas a la norma, devenir inconstitucional). Sin embargo, no es menos cierto que si no se reconociese el valor de cosa juzgada, se podría caer en el absurdo de que el Tribunal tuviera que volver a pronunciarse sobre un asunto previamente resuelto. Para evitar los inconvenientes que suponen una y otra postura, parece necesario reconocer un régimen especial a la cosa juzgada material en relación con el Tribunal Constitucional, régimen que podría resumirse como sigue: en cuanto a las Sentencias estimatorias, es evidente que suponen siempre cosa juzgada material para el propio Tribunal. En principio, podría pensarse que una vez expulsada una norma del Ordenamiento jurídico ya no es posible que el mismo tema vuelva a plantearse al Tribunal Constitucional; la cuestión no es, sin embargo, tan sencilla. Es posible que la norma declarada inconstitucional sea reproducida en otra disposición; en esta hipótesis, parece que ha de optarse por considerar abierta la vía del recurso y la cuestión, ya que el transcurso del tiempo y, sobre todo, el nuevo marco normativo en el que el precepto se inserta, recomiendan evitar la apreciación *a priori* del efecto de cosa juzgada<sup>754</sup>.

En suma, una vigencia temporalmente ilimitada de las decisiones constitucionales, a las que el Tribunal Constitucional estuviera vinculado, no podría ser aceptada. Conduciría a una congelación inaceptable del Derecho constitucional que podría poner en peligro la necesaria flexibilidad del sistema<sup>755</sup>.

### 3.7.2 *La vinculación de los poderes públicos*

Otro importante efecto que se le atribuyen a las sentencias del Tribunal Constitucional es el de la vinculación de los poderes públicos. En este sentido se pronuncia el Art. 31.1<sup>756</sup> BverfGG alemán.

---

<sup>754</sup> Vid BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *El valor de las sentencias...cit.*, p. 22 y ss.

<sup>755</sup> Vid VOGEL, Klaus: *Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. STARCK, Christian (Org.), 1. ed., Mohr, Tübingen, 1976, v. 1, p. 568 y ss.

<sup>756</sup> Vid *Bundesverfassungsgerichts-Gesetz, BVerfGG*, art. 31.1: Las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados, a todos los Tribunales y a todas las Autoridades administrativas. *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional de España*. Art. 38.1. Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Además de vincular las partes que han intervenido en el proceso, se extiende, más allá del caso concreto decidido, vinculando en todos los casos futuros a todos los órganos constitucionales, Tribunales y Autoridades, alcanzando la sentencia asimismo no sólo al tenor literal del fallo, sino también, a aquellas consideraciones jurídicas contenidas en el cuerpo de la sentencia que verdaderamente sustenten el fallo<sup>757</sup>.

Este efecto de vinculación a los Poderes Públicos es, en todo caso, más amplio que el de cosa juzgada. Ésta se manifiesta siempre en el seno de un proceso (bien del mismo —cosa juzgada formal—, bien de otros —cosa juzgada material—), se limita al fallo y, normalmente, despliega su eficacia entre los que fueron parte del mismo. El efecto de la vinculación, por el contrario, opera habitualmente fuera del ámbito procesal, se extiende a los fundamentos del fallo y obliga a todos los poderes públicos (estén o no legitimados para intervenir en los procesos constitucionales). De estas características, la más interesante y la que, en última instancia, justifica esta categoría, es la vinculación de todas las autoridades no solamente al fallo, sino también a los fundamentos de las Sentencias. Esta especial vinculación a las resoluciones del Tribunal Constitucional es una consecuencia de su carácter de *intérprete supremo* de la Constitución y de la importancia que tiene esta actividad interpretativa; el Tribunal Constitucional, en cuanto Tribunal, debe resolver controversias concretas, pero a través de ellas va realizando una interpretación del Ordenamiento (interpretación de la Constitución e interpretación constitucional de las leyes) que vincula al resto de los poderes públicos. Esta labor de interpretación alcanza, en consecuencia, una especial relevancia, inusual en otras jurisdicciones<sup>758</sup>.

La idea del efecto de vinculación de los poderes públicos está conectada a la función interpretativa de la Constitución por el Tribunal Constitucional, ya que para la solución del conflicto jurídico constitucional, el Tribunal se utiliza de la interpretación de los principios de la Constitución, en esta ocasión define la correcta interpretación y a su futura utilización uniforme por todos los órganos constitucionales, lo que en todo caso obliga a concluir el reconocimiento de una vinculación de todos los órganos del Estado a las decisiones constitucionales.

---

<sup>757</sup> Vid BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *El valor de las sentencias ...cit.*, pp. 58-59.

<sup>758</sup> Vid CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2. ed., McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2000, p. 151.

Esta obligación de que los poderes públicos respeten y tengan en cuenta la interpretación que el Tribunal Constitucional hace en sus Sentencias adquiere una especial fuerza en relación con los órganos jurisdiccionales. Conviene, por último, poner de relieve que la vinculación de los Poderes Públicos se refiere a la doctrina elaborada en cualquiera de los procesos de los que el Tribunal conoce.

### 3.7.3 *La fuerza de ley*

Derivado del efecto vinculante a los poderes públicos de las sentencias del Tribunal Constitucional, tenemos el efecto de la fuerza de ley que resulta de la sentencia del Tribunal Constitucional, y se extiende sus efectos más allá de los poderes públicos, también a todos, personas físicas y jurídicas, que podrían invocar a su favor estas decisiones y a todos obligarían, produciendo directamente para todos derechos y obligaciones, puesto que todos están obligados por las leyes, no solamente las partes intervinientes en el proceso<sup>759</sup>.

Según el artículo 164.1 CE, las Sentencias «que declaren la inconstitucionalidad de una ley o norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos». Más complicado resulta precisar qué significa exactamente esa eficacia *erga omnes*. Es necesario distinguirla, en primer lugar, de la vinculación de los Poderes Públicos a que acabamos de hacer referencia, pues mientras que ésta se refiere a la incidencia de las resoluciones constitucionales en los órganos del Estado, aquélla parece aludir a la eficacia transformadora del Ordenamiento jurídico que tienen algunas Sentencias. Asimismo, tampoco puede identificarse eficacia general con la obligación de todos los ciudadanos de acatar las Sentencias del Tribunal Constitucional, ya que esa obligación se deriva no de una especial eficacia de sus decisiones, sino del deber general de acatar cualquier decisión legítima de una autoridad pública y, más específicamente, lo que se haya dispuesto en cualquier resolución judicial. Tampoco parece que pueda entenderse como una especial vinculación de los ciudadanos a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional; esa vinculación se produce, según hemos visto, respecto de los Poderes Públicos, y solamente a través de éstos alcanza también a los particulares.

Estamos delante de una verdadera fuente formal del Derecho, pues su obligatoriedad es imponible a todos. Más que esto, la decisión en el control de constitucionalidad no está

---

<sup>759</sup> Vid BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *El valor de las sentencias ...cit.*, pp. 66-67.

basada en un silogismo clásico de confluencia de la norma general al caso concreto, y sí, en saber si esta norma general es válida jurídicamente.

Ángel GARRORENA MORALES<sup>760</sup> afirma que las sentencias constitucionales no se agotan en su significación de acto procesal, sino que, además, cobran el carácter de actos creadores de Derecho, y, en último término, el carácter de decisiones políticas en cuantos actos de un poder en dialéctica con los demás poderes del Estado.

La introducción de una jurisdicción constitucional ciertamente pone en quiebra lo formalizado sistema de fuentes del Derecho, introduciendo el valor de la jurisprudencia constitucional como creadora de Derecho, mismo que sea por una vía negativa.

Pero, no obstante, es necesario precisar que esta fuerza de ley que se le atribuye a las sentencias constitucionales no significa que sus efectos sean los mismos que los de las leyes, sino simplemente semejantes. Los razonamientos lógicos a esta afirmación se encuentran en el hecho de que una sentencia del Tribunal Constitucional no puede considerarse como una ley ni formalmente, ya que no es un acto legislativo, ni tampoco materialmente, ya que no crea normas jurídicas, puesto que simplemente se limita a enjuiciarlas<sup>761</sup>.

En definitiva, la fuerza de ley de las sentencias constitucionales no puede corresponder más que a aquellas sentencias que eliminan la norma legal enjuiciada, pero no a aquellas que confirman su constitucionalidad, disponiendo solamente las primeras, por tanto, de una mayor protección de estabilidad frente a las sentencias constitucionales dictadas en otros procedimientos que no sean de control de normas, concretamente, su vinculación con efectos a favor y en contra de todos. Entender de otro modo el concepto de fuerza de ley de las sentencias constitucionales, supone no sólo la violación radical de los principios que presiden el sistema facilitando la convalidación prohibida de una nulidad radical, sino también, y sobre

---

<sup>760</sup> Vid GARRORENA MORALES, Ángel: La sentencia constitucional, *Revista de Derecho Político*, n. 11, 1981, p. 7.

<sup>761</sup> Vid CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime: *La revisión de los actos nulos por inconstitucionalidad de las leyes: posibilidad de ejercitarla sin limitación de plazo*, Dijusa, Madrid, 2002, pp. 58-59.



todo, como se ha indicado, la atribución a esas sentencias, no de fuerza de ley, sino pura y simplemente fuerza constitucional<sup>762</sup>.

### 3.7.4 La creación de derecho

Otro de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional es lo de la creación de Derecho<sup>763</sup>. La función creadora del Derecho puede ser a través de la actividad jurisdiccional que se encamina a la aplicación del Derecho en el caso concreto. Este Derecho se crea por el Juez, que abstrae el sentido general de la ley, y lo aplica al caso específico<sup>764</sup>.

Para Francisco BALAGUER CALLEJÓN<sup>765</sup>, la existencia misma del Tribunal Constitucional y sus condiciones estructurales despejan ya de antemano la duda acerca de su capacidad de creación de derecho. El control de constitucionalidad de normas tiene una incidencia normativa innegable, cada vez que el Tribunal Constitucional decide respecto de normas que está afectando al ordenamiento jurídico. Si se tiene en cuenta el efecto de vinculación de la doctrina del TC, podemos decir que la innovación no sólo se manifiesta en las sentencias estimatorias sino que también puede manifestarse en las desestimatorias. En efecto, también en estas últimas el TC puede realizar una interpretación de la ley que deba ser tenida en cuenta por los poderes públicos en el futuro. Ni que decir tiene que también en estas sentencias el TC tiene que aportar su propia interpretación de la Constitución, con efectos normativos. En definitiva, en la medida en que la jurisdicción constitucional tiene como núcleo esencial de su función el control de normas, puede afirmarse que uno de sus rasgos estructurales consiste en la capacidad de innovación del ordenamiento jurídico, en la capacidad de creación de Derecho.

Esta creación de Derecho debe diferenciarse claramente de la que lleva a cabo el legislador, ya que no proviene de simples consideraciones de oportunidad, no es creación

---

<sup>762</sup> Vid BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *El valor de las sentencias...cit.*, pp. 75-76.

<sup>763</sup> Vid RUBIO LLORENTE, Francisco: La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 22, enero-abril de 1988, p. 38.

<sup>764</sup> Vid BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa: *La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria*, Civitas, Madrid, 1990, p. 55.

<sup>765</sup> Vid BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: Tribunal Constitucional y creación de derecho, *in: La justicia constitucional en el Estado democrático* / coordinadores, Eduardo Espín Templado, F. Javier Díaz Revorio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 382-383.

libre, sino vinculada, pura declaración de un Derecho preexistente, cuyo contenido concreto como regla de solución del caso precisa el Tribunal Constitucional. Este, al aplicarla, invalida la regla inferior que se le opone, negando su eficacia para crear los derechos o las obligaciones que ante él se pretendía hacer valer, o simplemente la anula. La acción creadora se desarrolla así, en rigor, en dos planos distintos, el constitucional y el legal. En aquél, mediante la concreción del contenido del precepto; en éste, normalmente, mediante la eliminación de un precepto, esto es, de un enunciado legal, de una disposición o de una norma detraída de él<sup>766</sup>.

De hecho, la creación de Derecho puede ocurrir por medio de la anulación llevada a cabo por el TC en sus sentencias. No parece necesario insistir sobre el hecho de que la paradoja que encierra la atribución de capacidad creadora a una actividad que es únicamente destructora es sólo aparente, pues es obvio que cualquier modificación de un sistema normativo cerrado crea nuevas reglas. Tampoco lo es extenderse sobre las diferencias que median entre este modo pasivo de creación y el activo, que es el propio legislador, quien, a diferencia del juez, puede tomar la iniciativa de la creación, que no necesita justificar como jurídicamente necesaria, sino, a lo sumo, como jurídicamente lícita. Pero la realidad es que la posición de pasividad de los jueces en ocasiones se vuelve en auténtica actividad, yendo mucho más allá de los límites de su propia función y promulgando normas en lugar de eliminarlas<sup>767</sup>.

Desde luego, la anulación del enunciado legal, en su totalidad o en parte, no significa otra cosa que la actuación, junto al legislador positivo, de un legislador negativo, la invalidación de normas que las reglas habituales de interpretación e integración permiten deducir de disposiciones legales cuya validez, sin embargo, se mantiene, establece una disociación total entre las leyes y los contenidos normativos efectivamente vigentes.

---

<sup>766</sup> Vid RUBIO LLORENTE, Francisco: La jurisdicción constitucional... *cit.*, p. 38.

<sup>767</sup> Vid RUBIO LLORENTE, Francisco: La jurisdicción constitucional... *cit.*, p. 39.

### 3.8 Los efectos temporales de la decisión de inconstitucionalidad

#### 3.8.1 Consideraciones generales

Acometer el estudio de los efectos temporales de la sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad comporta trabajar en uno de los capítulos más difíciles del Derecho Procesal-Constitucional. Nada nuevo se descubre cuando se destaca que la estabilidad de muchas situaciones jurídicas (y aún del propio ordenamiento) puede verse comprometida al introducirse el tiempo como un elemento que connota consecuencias jurídicas. La relación entre el tiempo y el Derecho presenta muchas dificultades. La primera es consecuencia de manejar un concepto «tiempo» a veces inaprehensible, cuyo aparato y comprensión conceptual es ajena al ámbito del Derecho, pero de referencia ineludible por los efectos que produce en el ordenamiento jurídico. El segundo problema proviene de la experiencia la cual demuestra que el estudio jurídico del tiempo se caracteriza por la imposibilidad de adoptar unos criterios universales o generales, lo que ha llevado a la doctrina a realizar manifestaciones muy desalentadoras al respecto, ya que las diferencias son mayores que los acuerdos<sup>768</sup>.

La sentencia que se dicta interpretando materia constitucional no rige sólo para la situación particular, sino para la colectividad. Quien discute una cuestión de constitucionalidad ante los tribunales y llega a la Corte Constitucional, se constituye en paladín de la defensa de la Constitución, no en nombre propio sino en lo de la sociedad. Esa defensa, de ser triunfadora, tiene efectos diversos. De ahí que la cuestión de constitucionalidad necesite de un régimen especial. Mientras tanto, el que hablará y sentenciará será siempre un tribunal y no sus hombres, y se repetirá el principio del *parquet* francés: *la parole est libre; la plume est serve*<sup>769</sup>.

El Tribunal Constitucional puede con sus Sentencias contribuir de manera decisiva en la preservación del texto constitucional de las interpretaciones y la instrumentalización partidista que puedan pretender los distintos Gobiernos y centros de poder, manteniendo su supremacía efectiva sobre las fuerzas políticas y sus productos jurídicos ocasionales, asegurando su papel

<sup>768</sup> Vid BLASCO SOTO, María del Carmen: *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, José María Bosch, Barcelona, 1995, pp. 13-14.

<sup>769</sup> Vid. AYARRAGARAY, Carlos A.: *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad*, Librería Jurídica, Buenos Aires, 1955, pp. 32-33.

como regla de juego objetiva para presidir la pugna y la articulación de dichas fuerzas y como estatuto supremo de una sociedad.

En el análisis de la constitucionalidad de una norma, la dificultad resulta en saber no más si la norma en cuestión es o no compatible con las reglas de producción o con el contenido constitucional<sup>770</sup>, y sí, además de esto, en saber cuál el efecto más conveniente para la situación presentada. Delante de esto, el tema de los efectos (retroactivo o prospectivo) de las decisiones de inconstitucionalidad suscitan una serie de dificultades en la hora de la fijación de dicho efectos<sup>771</sup>.

De manera aproximada cabría afirmar que la retroactividad de la ley aparece cuando ésta despliega sus efectos en el pasado, incidiendo en las situaciones jurídicas que nacieron al amparo de la vieja ley; la irretroactividad se manifiesta cuando la nueva ley extiende sus efectos exclusivamente hacia el futuro. Es obvio que la realidad jurídica supera con mucho esta distinción; sólo con estos conceptos es imposible comprender la vasta realidad jurídica. El contenido y los límites de cada una de estas instituciones son muchas veces ambiguos, existiendo un punto de confluencia, en demasiadas situaciones jurídicas, donde es muy difícil distinguir. En concreto se advierte que es muy difícil expresar conceptualmente los efectos que todavía puede producir una ley ya derogada o suplantada. En esta encrucijada se permite hablar de retroactividad o irretroactividad indistintamente, según se tome como parámetro la ley nueva o la vieja.

---

<sup>770</sup> Vid. GHIGLIANI, Alejandro E.: *Del "control" jurisdiccional de constitucionalidad*, Roque Depalma, Buenos Aires, 1952, p. 5, señala que: «La inconstitucionalidad de las normas jurídicas se rige, en cuanto ellas sean compatibles, por las mismas reglas que la nulidad de los actos jurídicos en el derecho privado. La inconstitucionalidad puede existir, pues, tanto por incompetencia del órgano o por la prohibición del objeto, como por inobservancia de las formas y en cualesquiera de esas hipótesis la norma está viciada de nulidad absoluta».

<sup>771</sup> En los sistemas característico de los países de *common law*, implica que las posibles divergencias entre los distintos tribunales sobre la constitucionalidad de una misma ley puedan ser decididas, a través del sistema de impugnaciones, por los órganos judiciales superiores y en especial por el Tribunal Supremo, cuya decisión será en lo sucesivo vinculante para todos los tribunales, de tal suerte que la mera inaplicación de la ley se convierte en su anulación propiamente tal con efectos, en general, retroactivos. Sin embargo, esto no quiere decir que todas las relaciones jurídicas nacidas al amparo de una determinada ley estén pendientes de una condición resolutoria consistente en la inconstitucionalidad de dicha ley. El Tribunal Supremo ha temperado las consecuencias del principio de la retroactividad en el sentido de entender que la Constitución es un documento vivo sujeto a mutaciones de significado, lo que supone que lo que en un cierto momento pudo ser conforme a dicha Constitución puede llegar a estar en desacuerdo con ella en un momento posterior. Vid. TRUJILLO, Gumersindo: *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, Universidad de La Laguna, Secretariado de Publicaciones, La Laguna, 1970, pp. 40-41.

El estudio de la relación entre el tiempo y el Derecho debe evitar las categorías previas y dogmáticas, ya que los clásicos conceptos que delimitan sus relaciones no son inmutables. No obstante, se debe intentar exponer la complejidad de su significado con el fin de identificar las distintas opciones interpretativas que han asumido los TC<sup>772</sup>.

En la creación de nuevas técnicas decisionales lo primero que muestra es que no puede delimitarse el efecto de la sentencia estimatoria empleando, sin matización alguna, los términos de retroactividad e irretroactividad. Como dice PIZZORUSSO, los efectos en el tiempo de la sentencia estimatoria del TC, no pueden describirse sin más, hablando de efectos *ex tune* (retroactivos) o efectos *ex nunc* o pro futuro: la sentencia será eficaz frente a todas aquellas relaciones (anteriores o posteriores a su publicación) en las que la disposición o norma declarada inconstitucional pudiese ser objeto de aplicación<sup>773</sup>. En el marco de la jurisdicción constitucional se está produciendo una sustitución de los términos, proponiendo nuevas categorías que pretenden dar un contenido más preciso al problema de los límites.

La concepción metodológica mayoritariamente aceptada por la doctrina italiana, alemana e incluso española, es la que proviene de Estados Unidos que distingue entre *prospective overruling*, *limited retrospectivity* y *prospective prospective overruling*. Las técnicas correctoras utilizadas son, sobre todo, dos, *limited prospectivity*, que dispone que la regla establecida por la sentencia sea aplicable sólo a los procesos pendientes, inicie después de la decisión, afectando también al proceso origen del constitucional; y la *prospective prospective overruling*, o puré *prospective*, que excluye toda eficacia retroactiva teniendo la decisión efectos sólo pro futuro; la declaración de inconstitucionalidad no se aplica, ni siquiera, al proceso que le dio origen<sup>774</sup>.

Desde luego, reconocemos que cabe al Tribunal Constitucional la facultad de determinar los efectos en la declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, esta prerrogativa no se encuentra libre de limitaciones, y tampoco es un cheque en blanco, ya que

---

<sup>772</sup> Vid RUBIO LLORENTE, Francisco: La jurisdicción constitucional...*cit.*, p. 45.

<sup>773</sup> Vid PIZZORUSSO, Alessandro: *Lecciones de derecho constitucional*, 2. ed., v. 2., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 56.

<sup>774</sup> Vid BLASCO SOTO, María del Carmen: *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad...cit.*, pp. 47-48.

pueden surgir otras consecuencias en la decisión de inconstitucionalidad que no son explícitas.

Así, una cosa son los efectos de la declaración de inconstitucionalidad con eficacia *erga omnes* y otra son los efectos de la invalidez de una norma jurídica inconstitucional. De esta manera, es necesaria una construcción dogmática del tema de la limitación de los efectos de la decisión de inconstitucionalidad, apuntando el significado y el alcance del poder de dicha limitación, pues son muchos los conflictos y las incoherencias jurídicas que pueden resultar.

### 3.8.2 Efecto retroactivo

La problemática general de los efectos temporales de la decisión de inconstitucionalidad es bien conocida. La eficacia retroactiva aboga, tradicionalmente, el argumento de la invalidez *ab initio* de la ley inconstitucional, en cambio, otros, basados en el principio del interés general asociado al de seguridad jurídica, sostienen una atribución de una eficacia *ex nunc* a las decisiones de inconstitucionalidad.

Sin embargo, la adopción estricta de uno de los dos sistemas no satisface los problemas presentados. Por eso, la tendencia camina en el sentido de la atenuación de las diferencias entre los dos sistemas. Surgen críticas a la teoría clásica según la cual la ley inconstitucional no produce cualquier efecto jurídico y a la regla de absoluta retroactividad de la decisión de invalidez. Además, la regla de la eficacia *pro futuro* de la anulación no vale ilimitadamente<sup>775</sup>.

No cabe duda que la atribución de eficacia retroactiva a la decisión de inconstitucionalidad fuera la regla clásica y principal del sistema de control de constitucionalidad, donde la declaración de nulidad de una norma produce efectos desde el inicio o retrae al momento de la entrada en vigor de la norma inconstitucional<sup>776</sup>. Pero, tal

---

<sup>775</sup> Vid OLIVER FIELD, Peter: *The Effect of an Unconstitutional Statute*, Da capo press-University of Minnesota Press, New York, 1971, p. 2 y ss; Vid COMOGLIO, Luigi Paolo: Diritto di difesa e retroattività delle decisioni costituzionali, *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XXII, anno 1967, p. 81 y ss; Vid SULLIVAN, Kathleen M., GUNTHER, Gerald: *Constitutional law*, 15. ed., Foundation Press, New York, 2004, pp. 28-29; Vid HALLER, Herbert: *Die Prüfung von Gesetzen: ein Beitrag zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle*, Springer-Verlag, Wien; New York, 1979, p. 261 y ss.

<sup>776</sup> Vid TRIBE, Laurence H.: *American constitutional law*, volume One, third edition, Foundation Press, New York, 2000, p. 213 y ss.

efecto tiene ahora un alcance limitado, principalmente, en cuanto a los casos en que ha ocurrido la cosa juzgada<sup>777</sup>.

Dejando de momento las vicisitudes que genera la atribución de los efectos en la declaración de inconstitucionalidad, centrémonos en la regla de la retroactividad de la norma inconstitucional que se opera en tres niveles de grados: retroactividad de la sentencia en grado máximo; retroactividad de la sentencia en grado medio; y retroactividad de la sentencia en grado mínimo.

La declaración de inconstitucionalidad en su modelo clásico (retroactividad de la sentencia en grado máximo), produce efectos desde la entrada en vigor de la norma reconocida como inconstitucional. Esta atribución tiene por finalidad el espíritu de justicia en no hacer diferencia de tratamiento entre las personas y los casos sobre el imperio del mismo principio o preceptos constitucionales, en que unos estarían sujetos al mando constitucional y otros (los considerados antes de la declaración de inconstitucionalidad) subordinados al sentido de una norma ilegal o inconstitucional. Además, la Constitución y sus valores son los únicos fundamentos de constatación de validez normativa, así, la norma debe prevalecer incondicionalmente desde el momento en que fue emitida o en que ocurre la contradicción, y no sólo desde el instante en que la contradicción es reconocida<sup>778</sup>.

El reconocimiento por el Tribunal Constitucional de la existencia de una norma nula, indica que su invalidez es *ab initio*. Los actos nulos tienen su invalidez reconocida como *ex tunc*, mientras los anulables serían anulados con eficacia *ex nunc*<sup>779</sup>.

Sin embargo, esta proposición no encaja perfectamente cuando del reconocimiento de una ley inconstitucional. La norma es originariamente inválida, por eso tiene una eficacia precaria, ya que toda su estructura de fuente está comprometida. De esta manera, afirmamos que no hay espacio para la existencia de una ley inconstitucional anulable. Un negocio jurídico o un acto administrativo pueden tener un carácter anulable, pues, el propio

---

<sup>777</sup> Vid CAPPELLETTI, Mauro: *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, A. Giuffrè, Milano, 1957, p. 71 y ss; Vid ZAGREBELSKY, Gustavo; *La giustizia costituzionale...cit.*, p. 263 y ss.

<sup>778</sup> Vid MIRANDA, Jorge: *Manual de Direito Constitucional*, 2. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1983, Tomo II., p. 165.

<sup>779</sup> Vid GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Direito Constitucional... cit.*, p. 997 y ss.

ordenamiento jurídico posibilita medios de reparar los defectos de poca importancia para la perpetuación de su contenido u objetivo. Pero, una ley considerada inconstitucional no tiene “arreglo”, al Tribunal Constitucional no le compete reformar el contenido inconstitucional, sino, evaluar la conformidad y la compatibilidad de las normas con la Constitución.

Así, la decisión de inconstitucionalidad con efecto retroactivo significa fundamentalmente dos cosas: i) la invalidez de las normas declaradas inconstitucionales que opera a partir del momento de la entrada en vigor de estas normas y no apenas a partir del momento de la declaración de inconstitucionalidad; ii) y la prohibición de la aplicación de las normas inconstitucionales a las situaciones o relaciones desarrolladas a la sombra de su eficacia y aún pendientes. Por lo tanto, la decisión de inconstitucionalidad tiene un efecto procesal, lo que se refleja naturalmente en las relaciones substanciales<sup>780</sup>.

Se atribuye esta consecuencia retroactiva a la sentencia cuando la misma se aplica al pasado afectando a todas las relaciones jurídicas nacidas al amparo de la ley declarada inconstitucional. Goza pues de una eficacia retroactiva absoluta, pues permite abrir procesos que han creado situaciones jurídicas definitivas investidas de fuerza de cosa juzgada, suprimiéndose la preclusión que la misma produce.

Así lo confirma CAPPELLETTI cuando dice: «en este sistema -refiriéndose al de Estados Unidos- la eficacia (meramente declarativa) opera *ex tunc*, o sea, retroactivamente se trata de la simple declaración de una nulidad absoluta preexistente»<sup>781</sup>. El valor de la sentencia se retrotrae al momento en que la norma incurrió en contradicción con la Constitución; ese momento es lo de la aparición de la ley en el ordenamiento jurídico.

No obstante, la eficacia *ex tunc* no extingue, por si mismo, los efectos materiales dañosos producidos por la ley inconstitucional y, en esa medida, no elimina el problema de la responsabilidad patrimonial del Estado por la aprobación de una ley inconstitucional.

---

<sup>780</sup> Vid ZAGREBELSKY, Gustavo: *La giustizia costituzionale...cit.*, p. 145 y ss; Vid GURINO, Giuseppe: *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, *Jus*, año II, Milano, septiembre 1951, p. 356 y ss.

<sup>781</sup> Vid CAPPELLETTI, Mauro: *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1984, p. 66.



El reproche de la conducta inconstitucional no es, en verdad, el único efecto de la inconstitucionalidad, pudiendo coexistir con la obligación de indemnizar los daños generados del ilícito legislativo. No se trata ya de impedir que la norma inconstitucional produzca efectos jurídicos, sino de eliminar los daños que de hecho resultaran de la vigencia de la ley en el orden jurídico<sup>782</sup>. La cuestión es compleja, y no nos ocuparemos ahora de este tema, pero señalamos que hay una distinción rigurosa entre los efectos en la declaración de inconstitucionalidad y la reparación de los daños resultantes del ilícito legislativo.

Anteriormente, afirmamos que el efecto retroactivo de la declaración de inconstitucionalidad extinguiría desde el inicio la vigencia de la norma, sin embargo, esto no significa que la norma, siempre, “nazca” con el vicio de inconstitucionalidad. Ella puede estar asociada a un hecho puntual en un preciso momento temporal. Dicho eso, hay casos en que una norma legal inicialmente conforme a la Constitución se torna inconstitucional, por violación del principio de la igualdad y de la proporcionalidad, en virtud de la entrada en vigor de otra ley<sup>783</sup>.

Empero, la inconstitucionalidad puede resultar de un proceso lento y gradual, siendo imposible fijar un punto temporal preciso en que la norma pasó a ser disconforme con la Constitución. En efecto, no es fácil determinar el momento inicial de la inconstitucionalidad. Es lo que sucede cuando el surgimiento del vicio de inconstitucionalidad no está asociado a un hecho específico y bien demarcado. Aquí, una vez que no es posible establecer con precisión el momento exacto en que se verifica el contraste entre la norma legal y la norma constitucional, el margen de apreciación del Tribunal Constitucional es grande. Pero no impide una decisión de inconstitucionalidad con eficacia retroactiva, restando al Tribunal fundamentar desde cuándo empieza el efecto<sup>784</sup>.

La dificultad en definir el momento de aparición de la inconstitucionalidad no significa que ella surja con la decisión del Tribunal Constitucional. Éste tiene la prerrogativa, por medio de una *ficción temporal*, de definir en qué momento anterior, cuando la norma se

---

<sup>782</sup> Vid MEDEIROS, Rui: *A decisão de inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 540.

<sup>783</sup> Vid PINARDI, Roberto: *La corte, i giudici ed il legislatore il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Giuffrè Editore, Milano, 1993, p. 45-46.

<sup>784</sup> Vid MEDEIROS, Rui: *A decisão de inconstitucionalidade...cit.*, pp. 544-545.

convirtió en inconstitucional. La utilización de esta *ficción temporal*, en cualquier caso, es una solución útil tanto como la opción por la atribución de mera eficacia *ex nunc* a la decisión de inconstitucionalidad<sup>785</sup>.

Ya la retroactividad de la sentencia en grado medio se da cuando la sentencia despliega su eficacia hacia el pasado afectando a todas las relaciones jurídicas surgidas al amparo de la ley inconstitucional, excepto las agotadas. Éste ha sido el sistema hasta ahora acogido en Europa, haciendo compatible la seguridad jurídica con el principio de primacía de la Constitución. Mientras la retroactividad de la sentencia en grado mínimo se manifiesta cuando la sentencia sólo se aplica respecto a los hechos pasados, al proceso donde se ha originado la duda de inconstitucionalidad. Como es obvio, este tipo de retroactividad no es predicable de todos los procesos constitucionales, sino sólo de aquéllos, incidentales, en que la declaración de inconstitucionalidad ha tenido su origen en un juicio. Es en este grado donde es más difícil fijar los límites entre retroactividad e irretroactividad, porque se puede argumentar que la ley es irretroactiva excepto para el caso que dio origen al proceso constitucional. Incluso dentro de la graduación establecida, se dificulta la distinción entre retroactividad media y mínima, al entenderse que cuando se extiende la eficacia de la sentencia constitucional al proceso «*a quo*», automáticamente esta eficacia se amplía a todas las relaciones jurídicas no agotadas que versen sobre la misma materia. Esta motivación tiene su lógica; si una ley es inconstitucional para un supuesto, también lo es para todos los casos iguales, salvo para las relaciones ya no discutibles, de lo contrario la Constitución perdería su carácter de Norma Fundamental<sup>786</sup>.

En definitiva, la regla de la retroactividad en la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica una valoración limitada de este efecto, esto es, importa precisar el grado de retroactividad de la decisión, ya que en ciertas situaciones el vicio de inconstitucionalidad no aparece junto a la vigencia de la norma inconstitucional.

### **3.8.3 Efecto prospectivo**

La decisión de inconstitucionalidad tiene por finalidad principal retirar la norma incompatible o incongruente existente en el sistema jurídico. Empero, esta misma decisión

---

<sup>785</sup> Vid MAUNZ, Theodor; BETHGE, Herbert; KLEIN, Franz; ULSAMER, Gerhard; SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2. ed., C. H. Beck, München, 1985, § 78, pp. 16-17.

<sup>786</sup> Vid BLASCO SOTO, María del Carmen: *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad...cit.*, p. 53.

puede resultar en un elemento de incertidumbre o de inseguridad para otros derechos o interés constitucionalmente protegidos.

Los senderos para evitar los efectos nefastos de la inconstitucionalidad son: i) la no aplicación de la norma constitucional; ii) aplicar la norma en la lógica *fiat iustitia, pereat mundus* (*hagas justicia mismo que el mundo perezca*); iii) y aplicar la norma y evitar las consecuencias indeseables que pueden generar<sup>787</sup>.

La opción de los sistemas políticos en general fue la de establecer una cláusula destinada a adecuar los efectos de la inconstitucionalidad a las situaciones de la vida, de ponderar el alcance y mitigar la excesiva rigidez del sistema de control de constitucionalidad. Basado en la seguridad jurídica, en razones de equidad y de interés público relevante, el Tribunal Constitucional tiene el poder de fijar los efectos de la inconstitucionalidad con alcance más restricto<sup>788</sup>.

La definición de los efectos estrictos en el control de constitucionalidad es un problema corriente en los sistemas de jurisdicción constitucional. Aceptar la regla incondicional de retroactividad absoluta puede comprometer la existencia de derechos, y afectar negativamente el sistema de fuentes que estructura la orden jurídica. También es contestable la admisibilidad de una legitimación de los efectos en sustitución de una legitimación de los valores constitucionales. Por lo tanto, es necesaria una disposición dogmática del tema, ya que estamos tratando del punto crítico del control de constitucionalidad.

Tal preocupación es objeto de estudio constante del Derecho comparado, que camina en el sentido de la admisibilidad de una limitación del alcance de la decisión de inconstitucionalidad.

---

<sup>787</sup> Vid MEDEIROS, Rui: *A decisão de inconstitucionalidade...cit.*, p. 647.

<sup>788</sup> Vid MIRANDA, Jorge: *Manual de Direito constitucional...cit.*, p. 389 y ss.

En Alemania, el *Bundesverfassungsgericht* tiene desconsiderado la nulidad de las leyes contrarias a la Constitución y sustituyendo el esquema rígido de validez-nulidad por instrumentos de decisión pragmáticos<sup>789</sup>.

Sin embargo, en Alemania el tema de las restricciones a la declaración de inconstitucionalidad aún espera por esclarecer el ámbito de aplicación y las consecuencias jurídicas de esta declaración. La falta de coherencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán impide la construcción de una teoría susceptible de justificar su aplicación más a menudo. Esta jurisprudencia se puede dividir en tres períodos. En el primero, se caracteriza por una gran inseguridad terminológica y dogmática, la declaración de incompatibilidad tenía un carácter excepcional. En seguida, hubo una progresiva utilización de la declaración de incompatibilidad. Y en el último período, se caracteriza por una utilización más ponderada del instrumento de la declaración de incompatibilidad<sup>790</sup>.

La lección que se puede sacar de la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*, traduce un conjunto de criterios de fuerte naturaleza discrecional, desarrollada sobre una casuística<sup>791</sup>. Debido la incertidumbre de la jurisprudencia constitucional, la doctrina ha propuesto una tentativa de ordenación y sistematización del tema<sup>792</sup>. Christian PESTALOZZA<sup>793</sup> opta por la declaración de incompatibilidad en tres grupos de situaciones: i) cuando el *Bundesverfassungsgericht* no tiene competencia para declarar la nulidad de la norma; ii) delante una omisión inconstitucional del legislador, pues una omisión legislativa no

---

<sup>789</sup> Vid PESTALOZZA, Christian: Noch verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige Rechtslagen, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlass d. 25jährigen Bestehens d. Bundesverfassungsgerichts*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1976, p. 528; Vid GERONTAS, Apostolos: Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, *Deutsches Verwaltungsblatt-DVBL*, Köln, 1982, p. 486 y ss.

<sup>790</sup> Vid MAUNZ, Theodor: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...cit.*, § 79, p. 7; Vid PESTALOZZA, Christian: Noch verfassungsmässige...cit., p. 521; Vid IPSEN, Jörn: *Richterrecht und Verfassung*, Duncker und Humblot, Berlín, 1975, p. 226 y ss.

<sup>791</sup> Vid PESTALOZZA, Christian: Noch verfassungsmässige...cit., p. 523; IPSEN, Jörn: Nichtigerklärung oder Verfassungswidrigerklärung—Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis, *Juristenzeitung- JZ*, Tübingen, 1983, p. 41.

<sup>792</sup> Vid BÉGUIN, Jean-Claude: *Le controle de la constitutionnalite des lois en Republique Federale d'Allemagne*, Economica, 1982, p. 238 y ss; Vid BENDA, Ernst, KLEIN, Eckart: *Verfassungsprozeßrecht: Ein Lehr- und Handbuch*, Heidelberg: C. F. Müller, 2001, p. 554.

<sup>793</sup> Vid PESTALOZZA, Christian: Noch verfassungsmässige...cit., p. 523 y ss.

pode ser declarada nula; iii) en los casos en que las consideraciones jurídicas aconsejan la opción por la mera declaración de incompatibilidad. Este tercer grupo es particularmente importante, pues dice respecto a las situaciones en que, a pesar de ser posible la declaración de nulidad, el Tribunal prefiere la vía de la declaración de incompatibilidad.

La declaración de incompatibilidad tiene fuerza de ley y efecto vinculante, no siendo de modo alguno ineficaz<sup>794</sup>. Desde luego, ella vincula los tribunales y las autoridades administrativas. Hay un bloqueo de la aplicación de la norma, renunciándose a la declaración de nulidad. El Tribunal Constitucional fija un plazo para que el Legislador apruebe una nueva regulación conforme a la Constitución<sup>795</sup>.

La verdad es que las alternativas son muchas, desde la posibilidad del Tribunal Constitucional de aprobar una reglamentación transitoria hasta la admisibilidad de una posterior declaración de nulidad de la ley, pasando por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado<sup>796</sup>.

En el Derecho italiano, la *Corte Costituzionale* se inclinó por el principio de la retroactividad inderogable. Así, las *sentenze di accoglimento* deben retrotraer<sup>797</sup>.

Sin embargo, esta solución rígida en materia de efectos de la decisión de inconstitucionalidad suscitaba dificultades. Los jueces de la *Corte*, en casos extremos, a través de un medio no muy ortodoxo, retardaban la fecha de la publicación de la decisión de inconstitucionalidad, para que el Gobierno y Legislador, tomasen las medidas urgentes que considerase necesarias<sup>798</sup>.

---

<sup>794</sup> Vid MAUNZ, Theodor, BETHGE, Herbert; KLEIN, Franz; ULSAMER, Gerhard; SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...cit.*, § 79, p. 20 y ss.

<sup>795</sup> Vid HEYDE, WOLFGANG: Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen, in: *Festschrift Hans Joachim Faller*, C.H. Beck, München, 1984, p. 61 y ss.

<sup>796</sup> Vid SCHLAICH, Klaus: *Das Bundesverfassungsgericht: stellung, verfahren, entscheidungen*, 7. ed., C.H. Beck, München, 2007, p. 378; Vid PESTALOZZA, Christian, *Noch verfassungsmässige...cit.*, p. 560.

<sup>797</sup> Vid D'AMICO, MARILISA: *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè Editore, Milano, 1993, p. 55.

<sup>798</sup> Vid OCCHIOCUPO, Nicola: *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Il Mulino, Bologna, 1978, pp. 28-29; Vid ZAGREBELSKY, Gustavo: *La giustizia costituzionale...cit.*, p. 165; Vid RUGGERI, Antonio: *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la corte*

Ésta solución se demostró insatisfactoria, por eso se buscó limitar los efectos negativos de las decisiones de inconstitucionalidad mediante la utilización de varias técnicas. Las más importantes fueron: i) de la *incostituzionalità sopravvenuta o differita*; ii) y de la *doppia pronuncia*. La Corte empieza por proferir una decisión de *costituzionalità provvisoria*, eso es, una “*inconstitucionalidad anunciada*”, advierte el Legislador para la posibilidad de un ulterior fallo de inconstitucionalidad, dejando para momento posterior, para el caso del vicio se mantenga. La primera técnica de decisión es un instrumento particularmente adecuado a la limitación del alcance de la sentencia *pro praeterito*. La segunda, por su turno, permite evitar los efectos negativos *pro futuro* de una eventual declaración de inconstitucionalidad<sup>799</sup>.

Es posible ahora volver a nuestro desarrollo dogmático sobre la limitación de los efectos en las sentencias del Tribunal Constitucional. Desde luego, salta a la vista la cantidad de fórmulas en la definición de los efectos prospectivos.

Además, las razones justificativas de la ponderación de los efectos incluyen causas estrictamente jurídicas (seguridad y equidad), como también, otra de carácter político, el interés público relevante. Por eso el poder de limitación de los efectos aparezca casi como un poder del Tribunal Constitucional semejante del poder Legislativo<sup>800</sup>.

En efecto, esta medicina debe ser suministrada en pequeñas medidas. El Tribunal Constitucional sólo puede recurrir a la limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en carácter excepcional<sup>801</sup>. Pues, caso el Tribunal utilice a menudo tal expediente la excepción se convierte en regla, además, se crea una convicción de que “*el crimen compensa*” y de que vale siempre establecer normas inconstitucionales, porque, por más flagrante que sea desde el comienzo la inconstitucionalidad, siempre habrá fuertes probabilidades del Tribunal Constitucional, al declarar la norma inconstitucional, venga preservar los actos o hechos pasados.

---

*costituzionale e il legislatore*: (premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica), Giuffrè, Milano, 1988, p. 90.

<sup>799</sup> Vid PINARDI, Roberto: *La corte, i giudici...cit.*, p. 37 y ss.

<sup>800</sup> Vid MIRANDA, Jorge: *Manual de direito constitucional...cit.*, p. 391; Vid ANDRADE, José Carlos Vieira de: *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, in: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 79.

<sup>801</sup> Vid GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Direito constitucional...cit.*, p. 1012; Vid SOUSA, Marcelo Rebelo de: *O valor jurídico...cit.*, pp. 269-270.

La idea de limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad nada más es que una conveniencia política otorgada al Tribunal Constitucional, desde ahora, éste puede manejar los intereses en la definición temporal de la inconstitucionalidad, que, generalmente, resulta en restringir derechos de los ciudadanos, convalidando un grave error del poder público basado, muchas de las veces, en un fundamento no estrictamente jurídico y determinable. De esa manera, el principio de constitucionalidad es apartado para ceder su lugar a una norma inconstitucional necesaria a los intereses de los poderes públicos.

Sin duda que la limitación de los efectos es una realidad presente e irrevocable. Empero, no significa que su aplicabilidad sea incondicionada. El juicio de proporcionalidad constituye un medio de condicionar y averiguar los costes y beneficios de tal limitación. Se debe hacer un análisis de proporcionalidad entre el interés en la reafirmación de la orden jurídica, con la eliminación de la norma desde su origen o de la constatación de su vicio de inconstitucionalidad, con el interés en la mantención de la eficacia retroactiva de la norma inconstitucional. Por medio de esta valoración, el poder político del Tribunal Constitucional empieza a tener presupuestos jurídicos que se extraen de la propia Constitución.

En el control de proporcionalidad no legitima la adopción de decisiones arbitrarias en la fijación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Así, pues, tal principio se armoniza con la finalidad de relativizar el alcance de las reglas generales sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional. De hecho, por excelencia, es el instrumento más idóneo para justificar la utilización de la limitación de los efectos, ya que en este caso estaremos analizando la ponderación entre derechos considerados fundamentales<sup>802</sup>.

La aplicabilidad del principio de proporcionalidad al poder jurisdiccional de limitación de los efectos de la inconstitucionalidad significa la prohibición del exceso, es decir, el impedimento de que los derechos fundamentales sean mitigados sin que haya una concreta razón para tanto.

---

<sup>802</sup> Vid ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales...cit.*, p. 524 y ss.

El ámbito clásico de aplicación del principio de proporcionalidad fue lo de la actuación autoritaria del Estado en las áreas de libertad y de la propiedad, en formulaciones conectadas a la protección de los derechos, libertades y garantías<sup>803</sup>.

La tendencia actual camina en sentido del reconocimiento de que el principio de proporcionalidad constituye un principio constitucional general, indispensable a la racionalidad de la justicia como componente imprescindible al Estado de derecho.

La racionalización de las posibilidades de decisión fuera de la margen de vinculación directa normativa implica siempre el uso del esquema medio-fin, en lo cual el fin funciona como efecto y el medio como causa de la relación causal hipotética. El principio de proporcionalidad es aplicable siempre que haya un conflicto de bienes jurídicos<sup>804</sup>.

Entendemos que no hay motivos para que el Tribunal Constitucional no utilice la ponderación entre el interés público de la restauración de la integridad de la norma constitucional violada y otros intereses eventualmente conflictivos.

La cuestión es saber a la luz del principio de proporcionalidad si las consecuencias generales de la declaración de inconstitucionalidad son o no excesivas; si los intereses de los afectados por la norma inconstitucional deberán ser sacrificados para la manutención de otros. A nuestro juicio, la declaración de inconstitucionalidad con eficacia *ex tunc* tiene, manifiestamente, prioridad de aplicación. Así, pues, todos los sistemas de fiscalización de constitucionalidad deben estar orientados para la expurgación de normas inconstitucionales.

Por lo demás, hay una cuestión en saber si consideraciones de índole política son suficientes o pueden justificar la limitación de efectos de la declaración de inconstitucionalidad, es decir, si los intereses políticos reconducen a los conceptos de seguridad jurídica, equidad, y principalmente, de interés público relevante.

---

<sup>803</sup> Vid BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, 3. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 46-47.

<sup>804</sup> Vid HUSTER, Stefan: *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit*, *Juristenzeitung, JZ*, Tübingen, 1994, p. 543.



La alusión a la seguridad y a la equidad es extremadamente compleja. De una manera objetiva y general la seguridad está relacionada a la idea de concretización del Estado de derecho. No es sólo la certeza del contenido o la seguridad del derecho en sí mismo, sino también, la seguridad en la vida social ofrecida y garantizada por el Derecho<sup>805</sup>. Ya la equidad conlleva un *valor* de justicia material, las conductas de los poderes públicos deben expresar el sentido de justicia.

Como hemos visto, los motivos justificantes de la ponderación de los efectos incluyen, además de fundamentos estrictamente jurídicos, uno de carácter político (el interés público relevante). Por eso, el Tribunal Constitucional se coloca entre la “razón” de la ley y la “razón” del Estado; entre el interés del respeto de la Constitución y el interés de la libertad de acción de los órganos políticos. Se sustituye el examen de *constitucionalidad estricta* por la *constitucionalidad política*: el órgano creado para fiscalizar y velar por el cumplimiento de las normas constitucionales, se convierte sensible a las razones políticas consideradas suficientemente fuertes para apartar el principio de constitucionalidad. Por nuestra parte, no concordamos con semejante idea (ahora tan corriente), básicamente por lo siguiente motivo: que la eficacia del sistema de fiscalización judicial, es constitucional o ordinario, y está vinculada a la capacidad de que éste sistema resuelva los conflictos jurídicos basado en los valores de constitucionalidad, que retire de medio jurídico todos los vicios de ilegalidad que corrompen el sistema. La aceptación de los intereses políticos con justificantes para la limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad va en contra la importancia de la Constitución en el control de constitucionalidad.

Se sabe que la indeterminación de los principios y de las normas constitucionales, en general, tiene un amplio espacio abierto a la interpretación constitucional. Si esta libertad de unir fuerzas con una gran flexibilidad en la definición de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, caracteriza la actividad de la Corte Constitucional como una actividad judicial ,tendría que ser planteada nuevamente. De hecho, cuanto mayor sea el número de distintos tipos de decisiones inconstitucionales que la jurisdicción constitucional y cuanto más

---

<sup>805</sup> Vid ARCOS RAMÍREZ, Federico: *La seguridad jurídica*: una teoría formal, Dykinson, Madrid, 2000, p. 35 y ss; Vid PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La seguridad jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, p. 27 y ss.

la opción no se especifica, mayor es la libertad de la Corte Constitucional y hay más espacio para la intervención por consideraciones de conveniencia<sup>806</sup>.

La referencia al interés público relevante debe adoptar un concepto que comprenda los intereses constitucionalmente protegidos que no alcance la idea de seguridad jurídica y de equidad. Es de la propia Constitución de donde se deben sacar los fundamentos de la limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. El propio interés consiste en salvaguardar los derechos fundamentales de los particulares<sup>807</sup>.

La utilización del interés público relevante exige una fundamentación *especial y reforzada*. Por supuesto, todas las decisiones judiciales deben ser fundamentadas y lo mismo no puede dejar de valer a las decisiones de la Corte Constitucional, especialmente cuando se trata de la ponderación de equilibrio entre los intereses conflictivos<sup>808</sup>. Pero el requisito de razones especiales significa que cuando el Tribunal Constitucional invoca el interés público de importancia excepcional para limitar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, debe indicar con claridad el interés que se pretende salvaguardar con la restricción de los efectos y las razones concretas de imposición de dicha medida. Los efectos jurídicos de la decisión de inconstitucionalidad en realidad deberían ser determinados con base en el sentido del principio de la primacía de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, guiado únicamente por criterios constitucionales, debe elegir el resultado que conduzca a la más rápida, efectiva y ampliamente posible la optimización de la Constitución, al mismo tiempo, que sea capaz de evitar nuevas fricciones constitucionales.

La seguridad, la equidad y el interés público relevante no constituyen, como ya decimos, fórmulas vacías y sin contenido. Con todo esto, son fundamentos que mal manejados acogen casi todo. Por eso, es intolerable que la mera invocación de un interés constitucionalmente protegido sea capaz de apartar los efectos típicos de la declaración de

---

<sup>806</sup> Vid MEDEIROS, Rui: *A decisão de inconstitucionalidade...cit.*, p. 708.

<sup>807</sup> Vid MARÍN PAGEO, Encarnación: *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1990, p. 371; Vid SOUSA, Marcelo Rebelo de: *O valor jurídico do acto inconstitucional...cit.*, p. 222.

<sup>808</sup> Vid BIN, Roberto: *Diritti e argomenti - il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzional*, Giuffrè Editore, Milano, 1992, p. 138 y ss.

inconstitucionalidad. La retirada de la eficacia retroactiva sólo es admisible cuando se demuestre, con base en una ponderación concreta, que la adopción de una declaración de inconstitucionalidad pura y simple resultaría en un sacrificio excesivo de la seguridad jurídica, de la equidad o del interés público relevante.

No está en causa una ponderación abstracta entre los intereses confinantes. De esta forma, el Tribunal Constitucional sólo puede echar mano del poder de limitación de los efectos cuando concluya que una declaración de inconstitucionalidad con eficacia retroactiva no es proporcional a la carga coactiva. Es decir, que es necesario buscar una *proporcionalidad calificada* entre la restricción y la garantía de los bienes, intereses o valores en conflicto. Esto no significa determinar si hay un saldo nulo de sacrificio. Al contrario de este control, la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes impone a la actuación del Tribunal Constitucional la obtención de la relación óptima entre los bienes en conflicto<sup>809</sup>.

En definitiva, la limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad es un instrumento necesario para la garantía de otros derechos constitucionalmente protegidos cuando éstos se encuentran en peligro o afectados negativamente por la eficacia retroactiva de la norma inconstitucional. No se admite que por motivos no muy bien definidos, haya una limitación de los efectos basadas en argumentos políticos que limiten derechos fundamentales. La vigencia del acto inconstitucional representa una amenaza a la garantía, autoridad y preservación de los valores elegidos y pretendidos por la Constitución.

### *3.9 La construcción de una proposición sobre los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad en materia tributaria*

#### **3.9.1 Planteamiento general**

El Derecho Financiero sirve a la estructura orgánica del Estado y forma parte del Ordenamiento Jurídico del Estado. La satisfacción de las necesidades financieras del Estado y de sus entidades públicas, la aplicación de los recursos financieros en el desarrollo social y económico, traduce la gran relevancia que los tributos tienen para el “*funcionamiento*” de la máquina estatal.

---

<sup>809</sup> Vid GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Archiv des öffentlichen Rechts-AöR*, n. 98, 1973, p. 576.

La continuidad de la actividad financiera del Estado está intrínsecamente relacionada con la efectividad de su política fiscal. Desde luego, constituye un fundamento jurídico-constitucional la protección de la política presupuestaria y fiscal del Estado<sup>810</sup>.

Sin embargo, la preocupación de las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad en materia de los tributos, especialmente de impuestos, no está relacionada propiamente con el Derecho tributario, mucho menos con los principios y valores del ámbito tributario, sino, con la manutención del presupuesto público.

No son las consecuencias jurídicas que determinan la limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes tributarias, más bien, las consecuencias estrictamente financieras y económicas. El temor de que las cajas públicas no soporten una devolución de los ingresos declarados indebidos, hace que los Tribunales se inclinen por una eficacia prospectiva a la hora de dictar la sentencia de declaración de inconstitucionalidad de una norma tributaria impositiva, visando así, minimizar el máximo los daños económicos a las Haciendas públicas.

Esta sensibilidad del Tribunal Constitucional a la circunstancia de que la declaración de inconstitucionalidad con eficacia retroactiva podría afectar de forma negativa a los cofres públicos, representa una clara opción política del Tribunal en favor del poder Ejecutivo y Legislativo.

Por más que los fundamentos del reconocimiento de la inconstitucionalidad sean de naturaleza tributaria, la fijación de los efectos temporales camina por una razón política abstracta, ya que no se evalúa, en concreto, el riesgo de quiebra de la Hacienda pública en la devolución ordinaria de los tributos indebidos.

La ruptura financiera del Estado es un dato indeterminado, pues, ¿en qué medida el Estado se encuentra “*insolvente*”, con la existencia de déficit público?. Entonces, quizá todas las naciones estarían desobligadas a pagar sus deudas, ya que casi todas, en un menor o mayor grado, están en déficit.

---

<sup>810</sup> Vid LOBO TORRES, Ricardo: *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, v. 5, pp. 278-279; Vid SAINZ DE BUJANDA, Fernando: *Notas de derecho financiero*, Tomo I, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho-Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1972, pp. 1374-1375.

No obstante, nuestro planteamiento no caminará por éste supuesto. Nos detendremos en este supuesto jurídico, precisamente, en los derechos y garantías de los contribuyentes.

### ***3.9.2 La dimensión concreta de los principios de igualdad y seguridad jurídica como base para la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad de la norma tributaria***

La posibilidad de uso de la doctrina prospectiva conduce a situaciones inequitativas al hacer de igual condición al ciudadano responsable y cumplidor respecto del insolidario e incumplidor, de esa manera puede producir -y produce- un efecto perverso, al estimular cierta relajación en el legislador en orden al cumplimiento y respeto de las reglas y principios que el Texto Constitucional consagra, por la “*gratuidad*” que le puede suponer una eventual y futura declaración de inconstitucionalidad de la norma en cuestión<sup>811</sup>.

Juan MARTÍN QUERALT<sup>812</sup> señala que los quebrantos sufridos como consecuencia de haber satisfecho un tributo que posteriormente es declarado contrario a la Constitución ha sufrido en ordenamiento jurídico una significativa evolución, propiciada por la injusticia material que derivaba de la posición mantenida por el Tribunal Constitucional en alguno de sus fallos -la denominada eficacia prospectiva.

En las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes tributarias, la citada limitación representa un incentivo a la inconstitucionalidad, pues es bien sabido que no todos los contribuyentes cuestionan judicialmente las exacciones que el Fisco les impone. De esta forma, una ofensa a la Constitución será un excelente negocio para el Gobierno que, siempre sediento de recursos financieros, tendrá a su alcance una fuente de ingresos: los tributos inconstitucionales<sup>813</sup>.

Así, pues, en los sistemas de control de constitucionalidad en los que la norma fundamental establece la eficacia *pro futuro* de las sentencias, la limitación de los efectos

---

<sup>811</sup> Vid MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio: *La responsabilidad patrimonial del estado-legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 62.

<sup>812</sup> Vid MARTÍN QUERALT, Juan: La ejecución de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: las peticiones de devolución y las acciones de resarcimiento, *in: Análisis de la jurisprudencia tributaria comunitaria: su incidencia en los tribunales españoles*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Jurídica, Madrid, 2008, p. 302.

<sup>813</sup> Vid PITTEN VELLOSO, Andrei: A temeraria modulação dos efeitos de pronuncia de inconstitucionalidade em materia tributaria, *Revista Dialética de Directo Tributario*, Brasil, n. 157, 2008, p. 7 y ss.

retroactivos de las sentencias tan sólo puede derivar de la aplicación de una serie de principios. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>814</sup> ha puesto de manifiesto como el TC español ha tratado de construir una teoría abstracta que permita la limitación de los efectos de sus sentencias hacia el pasado, al contrario de lo que han hecho otros tribunales, que se han contentado con una argumentación pragmática sobre las consecuencias no deseables de la retroactividad.

Para tratar de construir una teoría coherente con los principios de justicia material, y con los demás de protección de los contribuyentes, no podemos trabajar sobre una base abstracta, pues la limitación de los efectos no resulta en consecuencias inconcretas o superficiales. Por lo tanto, por medio del principio de igualdad y seguridad en las relaciones jurídicas del Estado con los particulares, plantaremos las bases de nuestra proposición.

La seguridad, en todos los niveles del conocimiento y del comportamiento humano, es, por tanto, algo permanentemente deseado y esperado por todos. De este modo, la seguridad constituye un deseo arraigado en la vía anímica del hombre, que siente terror ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a la que está sometida.

La exigencia de seguridad de orientación es, por eso, una de las necesidades humanas básicas que el Derecho trata de satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad<sup>815</sup>.

Luis RECASÉNS SICHES<sup>816</sup> afirmaba que el Derecho es hecho por hombres sobre todo por el estímulo de una urgente certeza y seguridad; o sea, sobre el estímulo de una urgencia de orden en la vida social. El hombre, según él, experimenta no sólo el dolor de la inseguridad frente a la naturaleza, sino que establece análogos problemas también respecto de los demás hombres y siente la urgencia en saber cómo los demás se comportarán con él, y de saber lo que él debe y puede hacer frente a ellos. Y necesita de certeza sobre las relaciones sociales, pero, principalmente, de la seguridad de que la regla será cumplida, de que estará garantizada.

---

<sup>814</sup> Vid GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales, *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 61, enero/marzo de 1989, pp. 11 y 12.

<sup>815</sup> Vid PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La seguridad jurídica...cit.*, p. 17.

<sup>816</sup> Vid RECASÉNS SICHES, Luis: *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 2. ed., Editorial Porrúa, México, 1973, pp. 271-272.

Se señala que la cuestión de la seguridad se pone considerablemente compleja, una vez que la tendencia de la relaciones es enredarse y a llevarnos a otras tantas situaciones de inseguridad, fruto de la falta de previsibilidad. Delante de esto, el tema camina para la seguridad jurídica, en una tentativa de encontrar en el Derecho uno de los medios eficaces, capaz de reducir al mínimo el campo de la inseguridad.

La seguridad jurídica, entonces, está vinculada a la propia existencia del Derecho, como una función esperada de un sistema de legalidad y al concepto de justicia en su realización<sup>817</sup>.

Sobre todo, la idea de seguridad jurídica se encuentra en la esencia del Estado, la manutención de los órganos estatales y de sus normas es de suma importancia, sobre pena de retornarse al caos de la inseguridad en el Estado de Naturaleza. La concepción de seguridad jurídica parte de la confianza y certeza de la correcta aplicación de las leyes, pues, en cambio, a cada momento de inobservancia de las mismas se queda el hombre en situación de inseguridad<sup>818</sup>.

En efecto, la seguridad jurídica debe cumplir tres reglas básicas: i) la seguridad por medio del Derecho; ii) la seguridad como certeza del Derecho; iii) y la seguridad como estabilidad del Derecho. La seguridad por medio del Derecho significa que el ordenamiento garantiza que los terceros no avasallarán derechos ajenos, y que el Estado sancionará a quien lo haga. Ya seguridad como certidumbre del Derecho supone la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular la persona, y su consiguiente convicción fundada acerca de que esos derechos serán respetados. Y, por último, la seguridad como estabilidad del Derecho implica que las normas jurídicas traducen una confianza cualitativa en su aplicación y vigencia.

Cabe señalar que en una época de profanación absoluta del poder político y en el que, para él, la ley ha perdido todo fundamento trascendente, la seguridad jurídica es, sin duda, el último valor inmanente que le resta al Derecho, porque no sólo proporciona seguridad en las

---

<sup>817</sup> Vid LEGAZ LACAMBRA, Luis: *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1953, p. 624; Vid LÓPEZ DE OÑATE, Flavio: *La certeza del derecho*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953, p. 157; Vid FULLER, Lon L.: *La moral del derecho*, F. Trillas, México, 1967, p. 74 y ss.

<sup>818</sup> Vid HOBBS, Thomas: *Del ciudadano*, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966, p. 117 y ss.

relaciones sociales, sino que también cumple uno de los fines sociales del Derecho, que es el aseguramiento de las relaciones humanas en la convivencia. En resumen, el Derecho tiene por finalidad no sólo a la seguridad jurídica, lo que implica la previsibilidad de los derechos y obligaciones de cada uno, no sólo la justicia concebida como tratamiento esencialmente igual de situaciones similares, pero también una eficacia equitativa<sup>819</sup>.

Fijadas las ideas maestras acerca del principio de seguridad jurídica, partimos para su aplicación dentro del sistema de limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes tributarias.

Señalamos, anteriormente, que la seguridad jurídica sería uno de los fundamentos para la aplicación de los efectos prospectivos. Sin embargo, no se deben utilizar estos efectos cuando ellos fueren incoherentes con los fundamentos que llevaron a la inconstitucionalidad de la norma. Es decir, la limitación de los efectos no puede impedir o mitigar derechos fundamentales de aquéllos que no tienen el deber de soportar ésta limitación.

Tenemos el convencimiento que los sistemas normativos no son perfectos, que admiten contradicciones y lagunas. Por eso, la importancia del control de constitucionalidad, para que se retire del sistema las incongruencias y se proteja los derechos de los ciudadanos.

Tácito ya predicaba que: *Corruptissima respublica plurimae leges (Estado corrupto, múltiples leyes)*. Francesco CARNELUTTI<sup>820</sup> hablaba de fenómenos de inflación legislativa que, con un efecto análogo al de la inflación monetaria, llevan a la desvalorización de las leyes.

La crisis del ordenamiento jurídico se manifiesta también en el hecho de la multiplicación de las leyes. La crisis cuantitativa lleva consigo la crisis cualitativa. Cuanto más crece el número de normas jurídicas, más disminuye la posibilidad de su cuidadosa y ponderada formación<sup>821</sup>.

---

<sup>819</sup> Vid GONZÁLEZ VICEN, Felipe: *Estudios de filosofía del derecho...cit.*, pp. 382-384; Vid PERELMAN, Chaïm: *Ethique et droit*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1990, p. 96 y ss.

<sup>820</sup> Vid CARNELUTTI, Francesco: *La crisi della Legge*, *Rivista di diritto pubblico*, Padua, 1930, p. 244.

<sup>821</sup> Vid CASTÁN TOBEÑAS, José: *Crisis mundial y crisis del derecho*, 2. ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961, p. 51 y ss.



Esta falta de “*calidad*” lleva en sí un alto grado de incertidumbre a los destinatarios de la norma. Aún más, cuando el Tribunal Constitucional no responde de la manera esperada y deseada por los afectados de la norma inconstitucional. Este reproche puede ser fruto de la tardanza o/y de la falta de coherencia jurídica de sus fallos, para justificar y salvaguardar los intereses que no se sostienen como jurídicos.

Así, la seguridad jurídica de los contribuyentes también reside en que los Tribunales retiren del ordenamiento jurídico aquellas normas incompatibles con los valores y el contenido de la Constitución. Incluso, en la fijación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, pues, en cambio, se estará legitimando una acción claramente lesiva a los derechos de los ciudadanos, algo inadmisibles en la tutela judicial efectiva. Se producirá una falta de protección de los derechos fundamentales de los contribuyentes en nombre de un supuesto interés público relevante.

Se puede plantear que la limitación de los efectos en materia tributaria no traduzca un ideal de justicia, sino la preservación de la seguridad jurídica. Entre la justicia y la seguridad jurídica, aquella debe ceder lugar para ésta<sup>822</sup>.

Sin embargo, dicha idea no puede ser aplicada cuando lo que está en juego es la protección de derechos fundamentales, ya que un bien constitucional concreto, que es la protección de la propiedad de los contribuyentes, no puede sufrir ablaciones por parte del Estado, y éste evocar para sí una seguridad jurídica.

No podemos dejar de acatar la lección de Gustav RADBRUCH<sup>823</sup> que nos orienta en el sentido de que debemos buscar la justicia, y al mismo tiempo tenemos que mantener la seguridad jurídica, que no es más que un aspecto de la misma justicia; y reconstruir un Estado de Derecho que satisfaga ambas ideas en la medida del posible.

En definitiva, no encontramos en la eficacia prospectiva de las leyes tributarias inconstitucionales sinónimo de seguridad jurídica, ni cerca de esto, sino todo lo contrario. Los contribuyentes esperan que sean sometidos a tributación dentro de los límites asegurados por

---

<sup>822</sup> Vid ENGISCH, Karl: *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1967, pp. 209-210.

<sup>823</sup> Vid RADBRUCH, Gustav: *Filosofía del derecho*, Reus, Madrid, 2007, pp. 143-144.

la Constitución; cuando esto no se pasa, esperan que los Tribunales restauren integralmente las cuantías ingresadas en las cajas, ya que son ilegales. La frustración de este derecho, que no es un simple interés intangible, genera entre los contribuyentes la desconfianza en las normas tributarias, y en consecuencia, en los poderes públicos que deberían ejercer sus funciones en el sentido coherente de sus destinaciones. Por todo eso, la inseguridad jurídica es manifiesta, ya que las actuaciones de los poderes públicos no indican la estabilidad y la previsibilidad esperada por los ciudadanos.

La compatibilización de la limitación de los efectos con el máximo respeto a las formas jurídicas y a las construcciones dogmáticas del Derecho tributario es algo que también debe ser visto sobre la óptica del principio de igualdad, ya que las consecuencias de las sentencias pueden tratar de forma discriminatoria a quienes no hayan sido parte del proceso, en relación con quienes recurrieron sin éxito ante los tribunales, pues a estos últimos no es posible aplicar dichos efectos al operar el principio de cosa juzgada.

La utilización del principio de igualdad consigue impedir que con la aplicación de la eficacia prospectiva que se produzcan situaciones de graves discriminaciones entre los que cumplieron la norma en su momento y los que no liquidaron el tributo y recurrieron a los tribunales. Tal principio no acepta que quienes incumplieron sus obligaciones fiscales se queden de mejor condición que aquellos contribuyentes respetuosos y cumplidores de sus deberes para con la Hacienda Pública<sup>824</sup>.

En realidad, para salvaguardar el principio de igualdad solo cabe la solución que se permite la retroacción de los efectos de las sentencias y, por consiguiente, proceder a la devolución de las cantidades ingresadas de acuerdo con la norma anulada.

Cualquiera otra solución, en la aplicabilidad de la teoría prospectiva en sentido propio, de modo que las situaciones producidas con anterioridad a la publicación de la sentencia se seguirán rigiendo por la ley inconstitucional, por lo que la sentencia tendría efectos *ex nunc*, produciría discriminaciones contrarias a los principios constitucionales.

---

<sup>824</sup> Vid FALCÓN Y TELLA, Ramón: La llamada jurisprudencia *prospectiva*: precisiones sobre el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de normas tributarias, *Quincena Fiscal-QF*, n. 7, abril-1997, p. 7.

La determinación de los efectos temporales de las sentencias ha de derivarse en cada caso de la ponderación de una serie de principios, como son los de legalidad, seguridad jurídica, igualdad y la protección del interés público concreto. Tales principios no son a estos efectos contradictorios, sino la incorrecta aplicación de ellos.

Por tanto, sólo a través de un juicio de proporcionalidad es posible llegar a una solución que trate de preservar el máximo respeto a todos y cada uno de los principios en juego, atendiendo a las condiciones particulares del caso. Por ello, no es posible establecer soluciones incoherentes y perjudiciales a los derechos y garantías de que tanto se tardó en conseguirlos.

Desde luego, no es posible formular criterios apriorísticos para la aplicación del principio de igualdad<sup>825</sup>. El verdadero significado de este principio es la interdicción de la arbitrariedad. Lo “*arbitrario*” no es susceptible de definición mediante notas formales, pues supone una contradicción con lo que en cada situación histórica se considera como justo o razonable o conforme a la naturaleza de la cosa. La arbitrariedad es así la negación misma de la idea del Derecho. De este modo se sustituye al principio de igualdad su verdadero rango de principio general del Derecho, en la utilización no arbitraria, según la correspondiente conciencia jurídica, del Derecho dirigido a los sujetos jurídicos, por el legislador y los encargos de aplicarlo (Jurisdicción y Administración)<sup>826</sup>.

Su imposición a las actuaciones de los poderes públicos significa una “*libertad vigilada*”, donde la toma de decisiones propias de cada poder es preservada hasta el punto de señalar el mínimo de conformidad con la justicia material exigible.

La tesis de la igualdad en sentido material, prohibición de discriminaciones arbitrarias a la luz de la común conciencia jurídica, es, por tanto, la única que permite atribuir al principio correspondiente un contenido propio, independiente y supra ordenado a sus posibles especificaciones positivas<sup>827</sup>.

---

<sup>825</sup> Vid PALAO TABOADA, Carlos: Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva, in: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, p. 411.

<sup>826</sup> Vid LEIBHOLZ, Gerhard: *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, 2. ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1959, p. 79 y ss.

<sup>827</sup> Vid PALADIN, Livio: *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, A. Giuffrè, Milano, 1965, p. 188 y ss.

Si el principio de igualdad se entiende como imperativo dirigido al legislador de justificación de las normas, de eliminación de la arbitrariedad, lo mismo vale para los Tribunales. Es inaceptable que el Legislador señale una norma contraria al principio de igualdad y que los Tribunales incrementen la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción. Esto es lo que pasa con la limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes tributarias, se crean dos situaciones conflictivas e irrazonables, para la protección de una tercera que desequilibra indebidamente el sistema de los derechos fundamentales de los contribuyentes.

Así, no es misión de los Tribunales constitucionales dictar las normas más adecuadas o pertinentes en cada caso, sino impedir que ellas no sobrepasen al límite mínimo determinado y elegido por la Constitución para el amparo de los contribuyentes.

En última instancia, es la justicia el valor que queda más afectado. Es cierto que la devolución de los tributos indebidos no es contraria a la protección del interés público. Ahora bien, si cuando no suceda así no se admite la devolución, se estaría propiciando un reparto no equitativo de las cargas públicas, lo que de ningún modo se debe admitir.

### ***3.9.3 Las consecuencias en materia tributaria sancionadora***

#### ***3.9.3.1 La punibilidad de los incumplimientos de una norma declarada posteriormente inconstitucional***

En primer lugar, hemos de subrayar que la inconstitucionalidad de una norma de naturaleza penal debe suponer la desaparición de todos los efectos que ésta haya producido. Lo mismo debe ocurrir en relación con las normas relativas a las infracciones y sanciones, por la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador<sup>828</sup>. En segundo lugar, la norma que se declara inconstitucional y que tipifica infracciones o determina sanciones, tampoco se puede aplicar con eficacia solo prospectiva, ya que anteriormente el principio de dignidad de la persona, culpabilidad, responsabilidad fueron rotos con la aplicación de la norma inconstitucional, es decir, los ciudadanos fueron indebidamente sancionados basados en supuestos ilegítimos<sup>829</sup>.

---

<sup>828</sup> Vid MARCOS CARDONA, Marta: *El procedimiento sancionador tributario*, Iustel, Madrid, 2005, p. 25 y ss.

<sup>829</sup> Vid LÓPEZ CÁRCAMO, Ignacio: Determinación de los responsables, *in: Ley de la potestad sancionadora: comentario sistemático* / Iñaki Lasagabaster Herrarte (director), LETE, Bilbao, 2006, p. 204 y ss; Vid GARCÍA

El problema más grave surge cuando la norma declarada inconstitucional no es la que tipifica la infracción o determina la sanción, sino una disposición que regula los aspectos materiales o formales de una prestación tributaria. Sabemos que los incumplimientos de las prestaciones tributarias son supuestos de infracciones fiscales y que posibilitan las aplicaciones de sanciones a los contribuyentes.

Si seguimos el raciocinio de la limitación de los efectos llevaríamos en la convalidación de los expedientes administrativos sancionadores, pues la norma tributaria sancionadora sólo sería considerada inconstitucional para los casos posteriores a la declaración de inconstitucionalidad.

Sin embargo, ésta no es la mejor opción, puesto que, más una vez, los derechos fundamentales de los contribuyentes sufrirán agresiones impropias. Ahora ya no estamos hablando de que la devolución de ingresos ponga en peligro las cajas públicas, y sí, de la aplicación de sanciones sin referencia pecuniaria<sup>830</sup>.

El Tribunal Constitucional al proteger los intereses de la recaudación por medio de la eficacia *pro futuro* en las sentencias que tratan de materia tributaria, hace que como que muchos otros principios pilares del sistema constitucional sean menospreciados.

En efecto, la utilización de la eficacia prospectiva en materia tributaria presenta muchos inconvenientes a los derechos y garantías de los contribuyentes. Pues, su fundamento abstracto no es suficiente para justificar las diversas violaciones de los derechos de los particulares.

Si el fundamento de la limitación es la protección de erario público, y éste no está y ni será amenazado cuando de la aplicación de sanciones tributarias no pecuniarias, ¿por qué los contribuyentes tienen que tolerar puniciones flagrantemente indebidas? Más una vez, vemos la falta de conformidad de la limitación de los efectos con la dogmática tributaria y lo principios de justicia material.

---

GÓMEZ DE MERCADO, Francisco: *Sanciones administrativas: garantías, derechos y recursos del presunto responsable*, 3. ed., Comares, Granada, 2007, p. 75 y ss.

<sup>830</sup> Vid ZORNOZA PÉREZ, Juan: *El sistema de infracciones y sanciones tributarias: los principios constitucionales del derecho sancionador*, Civitas, Madrid, 1992, p. 273.

Leyes contrarias a la Constitución no son jurídicamente vinculantes para sus destinatarios, por lo que no son normas adecuadas para generar obligaciones tributarias e imponerse sanciones<sup>831</sup>.

Si las normas tributarias sancionadoras son regidas por la regla de la retroactividad más favorable, aún más, cuando éstas son consideradas incompatibles con la Constitución<sup>832</sup>.

Las sentencias estimatorias de los Tribunales Constitucionales deben permitir revisar procesos fenecidos, que han alcanzado la autoridad de cosa juzgada, en la medida en que beneficien o excluyan la pena del condenado.

En definitiva, el Tribunal Constitucional en el ejercicio del control de constitucionalidad debe fijarse en todas las consecuencias que conlleva la aplicación de la eficacia prospectiva en materia tributaria, para así, reflexionar concretamente acerca de las desventajas y problemas que dicha media implica a los derechos y garantías de los contribuyentes.

### *3.10 La retroactividad tributaria en la jurisprudencia constitucional española*

#### **3.10.1 Consideraciones iniciales**

Sin embargo, la posibilidad que tiene el Tribunal Constitucional de establecer en sentencias de inconstitucionalidad efectos retroactivos, no es ilimitada y está sujeta a ciertas restricciones, que se establecen en razón a la vulneración que dicha modulación implica a determinados principios jurídicos. Ellos son, a saber, la seguridad jurídica, los derechos adquiridos y la confianza legítima.

La admisibilidad del control de constitucional de leyes (en especial, leyes tributarias) invita al intérprete de la norma a reflexionar acerca de las funciones entre el Tribunal

---

<sup>831</sup> Vid GARBAGNATI, Edoardo: Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della corte costituzionale, in: *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale-Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Giuffrè Editore, Milano, v.4, 1977, p. 418.

<sup>832</sup> Vid NIETO, Alejandro: *Derecho administrativo sancionador*, 4. ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 242 y ss; Vid ALONSO MADRIGAL, Francisco Javier: *Legalidad de la infracción tributaria: (reserva de ley y tipicidad en el Derecho tributario sancionador)*, Universidad Pontificia de Comillas: Dykinson, Madrid, 1999, p. 246; Vid RODRÍGUES CARBAJO, José Ramón: El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad, in: *Manual de derecho administrativo sancionador / dirección*, Joaquín de Fuentes Bardají... [et al.] ; coordinación, Ignacio Pereña Pinedo, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 154 y ss.

Constitucional y el Legislador. Éste tiene la potestad y el deber de modificar el ordenamiento jurídico, adaptándolo a las circunstancias de la realidad del momento, adaptación que deviene especialmente necesaria en ramas jurídicas cuyo objeto de regulación depende de la coyuntura social y económica. Esta libertad de configuración normativa del Legislador está salvaguardada y respaldada por el *principio democrático de la separación de los poderes*, pero debe ejercerse con pleno respeto a los principios derivados del *Estado de Derecho*, cuyo control corresponde al Tribunal Constitucional<sup>833</sup>.

Los únicos límites vinculantes para el legislador en la producción de normas y en la libre modificación de las normas existentes son los que se desprenden del ordenamiento constitucional. Delante de esa premisa, preguntarse: ¿existen límites constitucionales a retroactividad de las normas?<sup>834</sup>.

---

<sup>833</sup> Vid. PALAO TABOADA, Carlos: El Derecho financiero y tributario en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, In: *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho* [de la Universidad de Zaragoza], director Lorenzo Martín Retortillo, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1985, pp. 431-432.

<sup>834</sup> A esta pregunta se añade la siguiente cuestión: ¿Es conveniente elevar el principio de irretroactividad al rango de constitucional?. En este contexto procede mencionar las distintas posturas que, ante la constitucionalización del principio de irretroactividad, se han adoptado. Guillermo BORDA, se manifiesta claramente en contra señalando los inconvenientes que de este hecho derivan: rigidez que no se aviene con las necesidades jurídicas, políticas y económicas de una sociedad. Donde constituyentes demasiado previsores han fijado el principio de irretroactividad no se ha tardado en buscar el camino para eludirlo, si así lo demandaban las nuevas circunstancias. BORDA propone simplemente el amparo constitucional de aquellos derechos que se estimen fundamentales para el individuo y la sociedad. «Si se cree que el derecho de propiedad, de profesar libremente su culto, de libertad individual, de asociación, son necesarios para una sociedad determinada, es necesario escribirlos en la Constitución. De esta manera, la protección de los derechos no sólo está por encima de la ley, sino que es completísima. No los ampara tan sólo porque la ley los afecta con carácter retroactivo, sino que los ampara en todo caso, para el pasado y para el futuro, sobre todo para éste, que es el que, en definitiva, interesa». Vid. BORDA, Guillermo A.: *Tratado de derecho civil argentino*, t. I, Perrot, Buenos Aires, 1955, p. 174 y ss. Rolando QUADRI, manifiesta los inconvenientes de elevar el principio de irretroactividad al rango de constitucional. En general, los autores convienen en considerar la materia demasiado compleja como para situarla en el nivel más alto de la jerarquía normativa. El profesor de Roma señala como principal obstáculo a la constitucionalización del principio, la existencia de leyes «favorables». Si se admite su retroactividad en un plano conceptual (lo que, además, no repugna ni desde el punto de vista político ni social), la dificultad radica en que un principio general de irretroactividad perjudicaría la aplicación de la ley más favorable. Precisamente, fueron los problemas planteados por la individualización del campo operativo de este límite al principio los que disuadieron a los constituyentes italianos de su inclusión en el texto fundamental. Porque, ¿qué quiere decir «favorable»? La equívocidad del término se revela máxima en aquellos casos en que, afectando una misma ley a dos sujetos en situación de paridad, ésta resulta alterada de modo que lo que es favorable a uno resulta desfavorable al otro. Vid. QUADRI, Rolando: *Dell'applicazione della legge in generale*, en *Commentario del codice civile*, Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna, 1974, pp. 11/103-104. Lo cierto es que al recoger en su texto el principio de irretroactividad, limitado en cuanto a su juego, la Constitución supera dos extremos igualmente cuestionables: i) la proclamación incondicionada de un principio de irretroactividad absoluto, referible indiscriminadamente a todo tipo de normas que, atando las manos al legislador, perjudicaría en ocasiones al ciudadano; ii) la omisión de este principio, dejando así vía libre al legislador, que gozaría de poderes omnímodos en lo que a la eficacia temporal de las nuevas normas se refiere. No habría, en este caso, límite, a excepción de un genérico principio de seguridad jurídica, que pudiera contener su posible arbitrariedad. Vid. GAYA SICILIA, Regina: *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Montecorvo, Madrid, 1987, p. 53.

El Tribunal Constitucional español, en la STC 126/1987, de 16 de julio, enunció los ejes fundamentales de una doctrina que ha sido posteriormente reiterada y desarrollada en la jurisprudencia constitucional. Las dos cuestiones sobre las que se articula el enjuiciamiento constitucional de la retroactividad tributaria son las siguientes: a) En qué medida la norma cuestionada posee eficacia retroactiva; y b) Si esta eficacia retroactiva entraña una vulneración constitucional, lo cual puede suceder, bien porque la retroactividad de la norma infrinja directamente el principio de irretroactividad expresamente reconocido en el art. 9.3 de la Constitución, bien porque a través de ella se vulneren otros principios como pueden ser los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, contenidos en el mencionado precepto, o el de capacidad económica, a que se refiere el art. 31.1 de la Norma fundamental.

Sin embargo, en los posteriores pronunciamientos sobre el tema, el TC ha adoptado el principio de seguridad jurídica y, más concretamente, el principio de protección de la confianza (enunciado por primera vez en la STC 150/1990, de 4 de octubre) como criterios prácticamente exclusivos de enjuiciamiento constitucional de la retroactividad tributaria. Correlativamente, el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE) ha sido excluido como canon de enjuiciamiento constitucional en el ámbito tributario<sup>835</sup>.

En relación con la doctrina constitucional sobre retroactividad tributaria, hay que señalar la influencia de la jurisprudencia constitucional italiana – en lo relativo al principio de capacidad económica –, pero, sobre todo, de la jurisprudencia constitucional alemana, en dos sentidos. En primer lugar, por lo que respecta al fundamento de la irretroactividad tributaria, que el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*) ha situado en el principio de protección de la confianza, derivado del principio de seguridad jurídica (en la jurisprudencia constitucional española, el principio de seguridad jurídica – en su manifestación de protección de la confianza – se ha adoptado como canon fundamental de enjuiciamiento de las normas tributarias retroactivas). En segundo lugar, la influencia de la jurisprudencia constitucional alemana se ha reflejado también en el concepto de retroactividad adoptado por el TC, que ha asumido en materia tributaria la distinción entre retroactividad

---

<sup>835</sup> Vid. ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco: La eficacia en el tiempo...*cit.*, p. 307.



auténtica y retroactividad impropia, a la que se vinculan criterios de enjuiciamiento diversos<sup>836</sup>.

En la evolución de nuestra jurisprudencia constitucional, desde la STC 126/1987, de 16 de julio, no hay grandes cambios, ni en lo relativo al fundamento de la irretroactividad tributaria<sup>837</sup>.

No obstante, lo cierto es que las dudas en cuanto la cuestión de la retroactividad de las normas tributarias surgen en la jurisprudencia constitucional a la hora de definir la distinción entre retroactividad propia e impropia y en el enjuiciamiento sobre la base del principio de protección de la confianza, han revelado insuficiencias e incongruencias.

### ***3.10.2 Fundamento del principio de irretroactividad tributaria en la jurisprudencia constitucional española***

Desde luego, se puede constatar la inexistencia de un principio expreso de irretroactividad tributaria en la Constitución española de 1978<sup>838</sup>. Ya que el art. 9.3 CE

---

<sup>836</sup> Vid. PALAO TABOADA, Carlos: *El Derecho financiero y tributario...cit.*, p. 440. el autor señala que: «Por ello los límites que desde el punto de vista constitucional se oponen a la retroactividad de las leyes fiscales son los mismos que para las leyes relativas a cualquier otra materia. Se mencionan, entre otros, los del Estado de Derecho, la seguridad jurídica y, en especial, la protección de la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, siempre que no fuese previsible el cambio legislativo. Se trata, evidentemente, de criterios indeterminados, que habrá que concretar caso por caso, y que en última instancia reconducen al límite último consistente en la "interdicción de la arbitrariedad" del poder legislativo a que se refiere también el artículo 9.3 de la Constitución. Una ley retroactiva será inconstitucional cuando esta retroactividad suponga una arbitrariedad o, como también se dice en ocasiones, especialmente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, cuando esta retroactividad no sea "razonable"».

<sup>837</sup> En la STC 126/1987, de 16 de julio, se enuncian como posibles límites a la retroactividad tributaria, entre otros, los principios de capacidad económica, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad. En esta sentencia, los tres principios son adoptados como canon de constitucionalidad y los tres se declaran respetados en el caso concreto. Sin embargo, a partir de los siguientes pronunciamientos, el principio de seguridad jurídica se erige como canon prácticamente exclusivo de enjuiciamiento de la retroactividad tributaria. En la STC 150/1990, de 4 de octubre, se afirma por primera vez el principio de protección de la confianza – derivado del principio de seguridad jurídica –, como límite a la retroactividad (aunque no se llega a entrar en el fondo del asunto); y, posteriormente, todos los pronunciamientos se refieren a la posible infracción del principio de seguridad jurídica, considerándose éste respetado (STC 197/1992 y 205/1992; STC 182/1997 y STC 273/2000) o vulnerado (STC 173/1996 y 234/2001).

<sup>838</sup> «No existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva que pueda hacerse derivar del principio de irretroactividad tal como está consagrado en el artículo 9.3 CE». STC 6/1983, de 4 de febrero. Es interesante señalar que el primer Anteproyecto de Constitución (BOC del 5-1-78) establecía expresamente la irretroactividad de las leyes "fiscales", prohibición que se mantuvo en el segundo Anteproyecto (Informe de la Ponencia) (BOC del 17-4-78), para desaparecer finalmente en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso. Vid. PALAO TABOADA, Carlos: *El Derecho financiero y tributario en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...cit.*, p. 440.

garantiza “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

Todo ello ha llevado a afirmar que “*las normas tributarias no se hallan limitadas en cuanto tales por la prohibición de retroactividad establecida en el art. 9.3 CE, en tanto que no son normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales*<sup>839</sup>”.

El prof. Cazorla PRIETO<sup>840</sup> apunta que las normas tributarias no son irretroactivas, primero, porque en una concepción actual del tributo no constituyen en sí disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y, segundo, porque los constituyentes sentaron bien claro este criterio y así quedó reflejado en el correspondiente Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados.

En el primer pronunciamiento del TC sobre retroactividad tributaria (STC 6/1983, de 4 de febrero). En la STC 6/1983 se adoptó como canon de constitucionalidad el derecho de propiedad (art. 33 CE) y el principio de irretroactividad *ex art. 9.3 CE*, y no los principios generales de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), cuya presunta vulneración había sido también alegada. Ya la STC 126/1987, de 16 de julio, constituye el primer pronunciamiento donde se declara la existencia de límites constitucionales a la retroactividad tributaria. En esta sentencia, el TC afirma que, aunque la Constitución Española sólo prohíbe expresamente la retroactividad de las normas sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE), la retroactividad de las normas tributarias puede colisionar con otros principios constitucionales, destacadamente con los principios de capacidad económica, de seguridad jurídica – en su manifestación de protección de la confianza – , y de interdicción de la arbitrariedad. A estos principios (capacidad económica, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad), son límites a la retroactividad tributaria en la jurisprudencia constitucional española<sup>841</sup>.

---

<sup>839</sup> (STC 173/1996, de 31 de octubre). Con más pormenor la Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2000, de 13 de abril, afirma que: «El principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión, a saber, que la "restricción de derechos individuales" ha de equipararse a la idea de sanción».

<sup>840</sup> Vid. CAZORLA PRIETO, Luis María: *Derecho financiero y tributario*: (parte general), 6. ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 159.

### 3.10.3 El principio de capacidad económica

La primera referencia al principio constitucional de capacidad económica (art. 31.1 CE), como límite a la retroactividad de las leyes tributarias, la encontramos en la STC 126/1987, de 16 de julio. En este pronunciamiento, el TC español toma en consideración que una norma tributaria retroactiva resulta constitucionalmente ilegítima si vulnera el principio de capacidad contributiva<sup>842</sup>.

Posteriormente, se llega en la STC 197/1992, de 19 de noviembre, en relación con la norma que elevaba el tipo de gravamen de los Impuestos Especiales de fabricación para los impuestos cuyo devengo (la salida de fábrica del producto) se produjese con posterioridad a su publicación y entrada en vigor, pero incidiendo en hechos imponderables (la elaboración de los productos) producidos con anterioridad. El Tribunal señala que *“la aplicación y elevación del tipo al momento de salida de los alcoholes de la fábrica no vulnera el principio de capacidad económica (art. 31.1 de la Norma fundamental), puesto que no puede entenderse que la capacidad económica subyacente hubiera desaparecido o variado sustancialmente respecto del momento de elaboración de los alcoholes”*<sup>843</sup>.

En Italia, la doctrina primero y el Tribunal Constitucional más tarde, han llegado a concluir que una de las consecuencias prácticas del principio de capacidad contributiva o

---

<sup>841</sup> Vid. CAZORLA PRIETO, Luis María: *Derecho financiero y tributario: (parte general)...cit.*, p. 160 y ss. Vid. STC 197/1992, de 19 de noviembre, en: *Derecho financiero, jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 1990-1995, recopilación de Autos y Sentencias-Javier Lasarte Álvarez (coordinador), Fundación El Monte, Sevilla, 1996, p. 107, donde expresa: «En cuanto a los límites impuestos a la posibilidad de que las normas tributarias sean retroactivas, según el Tribunal "puede cuestionarse la legitimidad constitucional de la retroactividad de las normas fiscales cuando dicha eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios constitucionales (capacidad económica, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, etc.)».

<sup>842</sup> La vulneración del principio de capacidad económica puede producirse *“si la ley establece como presupuesto un hecho o una situación pasada que no persisten en el momento de su entrada en vigor, o modifica, extendiendo sus efectos hacia el pasado, los elementos esenciales de un tributo existente en dicho momento, pues dicha capacidad ha de referirse, no a la actual del contribuyente, sino a la que está ínsita en el presupuesto del tributo y, si ésta hubiera desaparecido o se hallase disminuida en el momento de entrar en vigor la norma en cuestión, se quebraría la relación constitucionalmente exigida entre imposición y capacidad contributiva”* (STC 126/1987, FJ 10).

<sup>843</sup> No obstante, en esta STC 197/1992 se añade un nuevo argumento para entender respetado el principio de capacidad económica, al señalar que la norma enjuiciada no vulnera dicho principio *“sobre todo, porque el fabricante y sujeto pasivo del impuesto pudo perfectamente, al conocer la elevación del tipo, repercutir íntegramente el importe del tributo sobre «aquél para quien se realice la operación gravada» (art. 4.1 de la Ley 39/1979); de manera que, en realidad, la elevación del tipo grava manifestaciones de capacidad contributiva (la puesta en circulación de las bebidas) posteriores a la entrada en vigor de la elevación; pudo el sujeto pasivo transferir la carga tributaria a los consumidores como un coste a incluir en el precio del producto”*.

económica es, precisamente, la ilegitimidad de la legislación tributaria retroactiva en cuanto ésta prescindiría de la capacidad contributiva al gravar unos hechos definitivamente ya concluidos, pues, significando la capacidad contributiva aptitud para cumplir la obligación tributaria, es dudoso que se satisfaga el principio si sólo se tiene en cuenta la idoneidad del presupuesto de hecho en sí y no la capacidad de dar cumplimiento a la obligación impositiva<sup>844</sup>.

Dicho de otro modo: la aplicación retroactiva de un tributo, consistiendo su presupuesto en un hecho pretérito, podría afectar al principio de capacidad contributiva por cuanto aquella aptitud para tributar que el contribuyente mostró en su momento puede haberse alterado (disminuido o incluso haberse extinguido) con el transcurso del tiempo, de manera que las personas ahora llamadas a pagarlo carezcan ya de aquella capacidad<sup>845</sup>.

La limitación de los efectos por el principio de capacidad contributiva sobre el alcance retroactivo de las leyes fiscales se concreta, sobre todo, en el requisito de «actualidad», esto es, comprende a una capacidad contributiva *presente o actual*. Ignazio MANZONI<sup>846</sup> ha dicho: «Cuando el artículo 53<sup>847</sup> de la Constitución dice que todos los ciudadanos están obligados a sostener las cargas públicas en razón de su capacidad contributiva, está claro que no se hace referencia a una capacidad "cronológicamente indefinida", sino a la que tiene el sujeto contribuyente en el momento en que la misma asume relevancia.

La dificultad de apreciar la vulneración del principio de capacidad económica por una norma tributaria retroactiva se centra sobre todo en la prueba de que la capacidad económica gravada haya desaparecido o se encuentre notablemente disminuida al tiempo de entrar en

<sup>844</sup> Vid. PALAO TABOADA, Carlos: Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva...cit., p. 385.

<sup>845</sup> Vid. PARRA DE MÁS, Santiago: La retroactividad de la ley fiscal y el principio de la capacidad contributiva, en *XIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1972, p. 642.

<sup>846</sup> Vid. MANZONI, Ignazio: *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1965, p. 165. Vid. MOSCHETTI, Francesco: *Il principio della capacità contributiva*, CEDAM, Padova, 1973, pp. 318-319, por su parte, manifiesta que en cada campo del derecho la capacidad debe existir en el momento en que es susceptible de producir efectos. Así, en el derecho privado, la capacidad para el ejercicio de la empresa debe existir en el momento en que se inicia tal ejercicio; la capacidad para el matrimonio, al tiempo de contraerlo, etc. «En nuestro caso, continúa, dada la correlación entre capacidad contributiva y deber de concurrir a los gastos públicos, la capacidad deberá existir, por lo menos, en el momento en el que ha sido creado tal deber, es decir, en el momento de la entrada en vigor de la ley instituidora del tributo».

<sup>847</sup> Artículo 53 de la Constitución italiana: «Todos estarán obligados a contribuir a los gastos públicos en proporción a su capacidad contributiva. El sistema tributario se inspirará en criterios de progresividad»

vigor la norma en cuestión, esto es el argumento fundamental a la hora del análisis de la constitucionalidad de una norma tributaria retroactiva.

Sin embargo, Gianfranco GAFFURI<sup>848</sup> mantiene que el tributo retroactivo no es inconstitucional si el sujeto pasivo pudo tener, en el momento en que se producía el hecho económico base de la imposición, una «fundada previsión» de que en el futuro iba a establecerse con tales efectos retroactivos. Según esta tesis, el futuro contribuyente quedaría obligado a conservar, al menos parcialmente, los medios económicos sobre los que recaería el tributo, ya que, en base a esta fundada previsión, debe comportarse como si el tributo fuera ya operativo. Pero ¿cuándo existirá una previsión fundada?. Según el autor, no se basa ésta en posibles acontecimientos políticos o en analogías interpretativas de las que pueda deducirse el futuro establecimiento de un tributo. La previsión resultará «fundada» cuando se apoye en verdaderos errores técnicos de la ley, errores fácilmente determinables (por ejemplo, los producidos por la defectuosa redacción de disposiciones transitorias) y, por lo mismo, forzosamente necesitados de revisión en una más o menos próxima, pero en todo caso seguro, reforma legislativa.

Cabe hacer algunas distinciones que, proyectándose en la ley tributaria retroactiva, permitirían calificarla de inconstitucional. Así, si se trata de tributos que gravan un gasto, resulta difícil mantener la presunción de subsistencia de la capacidad económica. La riqueza consumida no puede hacerse actual y, además, el sujeto puede haber agotado toda su capacidad económica en la adquisición y consumo del bien. Por ello, un impuesto retroactivo sobre el consumo no podría considerarse constitucionalmente admisible ni siquiera acudiendo a la doctrina del «*id quod plerumque accidit*» (*lo que sucede más a menudo*). En cambio, si los impuestos se fundan en la posesión de bienes duraderos o productores de réditos e incluso en la misma propiedad inmobiliaria, cabe presumir con mayores garantías de acierto que la situación económica a la que responden es estable y permanente, al menos durante algún tiempo<sup>849</sup>.

Así pues, la cuestión fundamental se perfila en torno a la subsistencia actual de una capacidad económica pasada. Si son indicios económicos pasados los que configuran el hecho

---

<sup>848</sup> Vid. GAFFURI, Gianfranco: *Lezioni di diritto tributario: parte generale e compendio della parte speciale*, 4. ed., CEDAM, Padova, 2002, p. 130 y ss.

<sup>849</sup> Vid. GAYA SICILIA, Regina: *El principio de irretroactividad...cit.*, p. 346.

imponible tendremos retroactividad y se planteará el problema de determinar si subsiste la capacidad económica que tales indicios parecían manifestar. Si la capacidad económica pasada no subsiste actualmente, las normas fiscales retroactivas vulnerarán el principio de capacidad contributiva y serán, por lo mismo, inconstitucionales.

#### ***3.10.4 Los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza***

Es así como la declaratoria de inconstitucionalidad que afecte a las situaciones surgidas a la luz de la norma declarada inconstitucional afecta en primera instancia a la seguridad jurídica. Éste es uno de los principios primordiales del derecho y puede ser entendido, para efectos de este estudio, como la estabilidad y aplicación del ordenamiento jurídico; o como la posibilidad del conocimiento del derecho gracias a la certeza que se tiene sobre el mismo. De esta forma, es claro que cuando se retrotrae la inconstitucionalidad de la norma estudiada al momento en que entró en vigencia, se ve sacrificada la estabilidad de las relaciones jurídicas.

La seguridad jurídica debe ser respetada por parte de la Corte Constitucional, en la medida en que la naturaleza de la seguridad jurídica es la de ser una expresión del valor supremo de la libertad. Pero a su vez, ser una de las caras de la justicia [porque] un derecho justo es por naturaleza un derecho cierto. Otra restricción que se impone a la autonomía de la Corte Constitucional, la constituyen los derechos adquiridos y la confianza legítima. El concepto de los derechos adquiridos está íntimamente relacionado con el respeto de las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de las leyes.

En la jurisprudencia constitucional, se ha adoptado el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) como canon de enjuiciamiento de la retroactividad tributaria. En la STC 126/1987, de 16 de julio, es donde se adopta por primera vez el principio de seguridad jurídica como canon de enjuiciamiento de la retroactividad tributaria, señalándose que *“las normas tributarias retroactivas pueden estimarse constitucionalmente ilegítimas cuando atentan a tal principio y a la confianza de los ciudadanos”*. A partir de este pronunciamiento, el principio de seguridad jurídica se ha erigido en canon de constitucionalidad para el enjuiciamiento de las leyes tributarias retroactivas<sup>850</sup>.

---

<sup>850</sup> El Tribunal Constitucional español siempre ha adoptado con cautela el principio de seguridad jurídica como límite a la eficacia temporal de las leyes, señalando que *“el principio de seguridad jurídica no puede erigirse en valor absoluto, por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como*

Por ello, ha señalado el TC, que “*determinar cuándo una norma tributaria de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto*”<sup>851</sup>. Se trata, por tanto, de un juicio casuístico<sup>852</sup>.

Por lo que respecta al “*grado de retroactividad*”<sup>853</sup>, el TC ha adoptado la distinción entre “*retroactividad auténtica*” y “*retroactividad impropia*”; contraponiendo aquellas

---

*instrumento de perfeccionamiento y de progreso. La interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad entrañaría consecuencias contrarias a la concepción que fluye del art. 9.2 de la Constitución, como ha puesto de manifiesto este Tribunal, entre otras, en sus SSTC 27/1981 y 6/1983”*

<sup>851</sup> S.T.C. 150/1990, de 4 de octubre, STC 173/1996, de 31 de octubre.

<sup>852</sup> Esta doctrina adoptada por el Tribunal Constitucional español tiene fuerte influencia en la doctrina del Tribunal Constitucional alemán: La doctrina sentada en la sentencia 26/1961, de 19 de diciembre, El Tribunal Constitucional se expresaba en los siguientes términos: «La admisibilidad jurídico-constitucional de una ley que afecte a situaciones o hechos ya consumados deberá enjuiciarse y valorarse, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, basándose en los criterios jurídicos que derivan del principio de Estado de Derecho (BVerfGE 7, 89, 92; 7, 129, 152; 8, 274, 304; 11, 64, 72). 1. Entre los elementos fundamentales que configuran el Estado de Derecho hay que incluir la seguridad jurídica (BVerfGE 7, 89, 92). El ciudadano ha de poder prever las posibles intervenciones del Estado con respecto a su persona para poderse preparar convenientemente de acuerdo con ello; ha de poder confiar en que su comportamiento, acorde con el derecho vigente, seguirá siendo reconocido por el ordenamiento jurídico con todos los efectos jurídicos que anteriormente se encontraban vinculados al mismo. El ciudadano verá lesionada, sin embargo, su confianza cuando el legislador vincule a hechos anteriormente consumados unas consecuencias jurídicas que resulten más desfavorables que aquellas con las que el ciudadano podía contar al tomar sus decisiones. Para el ciudadano, seguridad jurídica significa, primaria y fundamentalmente, protección de su confianza. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional ha estimado la posibilidad de que un empeoramiento de carácter retroactivo de las posiciones jurídicas del ciudadano suponga una violación del principio de seguridad jurídica (BVerfGE 7, 129, 152; 11, 64, 72). Esto resulta especialmente aplicable al campo de las leyes tributarias. En dichas leyes se exigen del ciudadano unas prestaciones económicas por la realización de unos hechos determinados. Consiguientemente, el ciudadano orienta su actuación de acuerdo con las leyes impositivas vigentes en cada momento. Cuando los hechos impositivos vayan ligados a comportamientos concretos deberán hallarse, por tanto, previstos legalmente las consecuencias o efectos jurídicos que se producirán, en el momento de realizarse tal comportamiento. De ello se deduce que las leyes impositivas solamente podrán abarcar por principio aquellos supuestos o hechos que se produzcan o consumen después de su promulgación. Partiendo, por tanto, del principio básico de Estado de Derecho, puede afirmarse que las leyes impositivas de carácter agravante o que perjudiquen al ciudadano solamente podrán extender su eficacia, por principio, a hechos que no se hayan consumado o finalizado. *Vid. GAYA SICILIA, Regina: El principio de irretroactividad...cit.*, pp. 381-382.

<sup>853</sup> Son tres los grados de retroactividad de las leyes, máximo, medio y mínimo. De grado mínimo: Cuando la nueva ley se aplica sólo a los efectos de la relación creada bajo la antigua, que se produzcan después de regir aquélla. Por ejemplo, es dictada una ley que pone como tope del interés del dinero el del 5 por ciento, y establece que los intereses que en el futuro devenguen los préstamos hechos con anterioridad, aunque se hubiese pactado superiores, se reducirán al 5 por ciento. De grado medio: Cuando la nueva ley se aplica también a los efectos de la relación jurídica que producidos antes de dictarse aquélla, aún no se han consumado. Por ejemplo, en el caso anterior, la ley establece que los intereses ya devengados, pero aún no pagados, antes de la nueva ley, no podrán reclamarse en lo que excedan del 5 por ciento. De grado máximo: Cuando la nueva ley permite que incluso los efectos producidos y consumados bajo la antigua, se deshagan de la forma en que habían quedado producidos bajo ésta, y se rehagan a tenor de la nueva. Por ejemplo, en el caso del ejemplo anterior, la ley nueva autoriza incluso los intereses ya pagados bajo la antigua se reduzcan al 5 por ciento, pudiendo, el que los pagó, reclamar al prestamista lo que hubiese pagado de más. *Vid. ALBALADEJO, Manuel: Derecho civil...cit.*, pp. 207-208.

disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley” (retroactividad auténtica) y “las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas” (retroactividad impropia<sup>854</sup>).

De este modo, el TC español distingue: - En caso de retroactividad auténtica, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. En caso de retroactividad impropia, la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso. Nótese que, en el supuesto de “retroactividad auténtica”, se mantiene una “prohibición general de retroactividad”, sobre la base del principio de seguridad jurídica, con la única excepción de la concurrencia de “exigencias cualificadas del bien común”. Mientras que en el caso de retroactividad impropia, la regla general es la admisibilidad constitucional<sup>855</sup>.

Lo cierto es que el TC español señala por la prohibición general de retroactividad auténtica de las normas tributarias desfavorables, sobre la base de los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza<sup>856</sup>. La jurisprudencia constitucional ha adoptado estos principios como límites fundamentales a la retroactividad tributaria (SSTC 126/1987 y 150/1990). El control de constitucionalidad se ha planteado siempre como un juicio casuístico, afirmándose reiteradamente que “*es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso*” (SSTC 126/1987 y 173/1996). En cualquier caso, lo que no puede afirmarse es que la retroactividad tributaria sea constitucionalmente admisible *como regla general*, puesto que,

---

<sup>854</sup> Vid. SPISSO, Rodolfo R.: *Derecho constitucional tributario...cit.*, pp. 309-310, señala lo que sería retroactividad impropia: « No se trata, aquí, de una cuestión de retroactividad de la ley fiscal o de excepción al principio de la irretroactividad, sino de un supuesto de seudoretroactividad o efecto inmediato de la ley, aplicado a los llamados "impuestos de hecho imponible de ejercicio", en los cuales el presupuesto, de hecho, no se halla definitivamente constituido o verificado a la fecha de la sanción de la ley, lo que recién se produce a la finalización del ejercicio en curso, al momento de la sanción legislativa».

<sup>855</sup> STC 126/1987, de 16 de julio.

<sup>856</sup> Vid. STARCK, Christian: *El concepto de ley en la Constitución alemana...cit.*, p. 350. El autor indica que: “la jurisprudencia del *Tribunal Constitucional Federal*, el cual, partiendo de la protección de la confianza propia de los principios del Estado de Derecho, llega a la consecuencia de que las leyes que empeoran la situación jurídica de los ciudadanos no pueden en principio obrar retroactivamente.



con fundamento en el principio de seguridad jurídica, el TC ha afirmado una prohibición de “retroactividad auténtica” de las normas tributarias desfavorables, que sólo resulta excepcionada en caso de concurrir graves exigencias del bien común. En palabras del propio Tribunal, éste es “*el tipo de retroactividad constitucionalmente vedado a las normas fiscales*” (STC 197/1992).

En la STC 150/1990, de 4 de octubre, se alude por primera vez al principio de protección de la confianza como límite a la retroactividad<sup>857</sup>, señalándose que el principio de seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad.

El enjuiciamiento de la retroactividad tributaria por el TC sobre la base del principio de seguridad jurídica, en su vertiente de protección de la confianza (tal como es definida en la STC 150/1990), se ha centrado sobre todo en el elemento de la “*razonable previsibilidad*” del cambio normativo. Sólo permite justificar la “previsibilidad” de la norma en sí misma considerada, por lo que respecta a su contenido, pero no a su eficacia temporal; esto es, permite al contribuyente conocer “la posibilidad de que se efectuasen cambios en la legislación”, pero no significa que fuese “previsible” la aplicabilidad del nuevo tipo a hechos imponderables ya realizados con anterioridad a la publicación y entrada en vigor de la nueva norma. El Tribunal ha acentuado el protagonismo del aspecto subjetivo de la “previsibilidad” en el enjuiciamiento de la retroactividad tributaria; de forma que, siendo “previsible” la medida tributaria retroactiva, puede considerarse admisible constitucionalmente como regla general.

Mientras que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, señaló la protección de la confianza en aquellos casos en los que no se encuentre objetivamente justificada con respecto a una situación jurídica determinada. Pueden considerarse al respecto los siguientes casos: i) No será protegible la confianza cuando el ciudadano, teniendo en cuenta la situación jurídica existente en el momento al que se refieran las consecuencias

---

<sup>857</sup> No obstante, hay que señalar que en nuestra jurisprudencia constitucional no se ha llegado a afirmar un “principio” de protección de la confianza, sino que se considera, más que un principio autónomo, una manifestación del principio de seguridad jurídica garantizado en el art. 9.3 CE.

jurídicas establecidas en la nueva ley con carácter retroactivo, tenga que contar con que se vaya a implantar una nueva regulación (cfr. BVerfGE 1, 264, 280; 2, 237, 264 ss.; 8, 274, 304); ii) El ciudadano tampoco podrá alegar, a la hora de realizar sus planes, su confianza en el derecho vigente cuando éste resulte confuso y enmarañado. En estos casos el legislador debe estar facultado para aclarar retroactivamente la situación jurídica existente (cfr. BVerfGE 11, 64, 72 ss.); iii) El ciudadano no podrá basar su confianza en la apariencia de legalidad generada por una norma inválida. Por consiguiente y en determinadas circunstancias, el legislador estará facultado para sustituir con efectos retroactivos una disposición inválida por otra que no presente objeciones desde el punto de vista jurídico (BVerfGE 7, 89, 94); iv) Finalmente, pueden darse razones urgentes de bien común que gocen de preferencia sobre el mandato de seguridad jurídica y que justifiquen disposiciones con carácter retroactivo (BVerfGE 2, 380, 405)<sup>858</sup>.

La sentencia despertó una tempestad de comentarios. Demasiados autores manifestaron su disconformidad por entender que las excepciones al principio de protección de la confianza diluían el propio principio haciéndole perder consistencia<sup>859</sup>.

---

<sup>858</sup> Vid. GAYA SICILIA, Regina: *El principio de irretroactividad...cit.*, pp. 383.

<sup>859</sup> Vid. ROTH-STIELOW, Klaus: Die Verfassungswidrige Rückwirkung des 170 Abs., 1 Satz 1 BGB n.F. durch Art. 9 II Ziff. 2 FamRÄndG., *Neue juristische Wochenschrift*, Frankfurt, n. 13, 1963, p. 572 y ss., presenta su crítica puntual: «Las formulaciones halladas para estas excepciones suenan, en principio, como muy convincentes. Sin embargo, las condiciones o presupuestos en ellas contenidos resultan de difícil interpretación incluso para la mayoría de los juristas, por no hablar de lo que suponen para el simple ciudadano que busca seguridad jurídica y orden dentro de su vida. Y es precisamente el Tribunal Constitucional el que debería proteger al ciudadano, como profano en la materia, con el principio básico de prohibición de la retroactividad. La admisibilidad de la retroactividad adquiere, mediante tales excepciones, una amplitud tal que resulta prácticamente imposible delimitar su aplicación de forma objetiva, viéndose ésta impregnada de juicios en gran medida subjetivos, es decir, dependiendo de la valoración del juez que haya de decidir en cada caso concreto. ¿Con cuánta frecuencia se someten, por ejemplo, a discusión pública modificaciones de una ley o la introducción de una nueva ley sin tomar, sin embargo, posteriormente las medidas oportunas? ¿Cómo pueden realizarse planes y previsiones en serio en situaciones de este tipo? ¿Cuándo puede resultar para un profano en la materia, que se encuentra ya confundido por el contenido y falta de claridad de disposiciones nuevas, una situación jurídica tan poco clara como para que pueda esperar que se vayan a promulgar nuevas disposiciones con carácter retroactivo? ¿Cuándo puede decirse que una disposición con carácter retroactivo resulte "objetivamente justificada" para un profano en la materia? ¿Cuándo ha de dejar de confiar el ciudadano en el contenido de una regulación normativa? ¿Cómo podrá reconocer la falta de validez de una regulación? ¿En qué circunstancias ha de darse preferencia a los intereses de la comunidad sobre la seguridad jurídica?». Y, más adelante, continuaba: «Resulta aún peor el peligro de abusar de tales excepciones por razones políticas. Conceptos tales como bien común, justicia o atentado a las buenas costumbres pueden ser fácilmente mal utilizados, en contra del "sano sentimiento del pueblo", o ser utilizados de acuerdo con principios partidistas. El peligro que existe de posible abuso y de aplicaciones indeterminadas mueve a defender el principio de la prohibición de promulgar normas de carácter retroactivo con consecuencias perjudiciales, como un principio que no admita ningún tipo de excepción. Puede ser que actualmente no exista peligro alguno de que se den abusos. Pero nadie puede garantizar que vayan a mantenerse en el futuro las condiciones que hoy se dan en la República Federal Alemana. Siempre hay que considerar como posible una vuelta al desarrollo jurídico que tuvo lugar en el país entre 1933 y 1945... La prohibición de promulgar normas retroactivas en el ámbito del derecho privado estaba ya consagrada en el

En definitiva, certeza del derecho es confianza en el derecho *actualmente* existente y aplicado, prescindiendo de su mayor o menor claridad, de sus vicios internos, de su contraste con razones de bien común. La confianza en el derecho vigente está, por consiguiente, siempre justificada por solo el hecho de que éste existe y es aplicado por los órganos estatales. No se comprende por qué el ciudadano debería tener más confianza en un derecho del cual no es cierto ni el "si", ni el "cuándo", ni el "cómo" que en el derecho actualmente existente. Tal directriz jurisprudencial es vaga (¿a partir de qué momento la modificación legislativa empieza a ser previsible?) y contradictoria (prever que una norma pueda cambiar no es certeza); parece inspirada en un principio de incertidumbre más que de certeza del derecho<sup>860</sup>.

### 3.10.5 El principio de interdicción de la arbitrariedad

En la jurisprudencia constitucional, el principio de interdicción de la arbitrariedad solamente ha sido considerado como parámetro de constitucionalidad en el enjuiciamiento de la retroactividad, pese a estar consagrado expresamente en el art. 9.3 CE y haber sido mencionado como límite a la retroactividad en la STC 126/1987, de 16 de julio. Las referencias a la interdicción de la arbitrariedad las encontramos más bien en conexión con el principio de seguridad jurídica<sup>861</sup>.

La interdicción de la arbitrariedad es una de las manifestaciones de la seguridad jurídica. Pero sobre todo hay que destacar la importancia del criterio de la interdicción de la arbitrariedad y de la "*razonabilidad*" de la medida (tanto desde la perspectiva de su finalidad

---

derecho romano. Esta prohibición se encuentra expresamente prevista como norma en muchos ordenamientos. Para los redactores de la Constitución Federal se trataba de algo totalmente evidente... La jurisprudencia negó en un principio la observancia de una prohibición de este tipo. Las raíces de esta posición habría que buscarlas en un reconocimiento acrítico de la infalibilidad y del poder soberano del Estado. Esta jurisprudencia ha cambiado de dirección actualmente. La nueva orientación, mejor y más realista, que en ella se aprecia no servirá de ayuda al ciudadano mientras el Tribunal Constitucional admita excepciones con respecto al principio básico, adoptando, de este modo, una postura que resulta contraria al actual desarrollo jurídico de los países occidentales». Vid. LARENZ, Karl: *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, p. 163, LARENZ ha dicho que la excepción relativa a las razones urgentes o forzosas de bien común justificantes, en su caso, de la retroactividad «es preocupante desde el punto de vista del Derecho justo, pues con la vaga formulación transcrita existe el peligro de que se llegue a la eliminación del principio».

<sup>860</sup> Vid. MOSCHETTI, Francesco: *Il principio della capacità contributiva...cit.*, p. 237.

<sup>861</sup> En la STC 126/1987, de 16 de julio, se pone de manifiesto la estrecha relación que se mantiene en nuestra jurisprudencia constitucional entre los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad, como límite a la retroactividad tributaria. El principio de seguridad jurídica se considera respetado, atendiendo a la *finalidad* de la norma y a sus circunstancias; y, de esas mismas consideraciones, "*se deduce que dicha norma tampoco infringe el aducido principio de interdicción de la arbitrariedad, reconocido igualmente en el art. 9.3 de la Constitución*".

o justificación, como de su carácter “razonablemente” previsible), en el enjuiciamiento de la retroactividad tributaria sobre la base de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza<sup>862</sup>.

Una de las finalidades más aducidas para justificar la retroactividad de la norma tributaria es la *consecución de una mayor justicia tributaria*. Así, en la STC 126/1987, de 16 de julio (que enjuiciaba la creación de un gravamen complementario sobre la tasa fiscal del juego para las máquinas recreativas, aprobado durante el año 1983, con efectos para las tasas devengadas al inicio del mismo), el Tribunal destaca que la finalidad de la norma era adecuar la presión tributaria del sector en cuestión al resto de las modalidades de juego, a fin de lograr una mayor justicia tributaria y aminorar las distorsiones que venían produciéndose entre ellas; paliar las diferencias de trato fiscal existentes entre las diversas modalidades de juego; aludiendo finalmente también a la cuestión recaudatoria, ya que dichas distorsiones a su vez, estaban afectando negativamente a la recaudación total procedente del juego.

Pero también la finalidad extrafiscal del tributo es tenida en consideración en el enjuiciamiento de la retroactividad tributaria, no sólo a los efectos del principio de protección de la confianza, sino también en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad. Así, en la STC 197/1992, de 19 de noviembre, al enjuiciarse una norma que elevaba el tipo impositivo de los Impuestos Especiales de fabricación desplegando una “retroactividad impropia”, el TC señala que, junto a la función meramente recaudatoria, el impuesto tiene una finalidad extrafiscal como instrumento de la política sanitaria; desde esta perspectiva de la doble finalidad del impuesto, difícilmente puede pensarse en que la elevación configure una medida arbitraria y no una adecuación circunstancial del tipo al incremento de los precios o una medida de política sanitaria.

Lo que importa saber es que el principio de interdicción de la arbitrariedad no se adopta como criterio autónomo para el enjuiciamiento de las normas tributarias retroactivas, sino como uno de los criterios para considerar vulnerado o respetado el principio de seguridad jurídica.

---

<sup>862</sup> El principio de seguridad jurídica “*protege la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad*” (STC 150/1990).

### 3.11 La retroactividad de las normas tributarias

#### 3.11.1 Consideraciones propedéuticas

El principio de retroactividad está situado en el plano de la aplicación de normas, precisamente en el contexto de la resolución de los conflictos de normas en el tiempo. El análisis del tema escogido es imprescindible para determinar los efectos temporales y la aplicabilidad de las normas como resultado del control de constitucionalidad. Tanto el Juez como los demás destinatarios de la norma deben enfrentarse a los numerosos problemas que plantean las sucesiones normativas, particularmente, en materia tributaria.

La retroactividad de las normas tributarias ha sido una cuestión que ha preocupado a la doctrina y que ha obligado al pronunciamiento de los Tribunales Constitucionales y ordinarios. Nos referimos a la retroactividad en sus diversas modalidades: aplicación de una norma a una situación jurídica anterior ya cerrada en cuanto a su delimitación temporal; aplicación a una situación cuyo período de tiempo está abierto pero no terminado; y, finalmente, aplicación a situaciones en relación con las cuales se ha iniciado, únicamente, un procedimiento. Las razones que pueden llevar al legislador a producir una norma tributaria retroactiva son diversas: establecer una tributación concreta, modificar un régimen existente o readaptar determinadas normas y regular situaciones ya iniciadas que han sido incididas por una sentencia judicial<sup>863</sup>.

La "regla" general en cuanto a retroactividad de las normas jurídicas es que ellas no tendrán efecto retroactivo salvo que dispongan lo contrario<sup>864</sup>. A las leyes tributarias este principio normativo también les es aplicable. Por medio de las disposiciones constitucionales se permitió la posibilidad de afrontar la cuestión de la retroactividad de las normas tributarias al establecer un principio de absoluta irretroactividad en relación con ciertas disposiciones, concretamente las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales<sup>865</sup>.

---

<sup>863</sup> Vid. CALVO ORTEGA, Rafael: *Curso de derecho financiero*. V. I, 10. ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 109.

<sup>864</sup> Vid. STARCK, Christian: *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, p. 348, donde apunta que: "el supuesto abstracto definido en la ley sólo puede imaginar situaciones de hecho concebidas como futuras, a las que deben enlazarse consecuencias jurídicas".

<sup>865</sup> Vid. SPISSO, Rodolfo R.: *Derecho constitucional tributario*, 2. ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 309, afirma que: «El principio de legalidad -integrado con el de certeza y el de seguridad jurídica-, el de razonabilidad

Así el principio general de irretroactividad es una “norma sobre aplicabilidad de normas”, un mandato dirigido al órgano de aplicación, que le obliga a considerar, salvo disposición en contrario, que las normas jurídicas carecen de efecto retroactivo, esto es, que son aplicables hacia el futuro, para el tiempo posterior a su existencia jurídica. Ahora bien, hay que señalar, que pueden existir otras situaciones jurídicas que el principio general de irretroactividad no prevalezca; eso es, que el principio general de irretroactividad resulte insuficiente e inadecuado.

En nuestro análisis, centraremos en la formulación del principio general de irretroactividad basado en el plano normativo del art. 2.3 Código Civil<sup>866</sup> y art. 10.2 Ley General Tributaria-2003<sup>867</sup>, no olvidándose de las demás reglas que también regulan el tema de estudio<sup>868</sup>, para descender a las imbricaciones que él conlleva al control de constitucionalidad de las normas tributarias<sup>869</sup>.

---

de las leyes, el de equidad y el de inviolabilidad de la propiedad confluyen en el establecimiento de un valladar inexpugnable a los intentos de retroactividad fiscal. Esto permite que la plenitud del Estado de derecho no se agote en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige, esencialmente, la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad. Sólo así se puede hablar de la real vigencia de un Estado de derecho, en el cual los derechos individuales y las libertades públicas se encuentran efectivamente garantizados».

<sup>866</sup> 2.3. Las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario.

<sup>867</sup> Artículo 10. Ámbito temporal de las normas tributarias. [...];

2. Salvo que se disponga lo contrario, las normas tributarias no tendrán efecto retroactivo y se aplicarán a los tributos sin período impositivo devengados a partir de su entrada en vigor y a los demás tributos cuyo período impositivo se inicie desde ese momento.

No obstante, las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias y el de los recargos tendrán efectos retroactivos respecto de los actos que no sean firmes cuando su aplicación resulte más favorable para el interesado.

<sup>868</sup> Como el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o la regla de retroactividad de la norma penal o sancionadora más favorable.

<sup>869</sup> Anteriormente, había ausencia de una regulación expresa en cuanto el tema de la retroactividad de la ley tributaria. Debido a esto, se seguía la regla del Código Civil.  *Vid. ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco: La eficacia en el tiempo de las normas tributarias (art. 20), In: Comentarios a la Ley general tributaria y líneas para su reforma: libro-homenaje al profesor Dr. D. Fernando Sainz de Bujanda, V. I, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, p. 304, donde indica: «De sorprendente puede calificarse el hecho de la inexistencia de regla expresa, ni siquiera por remisión, acerca de la eventual retroactividad de la norma tributaria. Sorpresa tanto más intensa si se atiende al carácter y ambición de la L.G.T., e incluso a la conexión que de este problema es posible hacer con la independización de la norma tributaria respecto de la presupuestaria ahora expresamente recogida en el artículo 20. Ello no fue óbice para que doctrina y jurisprudencia comenzaran a entender aplicable en el ámbito tributario la regla contenida en el Código civil».*

### ***3.11.2 El principio de irretroactividad en el Código Civil: presunción general de no retroactividad***

Desde luego, señalamos que las reglas generales sobre aplicabilidad temporal de las normas son aquéllas que resultan aplicables con carácter supletorio, en ausencia de disposición expresa o implícita prevista en la norma. En esta sede, destacamos el papel que desempeña el principio de irretroactividad en sede de regulación. Así, el principio general de irretroactividad y las demás reglas generales sobre aplicabilidad temporal de las normas son mandatos dirigidos al intérprete, no vinculantes para el titular de la potestad normativa.

El principio de irretroactividad en sede de aplicación de normas se formula con carácter general, art. 2.3 CC: “*Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario*”. Se trata de un orden dirigido al intérprete, en relación con cualquier disposición normativa, sea cual sea su contenido, favorable o desfavorable para los ciudadanos, ordenándole presumir, *salvo disposición en contrario*, que las normas jurídicas se dirigen al tiempo futuro.

La cláusula general de irretroactividad prevista en el art. 2.3 CC constituye, por tanto, una regla o directriz interpretativa que ordena al operador jurídico entender, en caso de *ausencia de disposición*, que la norma en cuestión carece de *efecto retroactivo*.

En cualquier caso, la aplicación de esta regla general de irretroactividad prevista en el art. 2.3 CC no genera una gran problemática en sí misma, en la medida en que se concibe como una presunción de no retroactividad. Efectivamente, el principio de irretroactividad es una regla general sobre aplicabilidad temporal de las normas que, por un lado, debe ser necesariamente completada con otros criterios sobre aplicabilidad temporal.

Nos interesa el análisis del principio general de irretroactividad formulado en el ordenamiento tributario (art. 10.2 LGT 2003), pues este principio, resulta de aplicación preferente en materia tributaria.

### ***3.11.3 El principio de irretroactividad en la Ley General Tributaria***

Hasta la aprobación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre (Ley General Tributaria) no existía en el ordenamiento tributario español ningún mandato específico sobre el principio

general de irretroactividad. Utilizando la aplicación general y supletoria de la presunción de no retroactividad establecida en el artículo 2.3 del Código Civil.

Sin embargo, la Ley General Tributaria de 2003, en su artículo 10, dedicado al “*Ámbito temporal de las normas tributarias*”, sí incluye una disposición en este sentido, con la siguiente redacción (art. 10, apartado 2):

Salvo que se disponga lo contrario, las normas tributarias no tendrán efecto retroactivo y se aplicarán a los tributos sin período impositivo devengados a partir de su entrada en vigor y a los demás tributos cuyo período impositivo se inicie desde ese momento. No obstante, las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias y el de los recargos tendrán efectos retroactivos respecto de los actos que no sean firmes cuando su aplicación resulte más favorable para el interesado.

En la primer parte del mencionado artículo (“*salvo que se disponga lo contrario, las normas tributarias no tendrán efecto retroactivo*”) contiene una mera reiteración de lo dispuesto en el artículo 2.3 CC (“*las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario*”), específicamente previsto para todas las “*normas tributarias*”. El precepto no distingue, por tanto, entre normas tributarias *sustantivas* y *procedimentales*; sólo se exceptúan de esta regla general, en la segunda parte del art. 10.2 LGT, “*las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias y el de los recargos*”, que sí “*tendrán efectos retroactivos respecto de los actos que no sean firmes cuando su aplicación resulte más favorable para el interesado*”.

Ante todo, hay que señalar que el art. 10.2.1º LGT establece *criterios supletorios* para el intérprete tributario, que deben aplicarse “*salvo que se disponga lo contrario*”. Esta disposición en contrario puede ser tanto *expresa* como *implícita*. Así pues, el art. 10.2.1º LGT admite disposición expresa o implícita en contrario (siempre que sea inequívoca), del mismo modo que la regla general de irretroactividad prevista en el art. 2.3 CC, que constituye una presunción *iuris tantum* de no retroactividad. En definitiva, este precepto fija los criterios para determinar la aplicabilidad temporal de las normas tributarias en ausencia de disposición particular.

El intérprete ha de tener en cuenta a la hora de determinar la ley aplicable a un caso, es si las normas en cuestión contienen alguna cláusula expresa o implícita sobre su aplicabilidad temporal. Estas cláusulas *ad hoc* (*cláusulas particulares*) deben prevalecer sobre el principio



general de irretroactividad en el plano de la aplicación normativa. El único límite al establecimiento de estas cláusulas sobre aplicabilidad temporal se encuentra en los principios constitucionales, en particular los principios sobre aplicabilidad temporal de las normas (principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales; principio de retroactividad de las normas sancionadoras más favorables; etc.), que vinculan a todos los poderes públicos, incluido el Legislador.

### 3.11.3.1 Retroactividad implícita o “natural”

Podemos decir que la retroactividad será *expresa* cuando aparezca declarada en el propio texto de la ley<sup>870</sup>, bien a través de disposiciones transitorias que determinen las esferas de vigencia temporal de la antigua y la nueva disposición<sup>871</sup>, bien a través de la simple declaración, sin mayores precisiones, de su carácter retroactivo. La retroactividad será *tácita* cuando se deduzca de la naturaleza y finalidad de la norma. La retroactividad implícita o tácita o natural es aquella retroactividad que, ante la *ausencia de referencias temporales expresas* que la indiquen, sólo puede deducirse mediante una previa labor interpretativa del *contenido* de la concreta disposición, esto es, del *ámbito temporal de aplicabilidad directa* de la norma, al que implícitamente se refieren su presupuesto de hecho y su consecuencia jurídica.

En función de la complejidad de la disposición y de otras circunstancias existirán supuestos de retroactividad más o menos “oculta”, y, al tratarse de una cuestión de interpretación jurídica, en ocasiones incluso será difícil precisar cuándo un determinado supuesto es de retroactividad expresa o implícita. Al respecto, podemos decir que existe un amplio espectro de posibilidades, desde una retroactividad abiertamente manifiesta hasta una retroactividad oculta.

En estrecha conexión con la idea de retroactividad implícita (esto es, la retroactividad deducida del contenido y finalidad de la ley), la doctrina ha identificado una tipología de normas a las que, por su propia “naturaleza”, se confiere “normalmente” carácter retroactivo.

---

<sup>870</sup> Vid. ROUBIER, Paul: *Les conflicts de lois dans le temps*: (théorie dite de la non -retroactivité des lois), Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 42.

<sup>871</sup> Vid. ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*. I, Introducción y parte general, 11. ed., Edisofer, Barcelona, 1989, p. 202.

El Prof. DE CASTRO señala cinco tipos de normas que, por su carácter o naturaleza, implican normalmente un efecto retroactivo: *a) las disposiciones interpretativas; b) las disposiciones complementarias o ejecutivas; c) las leyes y disposiciones de estricto carácter procesal; d) las disposiciones de carácter prohibitivo, derogatorio, urgente y persecutorio de anteriores fraudes; y e) las disposiciones que tengan como objeto establecer un régimen general y uniforme*<sup>872</sup>.

En definitiva, la retroactividad “tácita” o “natural” consiste en deducir ciertos supuestos de retroactividad, sobre la base de que las reglas de la experiencia muestran su carácter “normalmente” retroactivo. Dedución que implicará siempre la búsqueda, por vía interpretativa, de la voluntad del legislador. A este propósito hay que precisar que la existencia de un catálogo de normas calificadas por la doctrina como «naturalmente» retroactivas no puede predeterminar el resultado de su interpretación, pues la voluntad del legislador no está supeditada a criterios o clasificaciones doctrinales<sup>873</sup>.

Para que la retroactividad pueda deducirse vía interpretación, debe inferirse claramente del sentido y finalidad de la norma, esto es, debe existir una *voluntad inequívoca* del titular de la potestad normativa al respecto. Hay que tener en cuenta que los criterios interpretativos para afirmar la retroactividad deben ser restrictivos, sobre todo si se trata de una norma desfavorable para los contribuyentes.

Así pues, los supuestos de retroactividad natural también son asignables a las normas tributarias, las normas que contengan disposiciones interpretativas, ejecutivas, procesales, abolicionistas y las que establezcan un régimen general y uniforme. Se trata de disposiciones

---

<sup>872</sup> Vid. CASTRO Y BRAVO, Federico de: *Derecho civil de España*. t. I, Civitas, Madrid, 2008, p. 652; Vid. ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil, I...cit.* p. 203, señala que: « Hay cierto tipo de disposiciones que implican su retroactividad, por ejemplo, las interpretativas, las ejecutivas, las que traten de unificar totalmente la regulación de la figura a que se refieran, etc. En muchas ocasiones el Tribunal Supremo ha afirmado que las leyes de las mencionadas clases son retroactivas. Así, según la sentencia de 21 enero 1958, las aclaratorias e interpretativas, según la de 11 marzo 1975 las interpretativas, según la antes mencionada, de 26 mayo 1969, las que tratan de unificar la regulación de la figura a que se refieren, y según la de 16 junio 1956, el principio de irretroactividad no es aplicable por su propia naturaleza y alcance, cuando se trata de normas que son mero desarrollo de otras o procuran exclusivamente su ejecución o denuncian su propósito ampliamente rectificador de situaciones morales o sociales con las que la nueva ley se declara incompatible o, como ocurre en el caso, cuando persiguen un designio interpretativo o aclaratorio».

<sup>873</sup> Vid. TUHR, Andreas von: *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*. Vol. I. 1., Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 76.

de muy diversas finalidades y naturalezas, que requieren un análisis diferenciado. Y por su importancia, analicemos un poco acerca de la retroactividad de las normas interpretativas.

El *fundamento* de esta regla general de retroactividad de las disposiciones interpretativas o aclaratorias se encuentra en su carácter meramente *declarativo* del significado de una norma anterior, y no innovador. De ahí que se afirme que la norma interpretativa queda *incorporada* a la norma interpretada, formando ambas una *unidad*; de forma que el inicio de aplicabilidad de la primera debe hacerse en todo caso coincidir con el inicio de aplicabilidad de la norma interpretada. Por carecer de efectos innovadores o constitutivos, esta retroacción de la aplicabilidad de la disposición interpretativa se ha calificado como “retroactividad aparente”. En la actualidad, en cambio, se mantiene simplemente que este efecto retroactivo es “natural”, consustancial al carácter o naturaleza de la disposición interpretativa<sup>874</sup>.

Hay que decir que las normas interpretativas, cuando imponen con carácter vinculante uno de los diversos significados de la norma interpretada, excluyendo el resto, producen cierta innovación en el ordenamiento. No obstante, ello no impide seguir distinguiendo entre normas interpretativas (que concretan el sentido de la norma anterior, dentro de las posibles opciones interpretativas) y normas innovadoras *stricto sensu* (que modifican su contenido). El intérprete y aplicador jurídico debe discernir cuál es el carácter o naturaleza de la norma en cuestión, pues de ello puede depender su aplicabilidad temporal. Si la nueva norma se limita a declarar uno de los posibles significados de la norma anterior, existe un importante indicio para el intérprete de su aplicabilidad en todos los procesos pendientes y futuros, con respeto en todo caso a las situaciones jurídicas consolidadas<sup>875</sup>.

Uno de los principales problemas que se plantean en este punto es la práctica abusiva, tanto por el Legislador como por el titular de la potestad reglamentaria, consistente en

---

<sup>874</sup> Vid. VILLAR EZCURRA, Marta: *Las disposiciones aclaratorias en la práctica jurídica*, Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 108-111.

<sup>875</sup> Vid. JÈZE, Gaston: «Les lois interprétatives. Contribution à l'étude du principe de la non-rétroactivité des lois», *Revue du Droit Public*, 1924, pp. 181-182. El autor reprocha la utilización del efecto retroactivo de las normas interpretativas como criterio de regla general, que en el ordenamiento francés permitía incluso la revisión de sentencias firmes, siempre que no hubiesen sido ejecutadas ignorando así el límite de las “situaciones consolidadas”.

calificar formalmente una disposición como “interpretativa”, sin que la misma tenga tal carácter, con el fin de que sea aplicada retroactivamente.

En estos casos, si el aplicador jurídico considera que, pese a la calificación expresa de norma interpretativa, se trata de una efectiva modificación, deberá abstenerse como regla general de su aplicación retroactiva, e incluso podrá plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad o ilegalidad por la indebida calificación.

Además, mismo las normas de interpretación auténtica, suponiendo que las normas en cuestión tengan efectivamente dicho carácter, tampoco puede afirmarse una regla automática de retroactividad en el plano de la aplicación jurídica. En primer lugar, el órgano de aplicación del Derecho debe determinar que las situaciones consolidadas (por sentencia firme, transacción, prescripción...) constituyen un límite a la retroactividad de la norma interpretativa. Éste es un límite tradicional a la aplicación temporal de las nuevas normas, aplicable a las normas que por regla general son retroactivas. En segundo lugar, la ley de interpretación auténtica no deberá aplicarse retroactivamente si con ello puede producirse vulneración de algún precepto constitucional, como, por ejemplo, del principio de seguridad jurídica<sup>876</sup>. En este caso, si la ley dispone *expresamente* su retroactividad y existen dudas de constitucionalidad al respecto, habrá que plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad. Si no existe tal disposición expresa, el aplicador jurídico deberá interpretar la norma de conformidad con la Constitución, absteniéndose de determinar una voluntad normativa de retroactividad si la misma suscita dudas de constitucionalidad.

Otros supuestos catalogados como de retroactividad natural también sufren objeciones. Su eficacia retroactiva no puede considerarse “automática”, más bien como regla general de interpretación útil para determinar el ámbito temporal de aplicabilidad de las normas.

En el caso de las disposiciones *ejecutivas* o de *desarrollo* reglamentario de preceptos legales se produce una curiosa situación, y es que gran parte de la doctrina afirma su “retroactividad natural”, mientras que al mismo tiempo se mantiene un principio general de

---

<sup>876</sup> P. ej.: proteger al ciudadano frente a la retroactividad de una interpretación legal diversa a la mantenida pacíficamente por la jurisprudencia con anterioridad.

irretroactividad de las normas reglamentarias<sup>877</sup>. Pues bien, ninguna de las dos afirmaciones es totalmente correcta<sup>878</sup>.

En el ordenamiento jurídico español<sup>879</sup> no se establece de forma expresa una prohibición general de retroactividad para los reglamentos. Sin embargo, existe un convencimiento sobre la vigencia de esta prohibición, considerada tradicionalmente una regla propia del Derecho Administrativo<sup>880</sup>.

Sin embargo, el art. 57.3 LRJPAC<sup>881</sup>, trae la posibilidad de establecer la *excepcionalidad de su eficacia retroactiva*. El artículo 57 LRJPAC se encuentra ubicado en el Título V (*De las disposiciones y los actos administrativos*), Capítulo III (*Eficacia de los actos*), y en el mismo se regulan los *efectos* de los actos administrativos, estableciéndose dos *reglas generales*, en sus apartados 1 y 2: los actos administrativos “*producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa*” (apdo. 1) y su “*eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior*” (apdo. 2). En estos dos apartados tenemos un amplio margen a la determinación del inicio de eficacia de los actos administrativos, mientras en el tercero permite que al administrador que otorgue eficacia retroactiva a las disposiciones administrativas desde que sea para lograr *efectos favorables* para los ciudadanos o en sustitución de reglamentos anulados.

---

<sup>877</sup> Vid. LÓPEZ MENUDO, Francisco: *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982, p. 231 y ss.

<sup>878</sup> Efectivamente, las normas reglamentarias de los impuestos sobre la renta suelen aplicarse *retroactivamente* desde el inicio del período impositivo en curso al tiempo de su aprobación y publicación, fijando expresamente el inicio de su aplicación anterior a la fecha de entrada en vigor de forma coincidente con el inicio de aplicación de la Ley a la que desarrollan. Ahora bien, si el nuevo Reglamento se aprueba y publica transcurridos varios períodos impositivos desde la entrada en vigor de la Ley a la que desarrolla, no suele aplicarse retroactivamente, sino a partir del período siguiente a su aprobación y publicación.

<sup>879</sup> Mucho menos en el brasileño.

<sup>880</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de derecho administrativo*, 10. ed., tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2000, p. 96.

<sup>881</sup> Art. 57.3 LRJPAC: *Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.*

Apartando, entonces, el postulado de la retroactividad natural de los reglamentos, el Prof. LÓPEZ MENUDO<sup>882</sup>, afirma que este supuesto “*principio general de irretroactividad de los reglamentos*” (una prohibición general de su retroactividad como criterio formal), no sólo *carece de fundamento legal o constitucional claro*, sino que además resulta doblemente inadecuado, por dos razones. En primer lugar, porque esta prohibición general se ha rodeado de tantas *excepciones*, formuladas como reglas *apriorísticas* de “retroactividad natural”, que la supuesta prohibición ha quedado vacía de contenido. Pero es que además, y ello tiene una mayor importancia, con esta generalizada postura se consigue un efecto contrario al querido, esto es, un menor control de la retroactividad reglamentaria; ya que dichos supuestos de retroactividad “natural” actúan como patente de corso o títulos legitimadores del reglamento retroactivo, eludiendo un enjuiciamiento de fondo del mismo.

No obstante, lo cierto es que, aunque no exista una prohibición específica de retroactividad para las normas reglamentarias, los reglamentos no gozan de la misma libertad de configuración que las Leyes, y esto también debe tenerse en cuenta en el ámbito de la irretroactividad normativa. La irretroactividad de los reglamentos está garantizada no sólo por los límites generales a la retroactividad de las normas (tanto el principio constitucional de irretroactividad, como otros principios y garantías constitucionales), sino también por aquellos otros límites específicamente derivados de la configuración constitucional de la potestad reglamentaria.

El ejercicio de la potestad reglamentaria cuenta con unos *límites formales y materiales* específicos que refuerzan su control respecto a las Leyes. De este modo, una regulación con el mismo contenido y eficacia retroactiva (en materia no reservada a la Ley) podría resultar inadmisibles en el caso del reglamento y no así en el caso de la Ley. Como señala el Prof. LÓPEZ MENUDO en una de sus conclusiones, “*los reglamentos, al igual que las leyes, pueden ser retroactivos pero, a diferencia de éstas, no pueden infringir sus límites formales y sustanciales*”<sup>883</sup>.

Ya cuanto al supuesto de retroactividad de las disposiciones de carácter *procesal*, se afirma que las disposiciones de carácter adjetivo tienen un efecto retroactivo “natural” o

---

<sup>882</sup> Vid. LÓPEZ MENUDO, Francisco: *El principio de irretroactividad...cit.*, p. 337 y ss.

<sup>883</sup> Vid. LÓPEZ MENUDO, Francisco: *El principio de irretroactividad...cit.*, p. 340.

“tácito”, consustancial a su carácter *instrumental* respecto de un derecho o situación sustantiva surgido en el pasado, se está adoptando un punto de referencia temporal erróneo. La eficacia temporal de una norma debe determinarse por referencia a su objeto de regulación o presupuesto de hecho, que en este ámbito es siempre una determinada fase o aspecto del procedimiento. Hay, simplemente, las opciones de cuatro posibilidades de acción de una norma procedimental en el tiempo: *a)* su aplicación a procedimientos, o bien a actos procedimentales, ya concluidos en el pasado (retroactividad); *b)* su aplicación a actos procedimentales iniciados pero todavía no concluidos al tiempo de su publicación (aplicabilidad inmediata respecto del concreto presupuesto de hecho regulado); *c)* su aplicación a actos futuros de procedimientos en curso (aplicabilidad inmediata respecto de la situación global – el procedimiento– pero no respecto del hecho; esta eficacia supone cierta ultractividad de la normativa anterior – respecto a los actos o fases procedimentales en curso–); *d)* su aplicación sólo a actos o trámites de procedimientos iniciados con posterioridad a su publicación (ultractividad de la norma anterior y prospectividad de la nueva norma).

Estas diversas posibilidades de eficacia temporal de la norma procedimental ponen de manifiesto la incorrección de afirmar su “retroactividad natural”; pues ello significaría mantener, como regla general, que las nuevas normas procedimentales deben permitir revisar aquellos actos ya tramitados conforme a la normativa anterior. Ni siquiera manteniendo una concepción amplia de la retroactividad, entendida como toda aplicación de la nueva norma a los procedimientos en curso, puede decirse que éste sea el efecto “normal” o “general” de las normas procedimentales. Las normas procedimentales no son “naturalmente retroactivas”, como suele afirmarse.

Un somero examen de nuestro ordenamiento positivo tributario pone de relieve que, por el contrario, la tendencia general del Legislador es la ultractividad o mantenimiento de la aplicabilidad de la normativa anterior para regular los procedimientos en curso, en todas sus fases, hasta su total extinción<sup>884</sup>. Junto a esta regla general, encontramos también cláusulas que disponen la *aplicabilidad inmediata* de la nueva norma para regular los procedimientos en curso.

---

<sup>884</sup> Disposición Transitoria Tercera, apdo. 1, de la LGT: “1. Los procedimientos tributarios iniciados antes de la fecha de entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior a dicha fecha hasta su conclusión, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente”.

Los últimos dos supuestos que la doctrina cataloga como de “retroactividad natural” son los de las leyes abolicionistas y las leyes que establecen un régimen uniforme. En ambos casos, el fundamento que subyace a la afirmación de su retroactividad – como “presunción general” – es la finalidad de la norma, dirigida a hacer efectivas importantes *exigencias de interés común*. Ahora bien, una cosa es admitir esta finalidad de la norma como justificación o causa de admisibilidad de su retroactividad, y otra muy distinta afirmar que el intérprete y aplicador jurídico deba presumir tal carácter retroactivo. Ésta es la crítica fundamental que cabe hacer también a estos últimos supuestos de retroactividad tácita o natural.

### *3.12 Retroactividad de las sentencias en materia tributaria*

#### ***3.12.1 La eficacia temporal de las sentencias: i) Eficacia declarativa; ii) constitutiva; iii) y condenatoria***

Las sentencias, resoluciones jurisdiccionales que ponen fin al proceso, existen como acto jurídico perfecto desde la fecha en que se dictan, y despliegan su eficacia, como regla general, a partir de su notificación a los interesados.

No obstante, la eficacia de las sentencias depende de su carácter, y a tal efecto podemos distinguir las sentencias declarativas, las sentencias constitutivas y las sentencias condenatorias<sup>885</sup>.

Las sentencias *declarativas* se limitan a declarar la existencia de una situación jurídica anterior, en los términos en que ésta existía efectivamente. Por el contrario, las sentencias constitutivas y las sentencias condenatorias no se limitan a este efecto declarativo, sino que producen además un efecto autónomo, al disponer la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, y, en el caso de las sentencias condenatoria, imponen una prestación determinada (de dar, hacer o no hacer) a la parte contra la que se mantuvo la pretensión.

Las sentencias, como actos de aplicación de una norma jurídica general a un caso concreto, del mismo modo que los actos administrativos, manifiestan una natural retrospectividad, esto es, se refieren siempre a situaciones o hechos producidos en el pasado.

---

<sup>885</sup> Vid. GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, tomo I, 4. ed., Civitas, Madrid, 1998, pp. 480-482.



Las leyes operan prospectivamente, hacia el futuro, mientras que las sentencias operan retrospectivamente, hacia el pasado. No obstante, las sentencias que producen un efecto jurídico autónomo (en el caso de las sentencias constitutivas, este efecto es la creación, modificación o extinción de una situación jurídica; en el caso de las sentencias condenatorias, el efecto es la imposición de una obligación de dar, hacer o no hacer, a la parte condenada) no sólo son “retrospectivas”, sino que además pueden anticipar o aplazar sus propios efectos jurídicos.

Nos interesa analizar esta eficacia temporal de las sentencias: la dimensión temporal de sus propios efectos jurídicos. El análisis se centrará precisamente en la eficacia temporal de aquellas sentencias que declaran la invalidez de una norma anterior en materia tributaria; cuestión que tiene una relación directa con la revisión de los actos tributarios dictados en aplicación de la norma en el pasado. Como señala el Prof. GUASTINI, estas sentencias son “declarativas” de la invalidez de la norma, pero “constitutivas” de la pérdida absoluta de su aplicabilidad o eficacia<sup>886</sup>.

### ***3.12.2 Eficacia temporal de las sentencias que anulan normas tributarias en las declaraciones de inconstitucionalidad***

#### ***3.12.2.1 delimitación general***

Ahora, se busca analizar la dimensión temporal de la inconstitucionalidad en Derecho tributario; esto es, la eficacia en el tiempo de las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley.

El análisis de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes se sitúa en el marco de la teoría de la anulación de normas. Con la anulación, la norma deja de existir jurídicamente y es expulsada del ordenamiento. Aun así, existen importantes diferencias con el instituto de la derogación, pues ésta procede de un juicio de oportunidad política realizado por el titular de la potestad normativa (Legislador o Administración), y no de un juicio de *validez*, producto del principio de jerarquía normativa, que corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional<sup>887</sup>.

---

<sup>886</sup> Vid. GUASTINI, Riccardo: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 314.

<sup>887</sup> Vid. ESPOSITO, Carlo: *Illegittimità costituzionale e abrogazione*, Giurisprudenza costituzionale, A. Giuffrè, Milano, 1958, p. 828 y ss.

Desde luego, la *invalidéz* de la norma, entendida como *disconformidad* con las normas que regulan su producción y contenido, se verifica desde el inicio de su propia existencia, el efecto que se produce desde dicho momento (*ex tunc*) es el de la pérdida de aplicabilidad, y no el cese de juridicidad. Esto último supondría negar la existencia en el pasado de un intervalo de juridicidad de la norma anulada.

Como hemos señalado, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es “declarativa” de su *invalidéz* y “constitutiva” de la pérdida (absoluta) de su aplicabilidad o eficacia. En este sentido, la declaración de inconstitucionalidad es retroactiva, pues sitúa el tiempo de producción de su efecto jurídico en un momento anterior a su propia publicación. Por consiguiente, a partir de la publicación de la sentencia en la que se declara la *invalidéz* de la norma, ésta deviene absolutamente inaplicable por los órganos administrativos y jurisdiccionales, incluso para el enjuiciamiento de los hechos concluidos durante su vigencia. Además, la eficacia *ex tunc* de las declaraciones de inconstitucionalidad supone que los efectos jurídicos producidos por la norma en el pasado deben ser también suprimidos.

En cambio, según la concepción kelseniana, derogación y declaración de inconstitucionalidad despliegan la misma eficacia temporal. Ello responde al modelo kelseniano de jurisdicción constitucional, en el que las declaraciones del Tribunal Constitucional sólo producen efectos “*pro futuro*”, manteniéndose la eficacia de la norma en el pasado. En el ordenamiento austríaco, fiel a este modelo, siempre ha existido la posibilidad de aplazar el cese de juridicidad de la norma inconstitucional, para que el legislador pueda modificarla o sustituirla, aplicándose provisionalmente durante dicho plazo la norma inconstitucional.

En cambio, la tradición jurídica de jurisdicción constitucional atribuye a la declaración de inconstitucionalidad los efectos *ex tunc* de la *nulidad* (la norma es inválida *ab initio*, desde el momento de su aprobación), existe mayor resistencia a aceptar un plazo de continuación de la aplicación de la norma inconstitucional.

En cualquier caso, la eliminación retroactiva de los efectos jurídicos producidos por la aplicación de la norma en el pasado tiene unos límites. Estos límites se refieren a los actos jurídicos materiales realizados en aplicación de la norma (tanto por los particulares, como por los órganos de aplicación).

Se trata, entonces, de determinar qué situaciones deben entenderse “extinguidas”, al efecto de excluirlas del ámbito de eficacia (retroactiva) de la declaración de inconstitucionalidad.

El límite previsto en el ordenamiento jurídico español a la revisión de los efectos jurídicos producidos por la norma declarada inconstitucional es el de la cosa juzgada (art. 40.1 LOTC<sup>888</sup>).

El Tribunal Constitucional ha interpretado este límite en un sentido amplio, como resolución firme de un procedimiento, sea judicial o administrativo. Además, los propios Tribunales Constitucionales han ampliado este límite a otros supuestos, en los que no existe tal resolución judicial o administrativa firme. Así, por ejemplo, a los supuestos de extinción de la obligación (cumplimiento, prescripción, compensación, etc.), independientemente de la existencia de un pronunciamiento administrativo o judicial sobre la misma.

En Derecho tributario, la cuestión de los efectos retroactivos de las declaraciones de inconstitucionalidad tiene una importancia fundamental, por lo que respecta a la posibilidad de dejar sin efecto el pago realizado en aplicación de la norma nula, esto es, el derecho a la devolución del ingreso tributario.

Si atendemos a la concepción amplia de “*causae finitae*” o “situación extinguida” apuntada antes, el límite a tal restitución se situaría en la propia prescripción del derecho; límite que quedaría salvado, no obstante, si se situase el nacimiento del derecho a la devolución, no desde la realización del ingreso (*ab origine*), sino a partir de la publicación de la sentencia que declara la nulidad de la norma. Sin embargo, a tal extensión retroactiva de los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad pueden oponerse graves motivos de interés general, como p. ej. la producción de un posible desequilibrio financiero insostenible.

---

<sup>888</sup> Art. 40.1 LOTC: “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”. Este límite hunde sus raíces en la doctrina romanista clásica de las “*causae finitae*”.

Se plantea entonces el alcance de la determinación por el Tribunal Constitucional de los efectos en el tiempo de sus declaraciones de inconstitucionalidad.

El profesor Eliseo AJA, afirma que sería conveniente que las leyes reguladoras de la jurisdicción constitucional, o en su caso las Constituciones, admitieran la posibilidad de que los Tribunales se dirijan al legislador para exigir, en plazos razonables, la aprobación de las normas que remedien la inconstitucionalidad<sup>889</sup>. Constatamos en este sentido una relativización de los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de las declaraciones de inconstitucionalidad.

Especialmente en el ámbito tributario, la salvaguarda de las “situaciones consolidadas” fomenta una avalancha de recursos administrativos y jurisprudenciales con el fin de mantener “abiertos” los actos administrativos, para que éstos puedan “beneficiarse” de una posible sentencia estimatoria.

A este problema se añade el del “vacío normativo” que se produce como consecuencia de la expulsión *automática* de la norma inconstitucional que resulta del clásico modelo de *legislador negativo*.

El tránsito “pacífico” en el restablecimiento de la constitucionalidad requiere que consideraciones como la seguridad jurídica, la libertad de configuración del legislador o las repercusiones económicas de una sentencia prevalezcan sobre la inmediata supremacía de la Constitución<sup>890</sup>.

### 3.12.2.2 El binomio inconstitucionalidad - nulidad

Ante la necesidad de restringir la eficacia *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad, más allá de los términos previstos en la LOTC, el TC español admitió por primera vez en su STC 45/1989, de 20 de febrero<sup>891</sup>, la posible escisión de los institutos de la inconstitucionalidad y la nulidad.

---

<sup>889</sup> Vid. AJA, Eliseo: *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 291.

<sup>890</sup> Vid. AJA, Eliseo: *Las tensiones entre el Tribunal...cit.*, p. 287.

<sup>891</sup> Por la que se declaraba la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 44/1978, del IRPF.

El TC acogió en este pronunciamiento la declaración de “mera inconstitucionalidad”. Lo cierto es que el Tribunal Constitucional no tiene como cierto el con apoyo expreso en el Derecho positivo para llevar a cabo esta escisión.

El tenor literal del art. 39.1 LOTC sí deja margen en principio a la misma<sup>892</sup>. Esta modulación de los efectos de la sentencia constitucional sin apoyo legal expreso fue también la opción adoptada inicialmente por el *Bundesverfassungsgericht*, con anterioridad a la modificación de su Ley reguladora en 1970.

La escisión de los conceptos de inconstitucionalidad y nulidad operada en la STC 45/1989, de 20 de febrero, no ha supuesto, sin embargo, un abandono de los clásicos efectos “*ex tunc*” de la declaración de inconstitucionalidad. La admisión de las declaraciones de “mera inconstitucionalidad” ha significado la adopción de la teoría prospectiva propia.

El TC mantiene los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad, pues entiende que se puede modular dicha eficacia retroactiva. La norma inconstitucional deja de aplicarse inmediatamente tras la publicación de la declaración de inconstitucionalidad y ésta tiene efectos *ex tunc*, pues permite revisar las situaciones “no firmes”, por haber sido impugnadas en tiempo y forma.

Por tanto, la declaración de inconstitucionalidad es *retroactiva* en un sentido *material* y no permite la continuación de la aplicación de la norma declarada inconstitucional sobre las situaciones pendientes. Los efectos de la “simple inconstitucionalidad”, tal como se muestran configurados en la STC 45/1989, de 20 de febrero, suponen: i) La declaración de inconstitucionalidad despliega una eficacia “*ex tunc*” o retroactiva en relación con las situaciones “no consolidadas”, por haber sido impugnadas en tiempo y forma con anterioridad a la publicación de la sentencia (situaciones *revisables*). No afecta en cambio a las situaciones decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada ni a las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes, ni a los pagos realizados (situaciones *irrevisables*); ii)

---

<sup>892</sup> art. 39.1 LOTC: “Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”.

Dado que la eficacia “*ex tunc*”, con el alcance descrito, no permite la continuación de la aplicación de la ley declarada inconstitucional, se produce una situación de “vacío legal”.

En la STC 45/1989, de 20 de febrero, la nulidad de la norma que obliga a la tributación conjunta incide en el conjunto del “sistema trabado” del IRPF, impidiendo su aplicación tras la publicación de la sentencia, hasta que se apruebe una nueva norma constitucionalmente admisible que colme la laguna normativa con carácter retroactivo. Por tanto, no existe para las situaciones revisables un régimen jurídico inmediatamente aplicable<sup>893</sup>.

La solución de Derecho intertemporal sobre la eficacia en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad adoptada en la STC 45/1989, de 20 de febrero, conlleva necesariamente la existencia con carácter provisional de un vacío normativo, desde que se publica la sentencia hasta la aprobación de la nueva normativa, pues a partir de ese momento ya no puede aplicarse la norma inconstitucional. Ello plantea algunos problemas, principalmente en materia de devolución de ingresos y en materia sancionadora.

### ***3.12.3 Efectos de la nulidad de la norma tributaria sobre sus actos de aplicación***

La eficacia temporal de la declaración de inconstitucionalidad determina su incidencia en los actos de aplicación de la norma y, en el caso de las leyes tributarias, en los ingresos efectuados en cumplimiento de las mismas.

Así, en la fase inicial de la jurisprudencia constitucional, mediante una interpretación estricta de los artículos 39.1 y 40.1 LOTC, se mantenía la correspondencia entre los conceptos de inconstitucionalidad y nulidad sin excepción y se confería a toda declaración de inconstitucionalidad los efectos del concepto tradicional de nulidad, esto es, efectos *ex tunc*, con el límite de la fuerza de cosa juzgada.

---

<sup>893</sup> La Resolución de 28 de febrero de 1989, del Secretario General de Hacienda, señala: “La Administración tributaria (...) comprobará e investigará la situación tributaria de los sujetos pasivos del IRPF por los períodos impositivos finalizados antes del 11 de enero de 1988 (...). No obstante, entre tanto no hayan entrado en vigor las modificaciones o adaptaciones normativas en las disposiciones propias del impuesto derivadas de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989, los órganos (...) de la Administración tributaria se abstendrán de practicar liquidaciones provisionales o definitivas, relativas al IRPF por los períodos impositivos antes mencionados, así como de resolver recursos de reposición pendientes contra liquidaciones de esta clase. Estas liquidaciones o resoluciones serán dictadas una vez promulgadas aquellas modificaciones o adaptaciones, de acuerdo con las mismas (...)”.

Por tanto, se permitía revisar toda situación producida bajo la vigencia de la ley declarada inconstitucional que no hubiera sido resuelta por sentencia judicial firme. La revisión de los actos dictados al amparo de la norma inconstitucional debe realizarse *caso por caso*, ya que de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma de cobertura no se deriva automáticamente la invalidez de sus actos de aplicación.

Esta cuestión ha sido y es fuente de polémica doctrinal y jurisprudencial, pues a la invalidez de los actos dictados se suma la pretensión de devolución de las cantidades satisfechas en virtud de la norma inconstitucional<sup>894</sup>.

Por ese motivo, se plantea todavía hoy la cuestión de *en qué casos* y mediante *qué procedimiento* puede el sujeto *instar* la anulación de las liquidaciones o autoliquidaciones tributarias, así como el reconocimiento y ejecución de un derecho a la devolución de los ingresos efectuados en su cumplimiento.

### 3.12.3.1 Revisión de actos: el límite de la firmeza

En el ordenamiento jurídico español, existen diversos preceptos que contemplan los efectos de la declaración de nulidad de las normas jurídicas y, en particular, el límite de la firmeza.

Este límite se considera compatible con las exigencias de seguridad jurídica. En primer lugar, por lo que respecta a las declaraciones de inconstitucionalidad, el art. 40.1 LOTC dispone lo siguiente: “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como

---

<sup>894</sup> Al respecto, podemos citar en materia tributaria el ejemplo de las SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, y 19/1987, de 17 de febrero, que declararon la *inconstitucionalidad y nulidad* de determinadas normas tributarias. En este caso el Gobierno entendió – sin que el TC lo determinara expresamente – que debía devolver las cantidades ingresadas en exceso. Para ello, aprobó un procedimiento “*ad hoc*” de devolución de ingresos indebidos, otorgando un plazo preclusivo para su inicio (procedimiento regulado en el RD 1959/1986, de 29 de agosto, y en el Real Decreto-Ley 1/1987, de 10 de abril, respectivamente, para cada uno de los pronunciamientos). Este reconocimiento por parte del Gobierno del derecho a la devolución como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la ley tributaria no es obligado y, de hecho, no ha vuelto a producirse.

consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”.

También en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, encontramos una previsión legal al respecto en el artículo 73 de la LJCA: “Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes, que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”.

Por último, en el ámbito de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, existe también un precepto específico en la materia (art. 19.2 TRLHL), con el siguiente tenor: “Si por resolución judicial firme resultaren anulados o modificados los acuerdos locales o el texto de las Ordenanzas fiscales, la Entidad local vendrá obligada a adecuar a los términos de la sentencia todas las actuaciones que lleve a cabo con posterioridad a la fecha en que aquélla le sea notificada. Salvo que expresamente lo prohibiera la sentencia, se mantendrán los actos firmes o consentidos dictados al amparo de la Ordenanza que posteriormente resulte anulada o modificada”.

Aunque los tres preceptos citados se refieren a la misma materia, existen importantes diferencias en su contenido. *La sentencia con fuerza de cosa juzgada* (art. 40.1 LOTC) es un límite a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, que ni los Tribunales ordinarios ni el propio TC pueden soslayar, salvo por lo que respecta a la materia penal y sancionadora más favorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC.

Por extensión, este límite de la sentencia con fuerza de cosa juzgada puede entenderse también aplicable a las declaraciones de nulidad de normas con rango inferior a ley, con la misma excepción en materia penal y sancionadora favorable.

En cambio, el acto administrativo firme (art. 73 LJCA; art. 19.2 TRLHL) o el acto consentido (art. 19.2 TRLHL) no son límites insoslayables para los Tribunales ordinarios como consecuencia de la declaración de nulidad de una norma reglamentaria o, en particular, de una Ordenanza fiscal. Lo que establecen estos preceptos es que la sentencia firme por la



que se declara la nulidad de una norma no permite “*por sí misma*” (art. 73 LJCA) revisar los actos administrativos firmes.

Para que esta revisión pueda llevarse a cabo por los órganos administrativos o judiciales debe existir, o bien una disposición al respecto en la propia sentencia de nulidad (como prevé el art. 19.2 LHL: “*Salvo que expresamente lo prohibiera la sentencia*”), bien un procedimiento de revisión instado por el particular sobre la base de los preceptos legales vigentes.

La Administración pública sólo puede revisar de oficio los *actos* firmes o los actos consentidos si ellos supusieran la exclusión o reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

Por consiguiente, el órgano judicial que dicta la declaración de nulidad dispone de cierto margen de discrecionalidad, tanto para extender los efectos de su declaración, como para limitarlos.

El Tribunal Constitucional, a los efectos de limitar la eficacia retroactiva o *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad, ha adoptado una noción amplia de “situación consolidada” en alguno de sus fallos. El más conocido es el pronunciamiento contenido en la STC 45/1989, donde, junto al límite ya establecido de la “cosa juzgada” (artículo 40.1 LOTC), se suma el del respeto a las actuaciones administrativas firmes, el cual se justifica por la protección del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

El prof. OLIVA SANTOS<sup>895</sup>, señala que a partir de la STC 45/1989, de 20 de febrero, pueden considerarse “situaciones consolidadas”, no susceptibles de revisión, las siguientes: a) las resultantes de sentencia con fuerza de cosa juzgada, en virtud del art. 40.1 LOTC; b) las establecidas por actuaciones administrativas firmes; c) las establecidas por pagos en virtud de autoliquidaciones, según el régimen de sujeción y declaración conjuntas declarado inconstitucional; d) las derivadas de pagos en virtud de liquidaciones provisionales o

---

<sup>895</sup> Vid OLIVA SANTOS, A. DE LA: La STC Pleno 45/1989 (IRPF y declaración conjunta de los casados): una legislación retroactiva y, de nuevo, el principio de igualdad en entredicho”, *La Ley*, 1989, II, p. 1197 y ss.

definitivas acordadas por la Administración, también según el régimen de sujeción y declaración conjuntas declarado inconstitucional.

Como excepción, la STC 45/1989 permite expresamente la revisión de los procesos penales o sancionadores “en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena, o de la sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”, aunque hayan finalizado con sentencia firme. Ésta no es más que una aplicación directa de lo dispuesto en el art. 40 LOTC.

La doctrina mayoritaria española se ha manifestado crítica en relación con este pronunciamiento de la STC 45/1989, ni tanto por la limitación de los efectos “*ex tunc*” de la declaración de inconstitucionalidad en relación con las “actuaciones administrativas firmes”, sino, sobre todo, por su extensión a los pagos efectuados en virtud de autoliquidaciones o liquidaciones practicadas en aplicación de la normativa inconstitucional, impidiendo al obligado tributario obtener la devolución del ingreso efectuado<sup>896</sup>.

Se plantea asimismo la cuestión de si es posible, tras la declaración de inconstitucionalidad, “ejecutar”, exigir coactivamente, los actos de liquidación dictados en aplicación de la norma declarada inconstitucional, que hayan adquirido firmeza con anterioridad a la declaración, pero que no hayan sido todavía satisfechos.

Ante el silencio de la LOTC al respecto, y dada la doctrina sentada en la STC 45/1989, parece desprenderse que la ejecución de actos firmes es posible también con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad. Ahora bien, entre la publicación de la sentencia y la aprobación de la nueva normativa - Ley 20/1989, de 28 de julio<sup>897</sup>, existió un “período transitorio” de “vacío normativo”, puesto que ya no era posible aplicar la normativa declarada parcialmente inconstitucional. Este “*vacío normativo*” fue el argumento que se utilizó en la STC 45/1989 para negar la devolución de ingresos indebidos, puesto que no se disponía de norma tributaria aplicable para cuantificar la cantidad a devolver.

---

<sup>896</sup> Vid. GARCÍA NOVOA, César: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 213-214.

<sup>897</sup> Ley 20/1989, de 28 de julio, de adaptación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas (BOE de 29 de julio) determinó la posibilidad de que los miembros de la unidad familiar optasen por la tributación separada.

La modulación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad que se llevó a cabo en la STC 45/1989 no se ha reproducido en las posteriores declaraciones de inconstitucionalidad de leyes tributarias.

Entendemos que, sobre la base de Derecho positivo existente en la actualidad, si se mantiene la eficacia *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad, debe en principio permitirse la revisión de actos administrativos no impugnados y la devolución de los ingresos efectuados, con el límite de la prescripción. Mientras que, en cambio, si se adopta la doctrina prospectiva *propia* o de efectos *ex nunc (pro futuro)* de la declaración de inconstitucionalidad, no sólo debe mantenerse la validez de los actos de aplicación dictados en el pasado, sin permitir pretensión de restitución alguna (a no ser que la normativa ulterior lo permita, disponiendo su aplicación retroactiva), sino que además se evita el “vacío normativo” con la aplicación *transitoria* de la norma declarada inconstitucional a las “situaciones pendientes” o incluso “futuras”.

La solución adoptada en la STC 45/1989 no deja de constituir una limitación de los efectos *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad, a través de la ampliación del concepto de “situación consolidada”. Esta postura invita a la interposición de recursos con carácter “preventivo”, para evitar que adquieran firmeza actos cuya norma de cobertura podría ser declarada inconstitucional, discriminando por tanto a los sujetos que, confiando en la presunción de legalidad de la norma, consienten y cumplen con el acto, sin impugnarlo.

Este amplio concepto de “situación consolidada”, no deducible de la regulación de la LOTC, no debe trasladarse, al menos necesariamente, como límite a los efectos *ex tunc* de otras declaraciones de inconstitucionalidad. Entendemos por tanto que la doctrina relativa a los *efectos* de la declaración de inconstitucionalidad sentada en la STC 20 febrero 1989 no debe aplicarse con carácter general.

Si el TC determina que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos *ex tunc* y permite revisar las situaciones no concluidas, debe admitirse a mi juicio la *revisión* de toda “situación no consolidada”, entre las que deben incluirse las situaciones “consentidas”, para

evitar tanto el agravio comparativo con los sujetos que no han cumplido, como una avalancha de recursos ante la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad<sup>898</sup>.

No es correcto a mí entender discriminar en todo caso por el hecho de no haber impugnado el acto en los breves plazos preclusivos establecidos al efecto. Por otra parte, el principio de seguridad jurídica en que funda el TC la ampliación del concepto de “situación consolidada”, no tiene la misma intensidad en la protección de la irreversibilidad de los actos declarativos de derecho y la de los actos de gravamen.

En este último caso, la posibilidad de revisión como consecuencia de la declaración de nulidad de la norma de cobertura no debe necesariamente estar restringida por el mero transcurso de los plazos preclusivos para recurrir, esto es, por la firmeza del acto administrativo, sino que debe tener como único límite la prescripción del derecho.

Con ello no negamos que el TC pueda, a pesar del silencio de la LOTC al respecto, modular los efectos hacia el pasado de sus declaraciones de inconstitucionalidad. Ello será incluso necesario, para evitar las consecuencias negativas que puede suponer en determinados casos, especialmente frecuentes en materia tributaria, revisar con efectos *ex tunc* la aplicación en el pasado de una norma declarada inconstitucional.

En estos supuestos se podría *excepcionalmente* declarar una “mera inconstitucionalidad”, no acompañada de nulidad, que permitiría mantener la eficacia de la norma inconstitucional durante un “período transitorio”, sin admitir la revisión de situaciones anteriores y pendientes por la mera declaración de inconstitucionalidad.

Pero, dado que esta doctrina *prospectiva* está adoptada todavía en la jurisprudencia constitucional española, exponemos a continuación cuál entendemos que debe ser la eficacia de las sentencias del TC que declaran la *inconstitucionalidad y nulidad* de una ley tributaria, que es hasta ahora la regla general.

Cuando el TC declara la *inconstitucionalidad y nulidad* de una disposición legal tributaria, sin determinar su alcance, se produce, en principio, conforme a lo dispuesto en el

---

<sup>898</sup> Vid. SERRANO ANTÓN, Fernando: *Las devoluciones tributarias*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, p. 298.

art. 40.1 LOTC, una inconstitucionalidad con efectos *ex tunc*, con el único límite de la “cosa juzgada”. El concepto de “situación consolidada” adoptado en la STC 45/1989 constituye un límite bastante discutible a los efectos *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad, sin apoyo expreso en el Derecho positivo.

Se mantiene por tanto como una *solución intermedia* que podría defenderse a fin de proteger el interés público, pero que no ha sido bien elaborada en la STC 45/1989. La misma justificación de la existencia de un “vacío normativo” como impedimento para hacer efectivo el derecho de devolución, muestra las fisuras de la doctrina del TC hasta el momento.

Por tanto, cuando el TC declara la *inconstitucionalidad y nulidad* de una disposición legal tributaria, en lugar de prever los efectos *ex nunc* de una “simple inconstitucionalidad”, la eficacia de su declaración hacia el pasado ha de permitir revisar todo acto de aplicación que no haya adquirido fuerza de cosa juzgada, por no haber sido impugnado en tiempo y forma.

La declaración de nulidad de la norma no determina automáticamente la invalidez de los actos dictados bajo su amparo. Es necesario proceder a la *revisión* de los mismos, a fin de que la autoridad competente se pronuncie sobre su invalidez por falta de norma de cobertura.

### ***3.12.4 La llamada “doctrina prospectiva” en las sentencias que declaran la simple inconstitucionalidad de la ley tributaria: período interino y aprobación de una nueva ley por el Legislador***

En la doctrina tributaria española está dividida a la posibilidad de diferir los efectos en el tiempo de las declaraciones de inconstitucionalidad, con eficacia “*pro futuro*”<sup>899</sup>. El principal argumento aducido al respecto es la propia dicción de los arts. 39 y 40 LOTC<sup>900</sup>.

---

<sup>899</sup> Vid. GARCÍA NOVOA, César: El principio de seguridad jurídica...*cit.*, pp. 210 y ss.

<sup>900</sup> Art. 39. 1. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.

2. El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso.

Art. 40. 1. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

Para el estudio de este tipo de declaraciones, resulta de interés el análisis de la doctrina constitucional alemana, particularmente por lo que respecta a sus sentencias en materia tributaria: la “simple incompatibilidad con la Constitución” con efectos “*ex nunc*” y el establecimiento de un plazo para legislar, adaptando la normativa a la Constitución.

La Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 4 de abril de 1951 (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG* -), contempla la *nulidad* de las normas declaradas *inconstitucionales* (§ 78 *BVerfGG*). Esto supone en principio los efectos “*ex tunc*” de la declaración de inconstitucionalidad, si bien el § 79.2 *BVerfGG* excluye la revisión de las “resoluciones firmes” que no tengan carácter penal<sup>901</sup>. La Ley de 21 de diciembre de 1970 modificó la *BVerfGG*, mencionando junto a la “declaración de nulidad” la declaración de “simple inconstitucionalidad” (literalmente, de “incompatibilidad con la Constitución”), sin determinar sin embargo ni sus *presupuestos* ni sus consecuencias jurídicas. Ha sido el *BVerfG* el que ha elaborado una doctrina sobre los efectos de sus sentencias. Como señala HERRERA MOLINA<sup>902</sup>, esta construcción del *BVerfG* responde a la preocupación por respetar la libertad de configuración normativa del legislador y al temor a las consecuencias económicas de una declaración de inconstitucionalidad con efectos “*ex tunc*”.

La diversidad de declaraciones del *BverfG*, que modula en cada caso los *efectos* de sus sentencias, aun sin expreso apoyo legal, permite establecer la siguiente tipología: i) Sentencias “admonitorias” (“*Appellentscheidungen*”): en estas sentencias el *BVerfG* no llega a declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, por temor a las consecuencias financieras que aquélla produciría, pero advierte al Legislador de que, de no llevar a cabo su modificación, bien en un plazo razonable, bien en el plazo expresamente determinado al efecto, ésta devendrá inconstitucional<sup>903</sup>; ii) Sentencias que declaran la inconstitucionalidad y nulidad (“*Nichtigkeitserklärung*”): suponen la eficacia retroactiva de la declaración de

---

2. En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

<sup>901</sup> Por “resoluciones firmes” (“*nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen*”) se entiende unánimemente por la doctrina y jurisprudencia alemanas tanto las sentencias firmes como los actos administrativos firmes.

<sup>902</sup> Vid. HERRERA MOLINA, Pedro Manuel : Los efectos de la inconstitucionalidad de las leyes tributarias en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (en especial la ultraactividad transitoria de los preceptos inconstitucionales), *Quincena Fiscal*, n. 13, 1996, pp. 43 y ss.

<sup>903</sup> Vid. HERRERA MOLINA, Pedro Manuel : Los efectos de la inconstitucionalidad...*cit.*, p. 45.

inconstitucionalidad, esto es, permiten revisar situaciones no firmes producidas bajo la vigencia de la ley declarada inconstitucional. El límite a los efectos “*ex tunc*” de este tipo de declaración de inconstitucionalidad se encuentra, a excepción del ámbito sancionador, tanto en las sentencias firmes como en las actuaciones administrativas firmes. En cualquier caso, a partir de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, no es posible la ejecución (“*die Vollstreckung ist unzulässig*”), ni siquiera de actos firmes al tiempo de la declaración; si la deuda no ha sido todavía ingresada, la Administración no puede ya exigirla coactivamente. iii) Sentencias que declaran la “simple incompatibilidad con la Constitución” (“*Unvereinbarkeitserklärung*”): en estas sentencias se adopta la inconstitucionalidad sin nulidad, categoría expresamente admitida en la *BVerfGG*, tras la reforma de 1970. Este tipo de declaración de inconstitucionalidad permite una anulación diferida de la ley declarada inconstitucional, a los efectos de evitar una situación más lesiva del ordenamiento constitucional en su conjunto que la producida por la aplicación de la norma inconstitucional.

A su vez, este tipo de declaración de inconstitucionalidad presenta diversas modalidades: - Inconstitucionalidad con efectos “*ex tunc*” o retroactivos, pero aplazando la ejecución de tales efectos, permitiendo la ultractividad transitoria provisional de las disposiciones inconstitucionales, mediante liquidaciones provisionales. La nueva normativa debe aplicarse retroactivamente, revisándose las citadas liquidaciones provisionales y otras situaciones no firmes. Simple inconstitucionalidad con efectos “*pro futuro*” y ultractividad transitoria de los preceptos inconstitucionales, con carácter provisional o definitivo<sup>904</sup>.

Durante el período transitorio que transcurre entre la publicación de la sentencia que declara la “simple incompatibilidad con la Constitución” y la aprobación de la nueva normativa, el *BVerfG* puede elaborar una normativa “*ad hoc*” aplicable durante dicho *período transitorio* o bien permitir que la normativa declarada inconstitucional siga aplicándose hasta la aprobación de la nueva ley. En este último caso, la permanencia de la eficacia de la norma inconstitucional puede ser sólo *provisional*, con posibilidad de revisar sus efectos mediante la aplicación *retroactiva* de la nueva norma que se apruebe, o bien definitiva, si se determina la aplicación de la nueva norma sólo “*pro futuro*”, sin posibilidad de revisar las situaciones producidas durante el anterior *período transitorio*.

---

<sup>904</sup> Vid. HERRERA MOLINA, Pedro Manuel : Los efectos de la inconstitucionalidad...*cit.*, p. 48.

En esta tipología de declaraciones del *BverfG*, según sean sólo “admonitorias” declaran la inconstitucionalidad, con o sin nulidad, destacan en materia *tributaria* las declaraciones de “simple inconstitucionalidad con la Constitución”, que permiten una anulación diferida de la norma declarada inconstitucional.

La declaración de “simple incompatibilidad con la Constitución”, que en principio responde a casos excepcionales en que conviene privar a la declaración de inconstitucionalidad de los efectos “*ex tunc*” de la nulidad, se ha convertido en la regla general cuando el *BVerfG* declara la inconstitucionalidad de leyes tributarias. La revisión de actos tributarios *en masa* que la inconstitucionalidad con efectos *ex tunc* exige conduce a la adopción de la doctrina *prospectiva* en este ámbito.

La anulación diferida de la norma inconstitucional evita la catástrofe financiera y, al mismo tiempo, concede un plazo al Legislador para poder adecuar la normativa a la Constitución. De esta forma, puede declararse la inconstitucionalidad de la ley tributaria, evitando las posibles consecuencias negativas de su nulidad *ex tunc*, esto es, un desequilibrio financiero que pondría en grave peligro el interés público.

Así pues, la regla general en las declaraciones de inconstitucionalidad de leyes tributarias en Derecho alemán es la “simple inconstitucionalidad con la Constitución”, cuyos efectos son *ex nunc* o *prospectivos*, esto es, permiten una anulación diferida de la ley tributaria inconstitucional.

Los efectos *ex nunc* de la declaración de inconstitucionalidad no exigen en todo caso la continuación de la aplicación de la norma inconstitucional, si bien ésta es la solución adoptada con más frecuencia. Es posible que la “ultractividad” de la norma inconstitucional sea sólo *provisional*, revisándose su aplicación con la *retroactividad* de la nueva norma. La doctrina de la *prospectividad* de las declaraciones de inconstitucionalidad se asocia, con los supuestos de “simple inconstitucionalidad con la Constitución”, que se apartan del clásico instituto de la nulidad con efectos *ex tunc*. Este tipo de declaraciones se producen *en principio excepcionalmente*, si bien en materia tributaria constituyen la *regla general* en Alemania,<sup>905</sup>

---

<sup>905</sup> Vid. HERRERA MOLINA, Pedro Manuel : Los efectos de la inconstitucionalidad de las leyes tributarias en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (en especial la ultraactividad transitoria de los preceptos inconstitucionales)...*cit.*, pp. 53-54, apunta la necesidad de: «realizar una ponderación de los bienes jurídicos en



cuando concurre alguno de los siguientes supuestos: i) cuando la causa de la incompatibilidad con la Constitución radica en una “omisión” de la norma; ii) en el caso de *regulaciones legales discriminatorias* (supuestos de violación del principio de igualdad, en que se privilegia a un determinado colectivo de forma discriminatoria, o se le perjudica a través de una exclusión tácita de un determinado régimen jurídico). En estos casos, la *nulidad* de la norma conllevaría una discriminación y un perjuicio mayor en relación con el resto de sujetos, mermando además la libertad de configuración del Legislador. La declaración de nulidad es excepcionalmente admisible cuando existe una única alternativa constitucional para eliminar la discriminación; iii) cuando la norma forme parte de un sistema trabado que sea necesario modificar en su conjunto para lograr la adecuación a la Constitución; iv) en caso de que las consecuencias económicas derivadas de la nulidad *ex tunc* sean insoportables<sup>906</sup>.

### 3.13 La retroactividad de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha afirmado en repetidas ocasiones que la regla general es la *retroactividad de los efectos de sus sentencias*. No obstante, el TJCE también ha afirmado que, *excepcionalmente*, el propio Tribunal puede limitar el alcance retroactivo de sus sentencias.

Además, en relación con la anulación de Reglamentos comunitarios, el propio artículo 231 TCE<sup>907</sup> dispone la posibilidad de limitar la eficacia de la declaración de nulidad del Reglamento, si el TJCE “lo estima necesario”:

La regla general de la retroactividad de los efectos de las sentencias del TJCE puede excepcionalmente limitarse por el propio Tribunal siempre que concurren simultáneamente

---

juego y permitir la ultraactividad de la ley inconstitucional durante el período y con las cautelas necesarias para que pueda evitarse una mayor lesión del ordenamiento constitucional”, entendiéndose que “por regla general, la ultraactividad de la norma inconstitucional sólo estará justificada mediante liquidaciones provisionales -que sean objeto de revisión una vez dictada con carácter retroactivo la nueva normativa- y que, en determinados casos, el Tribunal debería especificar los criterios materiales directamente aplicables en tanto se apruebe la regulación definitiva».

<sup>906</sup> Vid. AJA, Eliseo: Las tensiones entre el Tribunal Constitucional...*cit.*, pp. 79-83.

<sup>907</sup> Art. 231 TJCE: “Si el recurso fuera fundado, el Tribunal de Justicia declarará nulo y sin valor, sin efecto alguno el acto impugnado. Sin embargo, con respecto a los reglamentos, el Tribunal de Justicia señalará, si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deban ser considerados como definitivos”.

las siguientes condiciones: i) Que las exigencias de seguridad jurídica se opondan a volver a cuestionar las relaciones establecidas en el pasado; ii) Que las partes hayan actuado de buena fe; en particular, que la incompatibilidad de la normativa interna con el Derecho comunitario hubiese estado condicionada por las dudas causadas al Estado miembro por las instituciones comunitarias. iii) Que la retroactividad de los efectos de la Sentencia del TJCE causara un *grave perjuicio* para el Estado miembro. Al respecto, el TJCE ha afirmado reiteradamente que los problemas de carácter económico y presupuestario que pudieran causarse al Estado miembro no son motivo suficiente para justificar la limitación de la retroactividad de las sentencias del TJCE; iv) Que la irretroactividad de la sentencia *se declare y se motive expresamente* en cada caso<sup>908</sup>.

### *3.14 Dos salidas para los efectos inconvenientes de la declaración de inconstitucionalidad en materia tributaria*

El ejercicio del control de la constitucionalidad manifiesta la superioridad de la Constitución como medio de protección de los derechos y de las garantías que se la dispensa. Por ello, y en definitiva, es la existencia de una jurisdicción constitucional, creyendo por tal todo procedimiento que el fin es garantizar la observancia de la Constitución.

Sin embargo, en muchas situaciones la simple declaración de inconstitucionalidad de la norma impositiva, sea con atribución del efecto retroactivo, sea prospectivo, no resulta suficiente para aplastar los daños y perjuicios que pueden sufrir los contribuyentes.

Es necesario un medio alternativo y eficaz que posibilite a los ciudadanos la protección de sus derechos garantizados por la norma suprema, y estos medios se traducen en la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, mientras ésta no fuera manejable, en la acción de enriquecimiento sin causa contra la Administración Pública que fueron detalladas en los pasados capítulos.

---

<sup>908</sup> Vid. MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, José Miguel: Retroactividad o irretroactividad de las SSTJCE que reconocen el derecho a la devolución de lo indebido tributario comunitario (Doctrina jurisprudencial del TJCE), *Impuestos*, n. 17, 1998, p. 79 y ss.

## CONCLUSIONES

1. En el presente estudio sobre de la declaración de inconstitucionalidad en materia tributaria y sus efectos temporales, intentamos presentar una teoría coherente con los principios y valores ejes existentes en cualquiera sistema tributario. Además, proponemos dos medios (la acción de responsabilidad patrimonial del legislador y la acción de enriquecimiento sin causa contra la Administración tributaria) que los contribuyentes podrán utilizarse caso la modulación de los efectos temporales en la decisión de inconstitucionalidad no respeten las garantías y los derechos asegurados por la Constitución.

2. En primer lugar, se reconoce que a través del ejercicio del control de la constitucionalidad se manifiesta la superioridad de la Constitución como medio de protección de los derechos y de las garantías. Por ello, y en definitiva, es la existencia de una jurisdicción constitucional, creyendo por lo tanto, todo procedimiento que tiene como fin garantizar la observancia de la Constitución. Lo que culmina el proceso de desarrollo del Estado legal de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho.

3. De ese análisis es posible contrastar el valor del acto inconstitucional, que resulta en una depreciación cualitativa de algo que surge a principio como acto del poder político del Estado. Sin embargo, es disconforme a la Constitución. Es una patología perceptible cuando confrontamos los actos del poder del Estado con la esencia del principio de constitucionalidad. De igual manera, el valor del acto inconstitucional supone su inexistencia y su invalidez. La figura de la inexistencia del acto inconstitucional dentro de la dogmática jurídica enuncia las siguientes características: i) la no producción de efectos jurídicos primarios; ii) constituye un acto insanable e inexigible por el poder del Estado; iii) no vinculación al principio de la cosa juzgada. La invalidez presupone la existencia de un acto, ya que consiste en la incapacidad de producir los efectos prototípicos que normalmente le corresponderían. Sin embargo, esto no significa que no produzca ningún efecto, más bien que puede producir efectos que denominamos de secundarios, eso es, efectos perjudiciales a los destinatarios de la norma. En realidad, hay vicios que por su propia naturaleza implican en la invalidez total del acto inconstitucional. Es el caso de los vicios relativos a la voluntad y a la forma, que afectan todo el acto considerado. No obstante, hay otros vicios que pueden llevar la invalidez parcial del acto de poder del Estado, desde que sea viable, mediante una división del contenido del acto, separar la parte afectada por el vicio de otra que no dicho contenido.

Éste es un aspecto que hace la distinción de un acto inexistente de un inválido, ya que la invalidez se puede encontrar total o parcial, mientras que la inexistencia es siempre total. Además, la invalidez de un acto es averiguada, necesariamente, por una intervención jurisdiccional de carácter constitutivo.

4. En la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad pronunciada por el Tribunal Constitucional se destacan los siguientes efectos: i) la cosa juzgada; ii) la vinculación de los poderes públicos; iii) la fuerza de ley; iv) y la creación del derecho. La cosa juzgada se considera el efecto característico procesal de las resoluciones judiciales, por lo que posee un carácter exclusivamente procesal, ya que el juez no podrá juzgar de nuevo lo ya juzgado, a la vez que deberá juzgar en los casos de prejudicialidad jurídica conforme a lo ya juzgado por otro juez con anterioridad. Esta imposición es debida a la necesidad de mantener la seguridad jurídica. De igual, las sentencias resultantes del control de constitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, imponible a todos los Poderes Públicos. Además de vincular a las partes que han intervenido en el proceso, se extiende, más allá, del caso concreto decidido, vinculando todos los casos futuros a todos los órganos constitucionales, Tribunales y Autoridades, alcanzando la sentencia asimismo, no sólo al tenor literal del fallo, sino también, a aquellas consideraciones jurídicas contenidas en el cuerpo de la sentencia que verdaderamente sustenten el fallo. Derivado del efecto vinculante a los poderes públicos de las sentencias del Tribunal Constitucional, tenemos el efecto de la fuerza de ley, que resulta en la extensión de los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional; sus efectos, más allá de los poderes públicos, y también a todos: personas físicas y jurídicas, que podrían invocar a su favor estas decisiones y los obligarían, produciendo directamente a todos, derechos y obligaciones, puesto que están obligados por las leyes, no solamente en las partes intervinientes en el proceso. La función creadora del Derecho puede ocurrir a través de la actividad jurisdiccional que se encamina a la aplicación del Derecho en el caso concreto. Este Derecho se crea por el Juez, que abstrae el sentido general de la ley, y lo aplica al caso específico.

5. Cabe al Tribunal Constitucional la facultad de determinar los efectos en la declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, esta prerrogativa no se encuentra libre de limitaciones, y tampoco es un cheque en blanco, ya que pueden surgir otras consecuencias no explícitas en la decisión de inconstitucionalidad.

6. El reconocimiento por el Tribunal Constitucional de la existencia de una norma nula, debe indicar que su invalidez sea ab initio. Los actos nulos deben tener su invalidez reconocida como ex tunc.

7. Así, la decisión de inconstitucionalidad con efecto retroactivo significa fundamentalmente dos cosas: i) la invalidez de las normas declaradas inconstitucionales opera a partir del momento de la entrada en vigor de estas normas y no sólo al momento de la declaración de inconstitucionalidad; ii) y la prohibición de la aplicación de las normas inconstitucionales a las situaciones o relaciones desarrolladas a la sombra de su eficacia, y que aún están pendientes.

8. Basado en la seguridad jurídica, en razones de equidad y de interés público relevante, el Tribunal Constitucional tiene el poder de fijar los efectos de la inconstitucionalidad con alcance más restricto.

9. La idea de limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad nada más es que una conveniencia política otorgada al Tribunal Constitucional, desde ahora, éste puede manejar los intereses en la definición temporal de la inconstitucionalidad, que, generalmente, resulta en restringir derechos de los ciudadanos, convalidando un grave error del poder público basado, muchas de las veces, en un fundamento no estrictamente jurídico y determinable. De esa manera, el principio de constitucionalidad es apartado para conceder su lugar a una norma inconstitucional necesaria a los intereses de los poderes públicos.

10. Los motivos justificantes de la ponderación de los efectos incluyen, además de fundamentos estrictamente jurídicos, uno de carácter político (el interés público relevante).

11. La limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad es un instrumento necesario para la garantía de otros derechos constitucionalmente protegidos cuando éstos se encontraren en peligro o afectados negativamente por la eficacia retroactiva de la norma inconstitucional. No se admite que, por motivos no muy bien definidos, haya una limitación de los efectos en que se priorice los argumentos políticos, no derechos fundamentales. La vigencia del acto inconstitucional representa una amenaza a la garantía, autoridad y preservación de los valores elegidos y pretendidos por la Constitución.

12. Para construir una teoría coherente con los principios de la justicia material, y con los demás, de protección de los contribuyentes, no se puede trabajar sobre una base sin parámetros claramente definidos, pues la limitación de los efectos no resulta en consecuencias inconcretas o superficiales. Por tanto, por medio del principio de igualdad y seguridad en las relaciones jurídicas del Estado con los particulares se presenta una fundamentación compatible con los derechos y las garantías vinculadas a la protección de los contribuyentes.

13. En efecto, la seguridad jurídica debe cumplir tres reglas básicas: i) la seguridad por medio del Derecho; ii) la seguridad como certeza del Derecho; iii) y la seguridad como estabilidad del Derecho. La seguridad por medio del Derecho significa que el ordenamiento garantiza que los terceros no avasallarán derechos ajenos, y que el Estado sancionará a quien lo haga. Ya la seguridad como certidumbre del Derecho supone la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular la persona, y su consiguiente convicción fundada acerca de que esos derechos serán respetados. Y, por último, la seguridad como estabilidad del Derecho implica que las normas jurídicas traduzcan una confianza cualitativa en su aplicación y vigencia.

14. La seguridad jurídica esperada por los contribuyentes en los Tribunales es que éstos retiren del ordenamiento jurídico aquellas normas incompatibles con la Constitución. Mientras que, el principio de igualdad, cuando del control de constitucionalidad, vise permitir situaciones equitativas entre los que confiaron y cumplieron la norma, antes de la declaración de inconstitucionalidad y los que no se fiaron de ella y recorrieron a los tribunales. Tal principio no acepta que a quienes incumplieron sus obligaciones fiscales se queden de mejor condición que aquellos contribuyentes respetuosos y cumplidores de sus deberes para con la Hacienda Pública.

15. Si el principio de igualdad se entiende como imperativo dirigido al legislador de justificación de las normas, de eliminación de la arbitrariedad, lo mismo vale para los Tribunales. Es inaceptable que el Legislador señale una norma contraria al principio de igualdad y que los Tribunales incrementen la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción. Esto es lo que pasa con la limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes tributarias. Se crean dos situaciones conflictivas e irrazonables, para la protección de una tercera, que desequilibra indebidamente el sistema de los derechos fundamentales de los contribuyentes.

16. La norma que se declara inconstitucional y que tipifica infracciones o determina sanciones, tampoco puede invalidarse sólo con eficacia prospectiva, ya que anteriormente el principio de dignidad de la persona, culpabilidad, responsabilidad, fueron rotos con la aplicación de la norma inconstitucional, es decir, los ciudadanos fueron indebidamente sancionados basados en supuestos ilegítimos.

17. En efecto, la utilización de la eficacia prospectiva en materia tributaria presenta muchos inconvenientes a los derechos y garantías de los contribuyentes. Ya que, su fundamento abstracto no es suficiente para justificar las diversas violaciones de los derechos de los particulares. Sin embargo, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del legislador y del enriquecimiento sin causa de la Administración cuando de la aplicación de una norma impositiva inconstitucional consigue equilibrar la balanza en favor de los ciudadanos afectados negativamente.

18. El instituto de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos cumple y debe cumplir las funciones: de reparación de los daños, que pueda producir la actividad pública, asegurado la integridad patrimonial de los particulares; prevenir daños, a través del indudable incentivo de la eventualidad de tener que satisfacer una indemnización representante de control, del buen funcionamiento de los servicios y actividades públicas, así como espera y determina la Constitución; demarcatoria, por medio del conjunto normativo regulador del poder público que debe configurarse en un sistema que demarque, delimite con claridad y precisión sus actuaciones qué pueden o no generar el deber indemnizatorio.

19. La responsabilidad legislativa sirve para indemnizar aquellos daños y perjuicios individualizados que sean imputables a la actividad o pasividad legislativa y que puedan ser calificados de antijurídicos porque los particulares no tienen la obligación jurídica de soportarlos. De esa manera, el daño legislativo antijurídico está vinculado al principio general de responsabilidad de los poderes públicos.

20. El problema de la responsabilidad por actos legislativos presenta dificultades y desenlaces específicos que no pueden ser resuelto con la sencilla aplicación de las normas que rigen la responsabilidad de la Administración; es un problema de Derecho Público, que rodea los derechos y garantías individuales de los ciudadanos y el desempeño de las actividades públicas.

21. El primer punto destacado que fundamenta la irresponsabilidad del Estado por actos legislativos es la naturaleza soberana de las leyes. En este modelo el Parlamento se convierte en poder absoluto. Además, el Parlamento no es un órgano del Estado, ya que no se encuentra dentro de esta forma de organización política. También, el carácter general y abstracto de la norma imposibilita la existencia de daño individualizado.

22. El derecho a la reparación de los daños exige respecto y protección por parte del Estado y de los demás poderes, constituye una garantía de limitación del poder y postula un comportamiento general de respecto por parte de las entidades públicas. Así, el derecho de indemnización, resultado del reconocimiento de la responsabilidad del Estado Legislador, tiene su contenido esencialmente determinado al nivel constitucional, no dependiente de ley ordinaria para tornarse líquido y cierto y, tan poco constituye una norma programática. En esa medida, es directamente aplicable, pudiendo ser invocado por el lesionado.

23. El artículo 9.3 de la Constitución establece el principio de responsabilidad de los poderes públicos que afecta, no sólo al legislador, sino a todos los poderes públicos sin excepción. Desde luego, no sería compatible con dicho artículo una interpretación que inmunizase al Parlamento de los daños y perjuicios imputables a las leyes.

24. La Constitución española no distingue de modo expreso sobre la naturaleza subjetiva u objetiva del régimen de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. Sin embargo, el carácter objetivo se destaca en la responsabilidad pública en general y la del poder legislativo en particular. Se puede afirmar que no sólo el Parlamento será responsable por daños normativos. En la medida que la norma legal no esté impuesta directamente por el legislador y tiene su fuente directa en el uso que la Administración ha hecho de su poder discrecional, en este caso, nos encontramos una vez más con los principios de la responsabilidad pública de Derecho común; en cambio, si la medida adoptada deriva necesariamente de la aplicación de la Ley sin que la Administración haya tenido que hacer uso de un poder de la apreciación, estaremos delante de la aplicación de la responsabilidad del Estado Legislador. Amén, sólo son indemnizables aquellos daños imputables al poder legislativo que sean efectivos, evaluables económicamente e individualizados o individualizables en una persona o grupo de personas. El sacrificio del derecho fundamental de propiedad se convierte en una indemnización que corresponda a la reposición del valor real y efectivo de los bienes de que fueran privados. La relación de causalidad, corresponde al particular demostrarla.



25. Son dos los supuestos a partir de los cuales puede darse la responsabilidad del Estado legislador: la responsabilidad por —resultado lícito|; y la responsabilidad por —resultado ilícito|. La responsabilidad civil del Estado por hechos lícitos constituye, indubitablemente, un corolario del principio del Estado de Derecho, que obliga al Estado a indemnizar los daños resultantes de actos lesivos de derechos; presupone que un sacrificio lícito del derecho de propiedad, no haya obligación de soportar. La responsabilidad del Estado legislador por —resultado ilícito| surge por el carácter de Norma Suprema de la Constitución y la consecuente sumisión del poder legislativo a sus prescripciones, de tal manera que la vulneración de la Constitución en el ejercicio de la potestad legislativa determina la posibilidad de que surja la responsabilidad del Estado legislador en los casos en que se produzcan daños a los particulares que no tengan el deber de soportar. Dos son las hipótesis que pueden configurar esta responsabilidad: la responsabilidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes o normas con fuerza de Ley; y la responsabilidad derivada del incumplimiento de Tratados Internacionales en los que se ha producido cesión de soberanía, singularmente por incumplimiento de Derecho comunitario.

26. El nacimiento de un derecho de indemnización no se confunde con el derecho o interés violado, y se presupone la existencia de culpa, donde su extensión depende de los daños sufridos por el acreedor. El derecho de indemnización se distingue de la realización específica del derecho como del interés violado, por eso, la extinción del derecho o interés, no impide el nacimiento de un derecho de indemnización autónoma, desde que se verifiquen los supuestos de la responsabilidad patrimonial. La responsabilidad del Estado Legislador por leyes inconstitucionales es independiente de los efectos (*ex tunc* o *ex nunc*) que ha atribuido el Tribunal Constitucional en el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes. El derecho de indemnización nace desde que se demuestre los supuestos de responsabilidad.

27. La declaración de inconstitucionalidad de una norma tributaria puede demostrar la falta de interés general que justificaba su vigencia, naciendo la obligación de los poderes públicos de reparar a los ciudadanos el daño causado, generalmente mediante la restitución de las cantidades indebidamente ingresadas al amparo de la norma declara ilegal. La eficacia *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad debe destruir los efectos jurídicos producidos directamente por la ley inconstitucional. No obstante, ni todos estos efectos son suprimidos y, en esa medida, no elimina el problema de la responsabilidad civil del Estado por la aprobación de la ley inconstitucional. Así, esta responsabilidad es procedente cuando el efecto

ex tunc de la declaración de inconstitucionalidad no fuera suficiente para recomponer o restituir los daños y perjuicios causados por la ley. Además, la limitación de los efectos de la inconstitucionalidad, mismo en su modalidad más radical de destrucción de la norma con eficacia ex nunc, puede no afectar la responsabilidad civil del Estado por el ilícito legislativo, cuando derechos fundamentales hubieren sido negativamente afectados, o cuando la restricción de los efectos producidos por la ley inconstitucional tenga por objetivo impedir la declaración de invalidez de leyes tributarias sancionatorias.

28. El grave quebranto para las arcas públicas es un pretexto de mal pagador. No recomponer los daños o restituir los perjuicios de los contribuyentes, nada más es que una ruptura del pacto social y del Estado de Derecho, en que se fortalece las potestades estatales en detrimento de derechos fundamentales de los ciudadanos.

29. El principio de protección de la confianza legítima se traduce en una proyección de estabilidad normativa para regular una determinada situación. El principio aparece dotado de un contenido tendente a sobreponer la seguridad jurídica frente a los cambios repentinos de legislación que no aseguren garantías suficientes de transitoriedad y previsibilidad. Tampoco admite ablaciones legislativas a los derechos adquiridos de los contribuyentes. Amén, la confianza legítima está inserto en el carácter general de las leyes, es decir, los ciudadanos deben confiar que las leyes sean constitucionales. En medida que eso no ocurre, hay la violación de dicho principio. Una perspectiva objetiva, creada por el Legislador fue violada, restando al contribuyente la recomposición de su patrimonio por medio de la responsabilidad del Estado Legislador.

30. Por encima de las vicisitudes propias de cada ordenamiento, la totalidad de los sistemas en el Derecho, comparado (inserida, obviamente, en nuestra órbita de civilización) se han orientado en menor o mayor grado hacia la instauración del principio de la responsabilidad patrimonial de Legislador por los daños causados a los particulares. En Alemania, la responsabilidad del Estado Legislador está vinculada al amparo que los derechos fundamentales impone a todas las potestades públicas, incluso el Legislador, la obligación de indemnizar todas las lesiones que estos poderes causen a los derechos considerados fundamentales, incluso aquéllas que produzcan las leyes. En Francia, el examen de la responsabilidad del legislador se reduce a la investigación de la voluntad del legislador acerca de la indemnizabilidad de los daños. Si el resultado es negativo, el proceso se detiene y la

demanda es rechazada; pero si es positivo, se hace entrar en juego el segundo filtro de la igualdad ante las cargas públicas —de malla más estrecha aún que el primero—, concretado en la exigencia de un perjuicio especial y de excepcional gravedad, requisitos estos extraídos por simple deducción lógica del principio básico. Desde luego, la concesión de una indemnización por el daño causado por una ley ha de ser especial, excepcional y anormal gravedad; que supere los inconvenientes, las incomodidades, las sujeciones que la vida colectiva impone necesariamente a cada individuo. En Italia, la responsabilidad Estado Legislador está condicionada a la existencia de un auténtico y verdadero sacrificio especial, que se basa en dos principios: la aplicación del principio de justicia distributiva, en virtud del cual los daños que resultan necesarios para la producción de una utilidad colectiva no deben recaer sobre un miembro solo de la comunidad, sino que deben ser distribuidos entre todos. Y otro, el principio de intangibilidad relativa del patrimonio. La norma concreta que excluya la indemnizabilidad de los daños es inconstitucional.

31. En definitiva, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado legislador es una necesidad para consolidación del Estado de Derecho, los derechos, hoy considerados fundamentales, anteriormente (en el Estado Absoluto), eran irrealizables. La organización y el funcionamiento estatal fueron desarrollándose en conjunto, a los derechos del ciudadano, por lo tanto, no podemos consagrar y legitimar un vicio del antiguo régimen, en debilidad de las conquistas, hasta ahora, logradas.

32. Ya el enriquecimiento injusto o sin causa, es principio general de plena aplicación en varias ramas del Derecho, en especial, en el Derecho financiero. Se trata, por tanto, de una obligación de restitución del valor de la ventaja ingresada en virtud de una atribución patrimonial injusta.

33. Los orígenes de la teoría del enriquecimiento injusto se conectan al Derecho romano clásico. Más precisamente, en la *condictio, negotiorum gestio* y la *actio de in rem verso*. Cada una en su terreno de aplicación, pero todas, con el objetivo de reajustar las situaciones donde se ha roto el equilibrio de transferencia y obtención de patrimonio.

34. En el Derecho alemán para fundamentar el enriquecimiento injusto de la Administración cuenta con una fuerte tradición romana de las *condiciones* y de la *negotiorum gestio*, en que consideran como instituciones comunes al Derecho privado y público. Otros afirman que, no

es que sea aplicación matizada o razonada del Derecho civil a relaciones jurídico-administrativas, sino de una aplicación directa e inmediata del Derecho civil.

35. En Francia el desarrollo de la dogmática del enriquecimiento injusto en el ámbito del Derecho público está marcada por un carácter jurisprudencial. A principio hubo un rechazo en aplicar las reglas del enriquecimiento injusto de carácter privado a las Administraciones, porque el Derecho administrativo francés tiene la tradición de no aceptar en el régimen de las obligaciones administrativas las mismas reglas que rigen las relaciones entre particulares. Sólo después el Consejo de Estado proclama abiertamente la prohibición de enriquecimiento sin causa como un principio general del Derecho administrativo, sirviendo para resolver ciertos supuestos de colaboración privada con los servicios públicos.

36. En Italia la doctrina aceptó, en general, que la Administración puede beneficiarse de un enriquecimiento injusto, encontrando soluciones semejantes a los desequilibrios que derivan del cuasicontrato, amén, de resolver los problemas en que la Administración obtiene una ventaja injusta, en detrimento al patrimonio de los particulares.

37. En España la consolidación del enriquecimiento sin causa es obra jurisprudencial, con el impulso y la orientación de la doctrina. Tal tema está relacionado con las obligaciones administrativas nacidas en la gestión de negocios de la Administración, bien como, con el incremento patrimonial indebido, como consecuencia de una nulidad, ya que, pueden resultar dañoso al ciudadano y benéfico al Estado.

38. La idea de equidad y de justicia material son valores que se anudan la prohibición de enriquecimiento injusto. El principio general de equidad adquiere especial relevancia, en los frecuentes los casos en que la Administración en una supuesta defensa de los intereses públicos, olvida o infringe abiertamente derechos de los actos ministrados, eso ocurre cuando un acto o hecho administrativo afecta al particular de manera injusta y desigual; perjuicios desiguales sin justa causa violan la equidad y generan el enriquecimiento sin causa.

39. El enriquecimiento sin causa en Derecho tributario está configurado cuando no se realiza la devolución de ingresos indebidos, constituyendo una transmisión patrimonial carente de causa. Así, el —enriquecimiento‖ de la Administración fiscal, entendido como un aumento patrimonial por afluencia de los tributos a arcas públicas, tiene lugar a través del ejercicio de

una potestad estatal, traducida en un derecho de crédito sobre el patrimonio individual, para manutención de intereses generales, objetivamente definidos en la ley. El enriquecimiento sin causa no puede justificarse en el Derecho financiero igual de las relaciones particulares, eso es, en la salvaguarda de derechos patrimoniales, sino en el interés de que las relaciones entre el ente público y el sujeto se desarrollen en el marco de la ley. Será, por tanto, la no exigencia del tributo en concordancia con su definición en la ley, el fundamento último de cualquier prohibición de determinados enriquecimientos por parte de la Hacienda Pública. La ilegalidad del pago es lo que determina el enriquecimiento sin causa del Estado.

40. El principio de legalidad establece un sustrato para las devoluciones de ingresos indebidos, ya que todo ingreso indebido contraría la Ley. La obligación de devolución se justifica por la producción de un quebrantamiento, no sólo del principio que exige la legalidad de los ingresos tributarios, sino de sus esquemas aplicativos, prefigurados en la ley. La necesidad de restituir la vigencia del principio de legalidad, en cuanto exigencia constitucional en la ordenación de los tributos, es el fundamento que justifica el reconocimiento, en la ley ordinaria, de un derecho a la devolución a favor de quien ha pagado indebidamente un tributo.

41. El derecho fundamental de restitución de las cuantías ilegales está también fundamentado en el principio de capacidad contributiva, ya que, admitir un tributo sin la concurrencia del principio de capacidad contributiva, es aceptar un sostenimiento a los gastos públicos arbitrario que no manifiesta aptitud de los particulares en soportar la carga fiscal.

42. El Derecho de devolución es un Derecho de crédito que posee un régimen jurídico concreto y un contenido distinto al resto de situaciones jurídicas subjetivas. Así, resulta en una situación jurídica activa de carácter patrimonial que posee el particular frente la situación jurídica pasiva de la Administración cuyo cumplimiento conlleva la satisfacción del Derecho de crédito. En tal sentido, entendemos que el Derecho a la restitución y el deber de restituir están incardinados en una relación más amplia nacida del ejercicio de la potestad de imposición, resultando en un Derecho objetivo.

43. La obligación de devolución de carácter principal, cuyo objeto mediato está integrado por la totalidad de las cantidades indebidamente entregadas, existe en un carácter accesorio, de devolver los intereses de la cantidad indebidamente ingresada. De esa manera, el derecho a la

devolución del ingreso tributario indebido, debe recoger todas estas cantidades y ha de servir, para garantizar que con la devolución, se retorne al estado de legalidad. Mientras la obligación de pagar intereses y accesoria, con respecto a la obligación de devolución de carácter principal, tiene una naturaleza de una obligación de pago, cuyo el devengo empieza desde el momento en que se efectuó el ingreso en el Tesoro hasta que se haya producido la devolución del mismo por la Administración.

44. En definitiva, en la declaración de inconstitucionalidad de una norma de imposición fiscal es inadmisibles condicionar el reconocimiento del derecho fundamental de restitución de los ingresos indebidos, a un juicio cuantitativo de coste económico, eso es, los particulares sólo tendrían derecho a la devolución, en las situaciones de escasa cuantía a devolver. En este panorama, el examen del derecho de reembolso, se iniciaría, no basado en los principios y garantías de los contribuyentes, sino, a partir de la conveniencia del Estado.

## REFERENCIAS

AHUMADA RAMOS, Francisco Javier de: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: elementos estructurales: lesión de derechos y nexos causales entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, 2. ed., Aranzadi, Cizur Menor-Navarra, 2004.

AJA, Eliseo: *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998.

ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil. I, Introducción y parte general*, 11. ed., Edisofer, Barcelona, 1989.

\_\_\_\_\_: *Derecho civil. II, Derecho de obligaciones*, 12. ed., EDISOFER, Madrid, 2004.

ALBANESE, Antonio: *Il pagamento dell'indebito*, CEDAM, Padova, 2004.

ALEXY, Robert: *EL concepto y la validez del derecho*, 4. e.d, Gedisa, Barcelona, 2008.

\_\_\_\_\_: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALFONSO GALÁN, Rosa María: *Los Intereses por retraso o demora a favor de la Hacienda Pública*, Dykinson, Madrid, 1998.

ALLORIO, Enrico: *Diritto processuale tributario*, 5. ed., Unione tipografico editrice Torinese, Torino, 1969.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de: *Direito das obrigações*, 9. ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2004.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo: *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, Marcial Pons, Barcelona, 1999.

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *La responsabilidad de los estados miembros por infracción del derecho comunitario*, Civitas, Madrid, 1997.

ALONSO MADRIGAL, Francisco Javier: *Legalidad de la infracción tributaria: (reserva de ley y tipicidad en el Derecho tributario sancionador)*, Universidad Pontificia de Comillas: Dykinson, Madrid, 1999.

ALONSO SEGOVIA, Beatriz: «La responsabilidad del Estado Legislador» en *Manual de responsabilidad pública*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2004.

ALTERINI, A; ÁMEAL, O; LÓPEZ CABANA, R. *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: *El enriquecimiento sin causa*, 3. ed., Comares, Granada, 1993.

ÁLVAREZ-GENDIN, Sabino: *Tratado general de derecho administrativo*, tomo, I, Bosch, Barcelona, 1958.

ANDRADE, José Carlos Vieira de: Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria, in: *Legitimidade e legitimacao da justica constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

\_\_\_\_\_: *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Livraria Almedina, Coimbra, 1983.

ANDREOLI, Giuseppe: *La ripetizione dell'indebito*, CEDAM, Padova, 1940.

ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo de: *La responsabilidad civil*, 2. ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.

\_\_\_\_\_: *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.

ANTUNES VARELA, João De Matos: *Das obrigações em geral*, V. I, 10. ed., Almedina, Coimbra, 2003.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: *Istituzione di istituzioni di diritto romano*, 14. ed., Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1966.

ARCOS RAMÍREZ, Federico: *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000.

ARIAS RAMOS, J., ARIAS BONET, Juan Antonio: *Derecho romano*. Vol. II, Obligaciones, familia, sucesiones, 18. ed, Edersa, Madrid, 1986.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar: «La indemnización en las nacionalizaciones», *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 100-102, 1983.

\_\_\_\_\_: *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.

ARISTÓTELES: *Ética nicomáquea; Ética eudemia*, Gredos, Madrid, 1988.

ARNDT, Adolf: «Die Bindungswirkung des Grundgesetzes», *Der Betriebs Berater*, 1960, cuaderno 26/20.

ASOREY, Rubén O.: «Principio de seguridad jurídica en derecho tributario», en *Principios constitucionales tributarios*, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1993.

AYARRAGARAY, Carlos A.: *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad*, Librería Jurídica, Buenos Aires, 1955.

BADENAS CARPIO, Juan Manuel: *Apoderamiento y representación voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1998.



BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: Tribunal Constitucional y creación de derecho, *in: La justicia constitucional en el Estado democrático* / coordinadores, Eduardo Espín Templado, F. Javier Díaz Revorio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa: *La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria*, Civitas, Madrid, 1990.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael: *El cobro de lo indebido: perfiles institucionales y eficacia traslativa*, Tecnos, Madrid, 1985.

BARAV, Ami; PHILIP, Christian: *Dictionnaire juridique des Communautés Européens*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993.

BARASSI, Lodovico: *La teoria generale delle obbligazioni*. Vol. II, Le fonti, 2. ed., A. Giuffrè, Milano, 1948.

BARBIERA, Lelio: *L'ingiustificato arricchimento*, Jovene, Napoli, 1964.

BARTHÉLEMY, Joseph: *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1933.

BASOZABAL ARRUE, Xabier: *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel: *Traité théorique et pratique de droit civil*. XV, Des obligations. 3. ed., Librairie de la Société du recueil, Paris, 1908.

BAYLE, Gabriel: *L'Enrichissement sans cause en Droit Administratif*, L. G. D. J., París, 1973.

BECKER, Franz; LUHMANN, Niklas: *Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz: Möglichkeiten gesetzlicher Regelung der Rücknehmbarkeit von Verwaltungsakten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1963.

BÉGUIN, Jean-Claude: *Le controle de la constitutionnalite des lois en Republique Federale d'Allemagne*, Economica, 1982.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo: *La obligación: (concepto, estructura y fuentes)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.

BELTRÁN MORAL, Susana y GIL BÉJAR, José Antonio, «El error de hecho en la devolución de impuestos», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, tomo II, n. 162/1982.

BENDA, Ernst: *Manual de derecho constitucional*, 2. ed., Marcial Pons, Madrid, 2001.

BENDA, Ernst, KLEIN, Eckart: *Verfassungsprozeßrecht: Ein Lehr-und Handbuch*, Heidelberg: C. F. Müller, 2001.

BERBEROFF AYUDA, Dimitry; SOSPEDRA NAVAS, Francisco José: *Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad patrimonial de la administración en la jurisprudencia*, v. II, Consejo General del Poder Judicial, Fundación Wellington, Madrid, 2006.

BERGERÈS, Maurice-Christian: *Contentieux communautaire*, 3. ed., Presses Universitaires de France, Paris, 1998.

BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 3. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

BETTI, Emilio: *Teoría de las obligaciones*, tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

BIELSA, Rafael: *Derecho administrativo y ciencia de la administración*. Legislación administrativa argentina. T. II, 2. ed., J. Lajouane & Cia., Buenos Aires, 1929.

BIFULCO, Raffaele: *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, CEDAM, Padova, 1999.

BIN, Roberto: *Diritti e argomenti - il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1992.

BIRKS, Peter: *An introduction to the law of restitution*, Clarendon, Oxford, 1985.

BLANCO VALDÉS, Roberto L.: *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza, Madrid, 1994.

BLASCO ESTEVE, Avelino: «La responsabilidad de la Administración», en *Comentario sistemático a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común: (ley 30/1992 de 26 de noviembre)- autores Juan Alfonso Santamaría Pastor...[et al.]*, Libros Jurídicos Carperi, Madrid, 1993.

BLASCO SOTO, María del Carmen: *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, José María Bosch, Barcelona, 1995.

BLECKMANN, Albert: *Europarecht: das Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, 4. ed., Carl Heymann, Köln, 1985.

BLUMENSTEIN, Ernst: *System des Steuerrechts*, Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1971.

BOBBIO, Norberto: *Teoria della norma giuridica*, G. Giappichelli, Torino, 1958.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *El valor de las sentencias del tribunal constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982.

BONET, G.: *L'enrichissement sans causa: droit privé et droit public*, Librairies techniques, Paris, 1989.

BONFANTE, Pietro: *Instituciones de derecho romano*, 5. ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1979.

BONNECASE, Julien: *Elementos de derecho civil*. T. II, Derecho de las obligaciones de los contratos y del crédito, Jose M. Cajica, J.r., Puebla (México), 1945.

BONSIGNORI, Franco: *Concetto di diritto e validità giuridica*, Giuffrè, Milano, 1985.

BORDA, Guillermo A.: *Tratado de derecho civil argentino*, t. I, Perrot, Buenos Aires, 1955.

BOUT, Roger: *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1972.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000.

BRECCIA, Umberto: *La ripetizione dell'indebito*, A. Giuffrè, Milano, 1974.

BULOS, Uadi Lammêgo: *Curso de direito constitucional*. Saraiva, São Paulo, 2007.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2. ed., McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2000.

CAEMMERER, Ernst von, «Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause», *Revue internationale de droit comparé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1966.

CAETANO, Marcello: *Manual de ciência política e direito constitucional*, 6. ed., Coimbra Editora, Lisboa, 1970.

\_\_\_\_\_ : *Manual de direito administrativo*. Tomo I, Introdução, organização administrativa, actos e contratos administrativos, 8. ed., Coimbra Editora, Lisboa, 1968.

CALABRESI, Guido: *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ariel, Barcelona, 1984.

CALOGEROPOULOS, André: *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1983.

CALSAMIGLIA, Albert: *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1977.

CALVO ORTEGA, Rafael: *Curso de derecho financiero*. V. I, 10. ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.

CAMBRA GRAS, José Manuel, MIÑANA, Ricard Pérez, BELADA RIBELES, Luis Jesús: «Devolución de ingresos indebidos», en *Revisión e impugnación de actuaciones tributarias*, José Garberí Llobregat - director, Bosch, Barcelona, 2006, Tomo I.

CÁMARA ALVAREZ, Manuel de la: «Enriquecimiento injusto y sin causa», en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Manuel de la Cámara Alvarez, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (coords.), Editorial Civitas, Madrid, 1988.

CANARIS, Claus-Wilhelm: *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Beck, München, 1971.

CANNATA AUGUSTO, Carlo: *Historia de la ciencia jurídica europea*, Tecnos, Madrid, 1996.

CAÑIZARES LASO, Ana: «Tipología de la gestión de negocios ajenos sin mandato (estudio comparado de los Derechos alemán y español)», *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, tomo XLVIII, abril/junio, 1995.

CAPACCIOLI, Enzo, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, CEDAM, Padova, 1956.

CAPPELLETTI, Mauro: *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, A. Giuffrè, Milano, 1957.

\_\_\_\_\_ : Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional, *In: Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, L. Favoreu... [et al.], Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984.

\_\_\_\_\_ : *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1984.

CARBONNIER, Jean: *Derecho civil*. T. II. Vol. III, Situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones, Bosch, Barcelona, 1960.

CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús: *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Montecorvo, Madrid, 1979.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A.: *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004.

CARNELUTTI, Francesco: *Derecho procesal civil*. v. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

\_\_\_\_\_ : La crisi della Legge, *Rivista di diritto pubblico*, Padua, 1930.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond: *La loi: expression de la volonté générale*, Economica, Paris, 1984.

\_\_\_\_\_ : *Teoría general del Estado*, versión española de José Lión Depetre, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1948.

CARRETERO PÉREZ, Adolfo: *Derecho financiero*, Santillana, Madrid, 1968.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco: *El derecho subjetivo en su historia*, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, Cádiz, 2003.

CASADO OLLERO, Gabriel, prólogo a la obra de Alonso González, Luis Manuel, *Jurisprudencia constitucional tributaria*, Marcial Pons-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1993.

CASANA MERINO, Fernando: *La devolución de ingresos indebidos en materia tributaria*, La Ley, Madrid, 1992.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Crisis mundial y crisis del derecho*, 2. ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961.

\_\_\_\_\_: *Derecho civil español, común y foral*. T. 4, Derecho de obligaciones: las particulares relaciones obligatorias, 15. ed., Reus, Madrid, 1993.

\_\_\_\_\_: *La formulación judicial del derecho y el arbitrio de equidad*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953.

\_\_\_\_\_: *La idea de equidad en las letras españolas*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1949.

CASTILLA BAREA, Margarita: «La acción de enriquecimiento sin causa en el ordenamiento jurídico español: la justificación de su carácter subsidiario», en: *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*: VI Convegno Internazionale ARISTEC, Padova, Verona, Padova, 25-26-27 settembre 2003, Torino, G. Giappichelli, 2005.

CASTILLO BLANCO, Federico A.: *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público*: especial referencia al abuso del derecho, INAP, Madrid, 2007.

CASTRO Y BRAVO, Federico de: *Derecho civil de España*. t. I, Civitas, Madrid, 2008.

CAZORLA PRIETO, Luis María: *Derecho financiero y tributario*: (parte general), 6. ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

\_\_\_\_\_: «Los principios constitucional-financiero en el nuevo orden jurídico», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

CELDRÁN RUANO, Julia: *La responsabilidad del estado por actos de aplicación de leyes*: aproximación histórica y significado actual, Universidad de Murcia, Murcia, 1996.

CLIMENT BARBERÁ, Juan: «El procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad», en *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez / director*-José Díaz Delgado, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004.

CHAPUS, René: *Droit administratif général*, 4. ed., tomo I, Montchrestien, Paris, 1988.

CHAUMONT, Charles: «La responsabilité extra-contractuelle de l'Etat dans l'exercice de la fonction législative», *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, Paris, 1940.

CHECA GONZÁLEZ, Clemente: «La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública con Fundamento en la Declaración de Inconstitucionalidad de una Ley», *Revista Ius et Praxis*, Año 10, n. 1, 2004.

CHIRONI, G. P.: *Istituzione di diritto civile italiano*, 2. ed, v. II, Fratelli Bocca, Torino, 1912

\_\_\_\_\_ : *La culpa en el derecho civil moderno: culpa extra-contractual*, Hijos de Reus, Madrid, 1906.

CHIODI, Giulio M.: *Equità: la categoria regolativa del diritto*, Guida, Napoli, 1989.

COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Incumplimiento del derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1995.

COING, Helmut: *Fundamentos de filosofía del derecho*, Ariel, Barcelona, 1961.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri: *Curso elemental de derecho civil*. T. tercero, Teoría general de las obligaciones, Reus, Madrid, 1924.

COMOGLIO, Luigi Paolo: *Diritto di difesa e retroattività delle decisioni costituzionali*, *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XXII, anno 1967.

CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime: *La revisión de los actos nulos por inconstitucionalidad de las leyes: posibilidad de ejercitarla sin limitación de plazo*, Dijusa, Madrid, 2002.

Corpus juris civilis. Español-Latín, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino. T. 1. T. 1, Instituta; Digesto / publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona, Jaime Molinas, 1897.

CORTESE, Barbara: *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato: modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Cedam, Padova, 2009.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Matías: *Ordenamiento tributario español*, 3. ed., Civitas, Madrid, 1977.

COSCULLUELA MONTANER, Luis: «Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el derecho administrativo», *Revista de administración pública*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, n. 84, 1977.

\_\_\_\_\_ : *Manual de derecho administrativo*, T. I, 15. ed., Civitas, Madrid, 2004.

COSTA, Pietro: *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002.

CRAIG, Paul: «Once More Unto the Breach: The Community, the State and Damages Liability», *LQR*, n. 113, 1997.

CRISTÓBAL-MONTES, Ángel: *Curso de derecho romano: (derecho de obligaciones)*, Cursos de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la: *La actividad de la administración: lecciones de derecho*, Tecnos, Madrid, 1983.

CUQ, Édouard: *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Librairie Plon, Paris, 1917.

D'AGOSTINO, Francesco: *Dimensioni dell'equità*, Giappichelli, Torino, 1977.

DAGTOGLOU, Pródromos: *Ersatzpflicht des Staates bei Legislativem Unrecht?*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1963.

\_\_\_\_\_: *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, Joachim Heitmann & Co, Hamburgo, 1971.

D'AMICO, MARILISA: *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè Editore, Milano, 1993.

DE CUPIS, Adriano: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1970.

\_\_\_\_\_: *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, v. 2, 2. ed., A. Giuffrè, Milano, 1966-1970.

DE LA HUCHA CELADOR, F.: «Algunas consideraciones sobre la aplicación de la equidad en el Derecho tributario», *Impuestos-La ley*, t. I, 1987.

DELGADO PINTO, José: *Estudios de filosofía del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

DE LUIS Y LORENZO, José Felix: «Informe relativo a reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la aplicación del artículo 33 de la ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública», *Documentación Jurídica*, tomo XVI, n. 63, 1989.

DEL VECCHIO, Giorgio: *Filosofía del derecho*, 7. ed., Bosch, Barcelona, 1960.

DEMOLOMBE, C.: *Cours de code civil*, t. XV: art. 1370 a 1386, Meline, Cans et Compagnie, Bruxelles, 1847.

DEMOGUE, René: *Traité des obligations en général*. I, Sources des obligations: (suite). T. IV, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1924.

DE SANTIS, Alberto: «La tutela giurisdizionale del diritto alia ripetiziohe d'indebito tributario», *Bollettino tributario d'informazioni*, Milano, n. 11, anno quarantanovesimo, 15-06-1982.

DE SEMO, Giorgio: *La gestión de negocios ajenos: en la teoría y en la práctica*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961.

DE VERGOTTINI, Giuseppe: *Le transizioni costituzionali: sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Il Mulino, Bologna, 1998.

DÍAZ, Elías: *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1984.

\_\_\_\_\_ : *Sociología y filosofía del derecho*, 2. ed., Taurus, Madrid, 1981.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Derecho de daños*, 1. ed., Civitas, Madrid, 1999.

\_\_\_\_\_ : *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Vol. 2, Las relaciones obligatorias, 4. ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 1993.

DORAL GARCIA, Jose Antonio: *El derecho nuevo y la equidad sobre el artículo 3.2 del Código civil: lección inaugural del Curso Académico 1997-1998 en la Universidad de Navarra*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1997.

D'ORAZIO, Giustino: *Una vacatio per le sentenze costituzionali?*, *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, anno XX, 1975.

D'ORS, Álvaro: *Derecho privado romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968.

DREIER, Ralf: *Recht, Moral, Ideologie: Studien zur Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981.

DROMI, José Roberto: *Derecho administrativo económico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1977.

\_\_\_\_\_ : *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Grouz, Madrid, 1986.

DUEZ, Paul: *Traité de droit administratif*, Dalloz, Paris, 1952.

DUGUIT, Léon: *Traité de droit constitutionnel*, Tome Troisième, Ancienne Librairie Fontemoing & Éditeurs, Paris, 1930.

DUNI, Giovanni: *Lo stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, Giuffrè Editore, 1968.

ECHEVERRÍA, Manuel: *Kelsen y los juristas mexicanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1968.

ENDEMANN, Friedrich: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts: Einführung in das Studium des Bürgerlichen Herfetzbunchs*, 9. ed., Karl Henmanns, Berlin, 1903.

ENGISCH, Karl: *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1967.

ENNECCERUS, Ludwig: *Tratado de derecho civil*. Segundo t., Derecho de obligaciones, 3. ed., Bosch, Barcelona, 1950.



ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin: *Tratado de derecho civil*, Primer tomo, Derecho civil: parte general, Vol. primero, Introducción , derecho objetivo, derechos subjetivos, sujeto del derecho, objeto del derecho, 2. ed., Bosch, Barcelona, 1953.

E. PALMER, George: *The Law of Restitution*, Volume I, Little, Brown and Company, Boston-Toronto.

\_\_\_\_\_ : *The Law of Restitution*, Volume II, Little Brown and Company, Boston-Toronto.

\_\_\_\_\_ : *The Law of Restitution*, V. III, Little, Brown and Company, Boston and Toronto.

ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang; «Das Verwaltungshandeln», en *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. ed., W. de Gruyter, Berlin, New York, 1986.

ESCRIBANO LÓPEZ, Francsico: *La configuración jurídica del deber de contribuir: perfiles constitucionales*, Civitas, Madrid, 1985.

\_\_\_\_\_ : La eficacia en el tiempo de las normas tributarias (art. 20), In: *Comentarios a la Ley general tributaria y líneas para su reforma: libro-homenaje al profesor Dr. D. Fernando Sainz de Bujanda*, V. I, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991.

ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto: *Derecho tributario*. Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ESPÍN, Diego: *Manual de derecho civil español*. Vol. III, Obligaciones y contratos, 2. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961.

ESPOSITO, Carlo: *Illegittimità costituzionale e abrogazione, Giurisprudenza costituzionale*, A. Giuffrè, Milano, 1958.

ESSER, Josef: *Schuldrecht: ein Lehrbuch*, 7. ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1992.

FALCÓN Y TELLA, María José: *Equidad, derecho y justicia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

FALCÓN Y TELLA, Ramón: La llamada jurisprudencia *prospectiva*: precisiones sobre el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de normas tributarias, *Quincena Fiscal-QF*, n. 7, abril-1997.

FALQUI MASSIDDA, Carlo; JACCHIA, Mario: *Promesse unilaterali, gestione d'affari, ripetizione dell'indebito, "soluti retentio", arricchimento senza causa*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1968.

FANTOZZI, Augusto: *Diritto tributario*, UTET, Torino, 1991.

FARIÑAS DULCE, María José: *La sociología del derecho de Max Weber*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.

FARRELL, Martín Diego: *Hacia un criterio empírico de validez*, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Buenos Aires, 1972.

FAURÉ, Christine: *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

FAVOREU, Louis: *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994.

FENOR DE LA MAZA Y CORNIDE-QUIROGA, Ángel: *Reflexions sobre a responsabilidade do Estado lexislador*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1994.

FERNANDEZ DE VELASCO, Recaredo: «La equidad en el Derecho administrativo español», *Revista de Derecho Público*, Madrid, n. 18, año 11, 1933.

\_\_\_\_\_ : *Resumen de derecho administrativo y de ciencia de la administración*, Tipografía de J. Sánchez, Murcia, 1920, tomo I

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2. ed., Tecnos, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1998.

FERRANDIS VILELLA, José: «Una revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las obligaciones», *Anuario de Derecho civil (XI)*, Madrid, 1958.

FERRARI, Sigfrido: *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, A. Giuffrè, Milano, 1962.

FERRARI, Vincenzo: *Funzioni del diritto: saggio critico-riconstruttivo*, Laterza, Roma, 1987.

FERREIRO LAPATZA, José Juan: *Curso de derecho financiero español*, 14. ed., Marcial Pons, Madrid, 1992.

\_\_\_\_\_ : *Derecho tributario*, Parte general, 24. ed., Marcial Pons, Madrid, 2004.

FIKENTSCHER, Wolfgang: *Schuldrecht*, 4. ed., De Gruyter, Berlin, 1972.

FINES, Francette: *Etude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne: de la référence aux "principes généraux communs", à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, Libr. générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1990.

FINNIS, John: *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

FIORINI, Bartolome A.: *Manual de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 1968.

FISCHER, Hans Albrecht: *Los daños civiles y su reparación*, Biblioteca de la Revista de derecho privado, Madrid, 1928.

FLEINER, Fritz, *Instituciones de derecho administrativo*, Labor, Barcelona, 1933.

FLOGAÏTIS, Spyridon: *Administrative law et droit administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1986.

FLOUR, Jacques: *Les obligations*. 2, Le fait juridique: quasi-contrats, responsabilité délictuelle, 6. ed., Armand Colin, Paris, 1994.

FRANZONI, Massimo: *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, CEDAM, Padova, 1988.

\_\_\_\_\_ : “La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones”, En: *Estudios sobre la responsabilidad Civil*, Ara Editores, Lima, 2001.

FRATTOROLO, Vittorio: *L'azione di arricchimento nella giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 1974.

FRIER, Pierre-Laurent: *Précis de droit administratif*, 3. ed., Montchrestien, Paris, 2005.

FROMONT, Michel: *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996.

FROSINI, Vittorio: «L'equità nella teoria generale del diritto», en *L'equit: Convegni di Studio sui Problemi Attuali di Diritto e Procedura Civile (Italia)*, A. Giuffrè, Milano, 1975.

FULLER, Lon L.: *La moral del derecho*, F. Trillas, México, 1967.

GAFFURI, Gianfranco: *L'attitudine alla contribuzione*, Giuffrè, Milano, 1969.

\_\_\_\_\_ : *Lezioni di diritto tributario: parte generale e compendio della parte speciale*, 4. ed., CEDAM, Padova, 2002.

GALERA RODRIGO, Susana: *La aplicación administrativa del derecho comunitario: administración mixta: tercera vía de aplicación*, Civitas, Madrid, 1998.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: *Derecho general de organización*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971.

GALLO, Paolo: *L'arricchimento senza causa*, Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1990.

GARBAGNATI, Edoardo: Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della corte costituzionale, in: *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale-Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Giuffrè Editore, Milano, v.4, 1977.

GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo: «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos» en *Derecho administrativo: parte especial*, José Bermejo Vera [director], 7. ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Curso de derecho administrativo*, 10. ed., tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2000.

\_\_\_\_\_: *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.

\_\_\_\_\_: La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, 1981.

\_\_\_\_\_: *La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el derecho español*, 2. ed., Thomson – Civitas, Navarra, 2007.

\_\_\_\_\_: *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la administración*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956.

\_\_\_\_\_: Principio de legalidad, Estado material de derecho, y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 10, 1984.

\_\_\_\_\_: Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales, Civitas, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 61, enero/marzo de 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de derecho administrativo*, 14. ed., tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2008.

GARCÍA OVIEDO, Carlos: *Derecho administrativo*, 9. ed., E.I.S.A., Madrid, 1968.

GARCÍA DEL CORRAL, L.; *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Jaime Molinas, Barcelona, 1897.

GARCIA LUENGO, Javier: *El Principio de Protección de la Confianza en Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.

GARCÍA MACHO, Ricardo: «Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del tribunal de justicia», en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, coordinación-Rafael Gómez-Ferrer Morant, Civitas, Madrid, 1989.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1974.

GARCÍA PELAYO, Manuel: *Derecho constitucional comparado*, 7. ed., Revista de Occidente, Madrid, 1964.

\_\_\_\_\_: El "status" del Tribunal Constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, 1981.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco: *Sanciones administrativas: garantías, derechos y recursos del presunto responsable*, 3. ed., Comares, Granada, 2007.

GARCÍA NOVOA, César: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1998.

GARRIDO MAYOL, Vicente: *La responsabilidad patrimonial del estado especial referencia a la responsabilidad del estado legislador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GARRIDO FALLA, Fernando: «La Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992», *Revista española de Derecho administrativo*, n. 77, 1993

\_\_\_\_\_ : «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 94, 1997.

\_\_\_\_\_ : «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 118, 1989.

\_\_\_\_\_ : *Tratado de derecho administrativo*, V. 2, 5. ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974

GARRIDO FALLA, Fernando; FERNÁNDEZ PASTRANA, José María: *Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas: (un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1993.

GARRORENA MORALES, Ángel: La sentencia constitucional, *Revista de Derecho Político*, n. 11, 1981.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto: Algo más acerca del “coto vetado”. *Doxa*, Alicante, n. 6, 1989.

GASTON FRIEDMANN, Wolfgang: *Die Bereicherungshaftung im angloamerikanischen Rechtskreis in Vergleichung mit dem deutschen bürgerlichen Recht*, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1930.

GAYA SICILIA, Regina: *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Montecorvo, Madrid, 1987.

GAUTRON, Jean-Claude: *Droit européen*, 10. ed., Dalloz, Paris, 2002.

GERONTAS, Apostolos: Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, *Deutsches Verwaltungsblatt-DVBL*, Köln, 1982.

GIANNINI, Achille Donato: *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Editrice Torinese, Torino, 1956.

GIARDINA, Emilio: *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, A. Giuffrè, Milano, 1961.

GHIGLIANI, Alejandro E.: *Del "control" jurisdiccional de constitucionalidad*, Roque Depalma, Buenos Aires, 1952.

GIERKE, Otto Friedrich von: *Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, Duncker & Humblot, München, 1917.

GIORGI, Giorgio: *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*: expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1911, v. VI.

GIRARD FREDERIC, Paul: *Manuel élémentaire de droit romain*, 7. ed., Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1924.

GODED MIRANDA, Manuel: «Nota informativa sobre la responsabilidad del Estado Legislador en relación con las normas que adelantaron la edad de jubilación», *Documentación Jurídica*, n. 63, tomo XVI, 1989.

GOFF, Robert, JONES, Gareth: *The law of restitution*, Sweet & Maxwell, London, 1966.

GOHIN, Olivier: «La responsabilité de l'Etat en tant que législateur», *Revue internationale de droit comparé*, Année 1998, Volume 50, Numéro 2.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Direito Constitucional*, 5. ed., Almedina, Coimbra, 1991.

\_\_\_\_\_ : *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra, 1974.

GOMES CANOTILHO, J. José; MOREIRA, Vital: *Constituição da República Portuguesa anotada*, Livraria Almedina, Coimbra, 1982.

\_\_\_\_\_ : *Fundamentos da Constituição*, Coimbra editora, Coimbra, 1991.

GÓMEZ PUENTE, Marcos: *La inactividad del legislador*: una realidad susceptible de control, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio: : «El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

\_\_\_\_\_ : «Ingresos indebidos y pago de intereses por el Estado», *Memoria de la Asociación Española de Derecho Financiero de 1978*, Madrid, 1980.

GONZÁLEZ NIETO, «Los pagos ilegales en las entidades locales», *Revista de Estudios de la vida local*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, n. 105, mayo-junio 1959.

GONZÁLEZ VICEN, Felipe: *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 5.ed., Cizur Menor, Aranzadi, (Navarra), 2009.

\_\_\_\_\_ : *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, 4. ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2006.

GORÉ, François: *L'enrichissement aux dépens d'autrui: source autonome et générale d'obligations en droit privé français: essai d'une construction technique*, Librairie Dalloz, Paris, 1949.

GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Archiv des öffentlichen Rechts-AöR*, n. 98, 1973.

\_\_\_\_\_ : «Vertrauensschutz als Freiheitsschutz», *Deutsches Verwaltungsblatt-DVBl*, Köln, 1973.

GRAZIANI, A.: «L'azione di ingiustificato arricchimento», *Rivista di diritto civile*, Milano, Società editrice libraria, 1922.

GRISOLI, Angelo: *L'illecito e la responsabilità delle Comunità Europee*, CEDAM, Padova, 1970.

GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, 2. ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

\_\_\_\_\_ : *Derecho procesal civil*, tomo I, 4. ed., Civitas, Madrid, 1998.

\_\_\_\_\_ : «Indicaciones sobre el problema de la causa en los actos procesales», *Revista de Derecho procesal*, Madrid, año IV, n. 3, Julio-septiembre-1948.

GUASTINI, Riccardo: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993.

GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine: *Nullité, restitutions et responsabilité*, Libr. générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1992.

GUERRERO CORRAL, Luis: *El derecho del contribuyente a la devolución de impuestos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

GUIBOURG, Ricardo A.: *Teoría general del derecho*. La Ley, Buenos Aires, 2003.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Cobro de lo Indebido», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978;

GURINO, Giuseppe: Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegitime, *Jus*, año II, Milano, septiembre 1951.

HARLOW, Carol: «Pouvoir discrétionnaire et responsabilité du gouvernement», en *Pouvoir discrétionnaire de l'administration et problèmes de responsabilité: actes / 25e.Colloque de droit européen*, Oxford (Royaume-Uni), 27-29 septembre 1995, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997.

- HART, Herbert L. A.: *El concepto de derecho*, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1986.
- HAURIOU, Maurice: *Précis de droit administratif et de droit public*, 12. ed., Dalloz, Paris, 2004.
- \_\_\_\_\_ : *Précis de droit constitutionnel*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1923.
- HEDLEY, Steve: *A critical introduction to restitution*, Butterworths, London, 2001.
- HENSEL, Albert: *Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- HEYDE, WOLFGANG: Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen, in: *Festschrift Hans Joachim Faller*, C.H. Beck, München, 1984.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Derecho de obligaciones*, Editorial CEURA, Madrid, 1983.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo: Extensión y límites de la cosa juzgada en el contencioso-administrativo, in: *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- HOBBS, Thomas: *Del ciudadano*, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966.
- \_\_\_\_\_ : *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- HUSTER, Stefan: Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, *Juristenzeitung*, JZ, Tübingen, 1994.
- IGLESIAS, Juan: *Derecho romano: instituciones de derecho privado*, 6. ed., Ariel, Barcelona, 1965.
- IPSEN, Jörn: Nichtigerklärung oder Verfassungswidrigerklärung—Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis, *Juristenzeitung- JZ*, Tübingen, 1983.
- \_\_\_\_\_ : *Richterrecht und Verfassung*, Duncker und Humblot, Berlín, 1975.
- ISAAC, Guy: *Manual de derecho comunitario general*, 2. ed., Ariel, Barcelona, 1993.
- JAENICKE, Günther: *Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner organe*, Bundesrepublik Deutschland, publicado en Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner organe. Länder berichte und Rechtsvergleichung, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Karl Heymanns Verlag KG, Colonia-Berlín, 1967.
- JARACH, Dino: *Curso superior de Derecho Tributario*, Liceo Profesional Cima, Buenos Aires, 1969
- \_\_\_\_\_ : *El hecho imponible: teoría general del derecho tributario sustantivo*, 2. ed., Abeledo-perrot, Buenos Aires, 1971.



JEANNEAU, Benoit: *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Éditions du Recueil Sirey, Paris, 1954.

JELLINEK, Georg: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Aalen, Scientia, 1964.

\_\_\_\_\_ : *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2000.

JELLINEK, Walter: *Verwaltungsrecht*, 3. ed., Julius Springer, Berlin, 1931.

JÈZE, Gaston: «Les lois interprétatives. Contribution à l'étude du principe de la non-rétroactivité des lois», *Revue du Droit Public*, 1924.

JHERING, Rudolf von: *La dogmática jurídica*, Losada, Buenos Aires, 1946.

JIMÉNEZ CLAR, Antonio: «Obligaciones y contratos», en *Instituciones de derecho privado*/Juan Francisco Delgado de Miguel, coord., tomo III, v. 3, Thomson Civitas, Madrid, 2005.

JOHNSTON, David; ZIMMERMANN, Reinhard: *Unjustified enrichment: key issues in comparative perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

JOSEPH POTHIER, Robert: *Tratado de las obligaciones*, 2. ed., Librería Extranjera y Nacional, Científica y Literaria, Madrid, 1872.

JOSSERAND, Louis: *Derecho civil. T. II. Vol. I, Teoría general de las obligaciones*, Bosch, Buenos Aires, 1950.

JÖRS, Paul: *Derecho privado romano*, Labor, Barcelona, 1937.

\_\_\_\_\_ : *Principios generales del derecho administrativo*, tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948.

JUNG, Erich: *Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes*, Hirschfeld, Leipzig, 1902.

KANT, Immanuel: *Principios metafísicos del derecho*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873.

KASER, Max: *Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische recht*, 2. ed., C.H. Beck, München, 1971.

KEETON, George Williams; SHERIDAN, Lionel Astor: *Equity*, 3. ed., Barry Rose, Chichester, 1987.

KELSEN, Hans: *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Centro Editor de America Latina, Buenos Aires, 1969.

\_\_\_\_\_ : *Derecho y lógica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978.

\_\_\_\_\_ : «El fundamento de la validez del Derecho», *Revista de Ciencias Sociales*, n. 6, Valparaíso, 1974.

\_\_\_\_\_ : *La giustizia costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1982.

\_\_\_\_\_ : *La teoría pura del derecho*, Editora Nacional, México, 1981.

\_\_\_\_\_ : *Normas jurídicas y análisis lógico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

\_\_\_\_\_ : *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, Porrúa, México, 1987.

\_\_\_\_\_ : *Teoría general de las normas*, Trillas, México, D.F., 1994.

\_\_\_\_\_ : *Teoría general del derecho y del estado*, 2. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico, 1983.

KOHLER, Josef: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.*, Carl Heymanns, Berlin, 1906.

KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, J. von: *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, v. I, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1903.

KUPISCH, Berthold: *Über das römische Recht hinaus: Beiträge zum Zivilrecht (Mit einem Verzeichnis sämtlicher Veröffentlichungen)*, C. F. Müller, Heidelberg, 2002.

KRUSE, Heinrich Wilhelm: *Steuerrecht: ein Studienbuch. I teil, Allgemeiner*, 2. ed., Beck, München, 1969,

HALLER, Herbert: *Die Prüfung von Gesetzen: ein Beitrag zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle*, Springer-Verlag, Wien; New York, 1979.

HANBURY, Harold Greville: *Modern equity: the principles of equity*, 7. ed., Stevens, London, 1957.

HAURIOU, Maurice: *La jurisprudence administrative*, Tomo I, Recueil Sirey, Paris, 1929.

HECK, Philipp: *Grundriss des Schuldrechts*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1929.

HEERS, Mireille: «La securité juridique en droit administratif française: vers une consécration du principe de confiance légitime?», *Revue française de Droit Administratif*, n. 11, 1995.

HENKEL, Heinrich: *Introducción a la filosofía del derecho: fundamentos del derecho*, Taurus, Madrid, 1968.

HERRERA MOLINA, Pedro Manuel: *Capacidad económica y sistema fiscal: análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

\_\_\_\_\_ : Los efectos de la inconstitucionalidad de las leyes tributarias en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (en especial la ultraactividad transitoria de los preceptos inconstitucionales), *Quincena Fiscal*, n. 13, 1996.

HIERRO ECHEVARRÍA, Antonio: «La devolución de los ingresos tributarios indebidos», *VII Jornadas hispano-luso-americanas de Estudios Tributarios, Memoria de la Asociación Española de Derecho Financiero*, 1978, Madrid, 1980.

HIERRO, Liborio L.: «El concepto de justicia y la teoría de los derechos» en *Estado, justicia, derechos*, Elías Díaz, José Luis Colomer, (eds.), Alianza, Madrid, 2002.

\_\_\_\_\_ : *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho*, F. Torres, Valencia, 1981.

\_\_\_\_\_ : *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: «La gestión de negocios ajenos sin mandato». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, n. 507, año LI, Marzo-Abril 1975.

\_\_\_\_\_ : «El pago de lo indebido», en *Libro-Homenaje a Ramón Ma. Roca Sastre*, vol. II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976.

\_\_\_\_\_ : *Estudios de derecho privado, común y foral*. Tomo II, Obligaciones y sucesiones, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España: Centro de Estudios Registrales, Barcelona, 1992.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: *Elementos de derecho civil*. T. 1, Parte general. Vol. 3, Derecho subjetivo; Negocio jurídico, 3. ed., Dykinson, Madrid, 2005.

LADARIA CALDENTEY, J.: *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, Barcelona, 1952.

LAFERRIÈRE, Julien: *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tomo II, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1989.

LAGO MONTERO, José María: «Procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del estado legislador en materia tributaria», en *Responsabilidad del Estado por Actos de Contenido Tributario*, XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario Cartagena de Indias-Colombia, 2010, Tomo II, Abeledo Perrof.

LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe: *Manuale di diritto amministrativo*, 7. ed., Giuffrè, Milano, 1983.

LAPORTA, Francisco J.: «Imperio de la Ley y Seguridad Jurídica», en *Estado, justicia, derechos*, Elías Díaz, José Luis Colomer, (eds.), Alianza, Madrid, 2002.

\_\_\_\_\_ : «Teoría y realidad de la legislación: una introducción general», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho: Seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, en Madrid,

los días 11 y 12 de noviembre de 2003/ Aurelio Menéndez Menéndez director, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

LARENZ, Karl: *Derecho de obligaciones*, tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

\_\_\_\_\_ : *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.

LAROMBIÈRE, M. L.: *Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des titres III et IV livre III du Code civil: art. 1322-1386*, tomo III, 9. ed., Bruylant-Christophe et compagne, Bruxelles, 1863.

LA TORRE, Massimo: *La lucha contra el derecho subjetivo: Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2008.

LAUBADÈRE, André de: *Traité élémentaire de droit administratif*, 3. ed., Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1963.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves: *Traité de droit administratif*, 11. ed., Tomo I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990.

LEGAZ LACAMBRA, Luis: *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1953.

LEGUINA VILLA, Jesús: «La responsabilidad patrimonial de la Administración de sus autoridades y del personal a sus servicio», en *La Nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993.

LEIBHOLZ, Gerhard: *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, 2. ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1959.

LEITE DE CAMPOS, Diogo José Paredes: *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, Almedina, Coimbra, 2003.

LENZ, Karl-Heinz: *Das Vertrauensschutz-Prinzip: Zuglich eine notwendige Besinnung auf die Grundlagen unserer Rechtsordnung*, Walter de Gruyter, Berlin, 1968.

LOBO TORRES, Ricardo: *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, v. 5.

LOCHAK, Danièle: «Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative», en *Le droit administratif en mutation*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993.

LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la constitución*, 2. ed., Ariel, Barcelona, 1976.

LOMBARDI, «L'amministrazione pubblica e il divieto d'arricchimento senza causa», en *Studi in onore di Federico Cammeo*, V. II, CEDAM, Padova, 1933.

LONG, Marceau: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 4. ed., Sirey, Paris, 1965.

LÓPEZ CÁRCAMO, Ignacio: Determinación de los responsables, *in: Ley de la potestad sancionadora: comentario sistemático* / Iñaki Lasagabaster Herrarte (director), LETE, Bilbao, 2006.

LÓPEZ DE OÑATE, Flavio: *La certeza del derecho*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953.

LÓPEZ MENUDO, Francisco: *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982.

LÓPEZ MUÑOZ, Riánsares: *Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la administración de justicia*, 2. ed., Comares, Granada, 2000.

LUCAS VERDÚ, Pablo: *Estado liberal de derecho y estado social de derecho*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1955.

ŁĘTOWSKA, Ewa: «Unjust enrichment in eastern european countries», en *International encyclopedia of comparative law*, Peter Schlechtriem, chief editor, Vol. X, Restitution, unjust enrichment and negotiorum gestio. Chapter 4, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Dordrecht [etc.], Martinus Nijhoff, 1997.

MACÍA MANSO, Ramón: *Reflexiones sobre la validez jurídica*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1967.

MACILWAIN, Charles Howard: *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

MAFFEZZONI, Federico: *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Editrice Torinese, Torino, 1971.

MAGGIORE, Giuseppe: «L'equità e il suo valore nel Diritto», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, anno, III, 1923.

MALAURIE, Philippe; AYNES, Laurent: *Cours de droit civil*. Tome VI, Les obligations, 7. ed., Cujas, Paris, 1995.

MANGAS MARTÍN Y LIÑAN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español*, Tomo XII, 5. ed., Reus, Madrid, 1951.

MANZONI, Ignazio: *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1965.

MARCOS CARDONA, Marta: *El procedimiento sancionador tributario*, Iustel, Madrid, 2005.

MARÍN PAGEO, Encarnación: *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1990.

MARRONE, Matteo: *Istituzione di diritto romano*, 3. ed., Palumbo, Palermo, 2006.

MARTÍN QUERALT, Juan: La ejecución de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: las peticiones de devolución y las acciones de resarcimiento, *in: Análisis de la jurisprudencia tributaria comunitaria: su incidencia en los tribunales españoles*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Jurídica, Madrid, 2008.

MARTÍN REBOLLO, Luis: «La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en España» *en Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio europeo de derechos humanos, España, Alemania, Francia, Italia / Javier Barnés (coordinador)*, Tecnos, Madrid, 1996.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián: *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996.

MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, José Miguel: Retroactividad o irretroactividad de las SSTJCE que reconocen el derecho a la devolución de lo indebido tributario comunitario (Doctrina jurisprudencial del TJCE), *Impuestos*, n. 17, 1998.

MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio: «El enriquecimiento sin causa en Derecho financiero», *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, n. 36/1982.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: *La Constitución Española de 1812: (el constitucionalismo liberal a principios del siglo XIX)*, Pascual Ibáñez, Valencia, 1978.

MATHIEU, B. Machelon: *La loi*, Dalloz, Paris, 1996.

MAUNZ, Theodor; BETHGE, Herbert; KLEIN, Franz; ULSAMER, Gerhard; SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2. ed., C. H. Beck, München, 1985.

MAURER, Hartmut: «Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz», *en Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*-herausgegeben von Josef Isensee und Paul Kirchhof, vol. III, 3. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2003.

MAYER, Otto: *Derecho administrativo alemán*. Tomo IV, parte especial, Las obligaciones especiales: (servicio del Estado ...), Arayú, Buenos Aires, 1954.

MAZEAUD, Henri; CHABAS, François: *Leçons de droit civil*. T. deuxième. Premier vol., Obligations: théorie générale, 6. ed., Montchrestien, Paris, 1978.

MEDEIROS, Rui: *A decisão de inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999.

\_\_\_\_\_: *Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por actos legislativos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1992.

MELLADO PRADO, Pilar: *La responsabilidad política del gobierno en el ordenamiento español*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1988.

MENEGHELLI, Ruggero: *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, CEDAM, Padova, 1964.

MERK, Wilhelm: *Deutsches Verwaltungsrecht*, V. 2, Duncker & Humblot, Berlin, 1974.

MESSINEO, Francesco: *Manual de derecho civil y comercial*. T. II, Doctrinas generales, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

\_\_\_\_\_ : *Manual de derecho civil y comercial*, T. VI, Relaciones obligatorias singulares: (párrafos 153 ter a 169 bis), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco: «La responsabilidad del estado legislador», en *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez / director*, José Díaz Delgado, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2004.

MICCIO, Renato: *Commentario del Codice civile*. Libro IV. T. quarto, Dei singoli contratti: e delle altre fonti delle obbligazioni, Unione tipografico-Editrice torinese, Torino, 1959.

MIRANDA, Jorge: *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Revista da faculdade de direito da universidade de Lisboa, Lisboa, 1968.

\_\_\_\_\_ : *Manual de Direito Constitucional*, 2. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1983, Tomo II.

\_\_\_\_\_ : *Manual de direito constitucional*, tomo IV, Coimbra, Coimbra editora, 1983.

MIRANDA, Pontes de: *Tratado de direito privado*, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1970, Tomo IV.

\_\_\_\_\_ : *Tratado de direito privado: parte especial*, T. XXVI, 3. ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1971.

MIR PUIGPELAT, Oriol: *La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

MOITINHO DE ALMEIDA, J.: «La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993.

MONATERI, Pier Giuseppe: *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale: (analisi comparata di un problema)*, CEDAM, Padova, 1989.

MONTESANO, Luigi: «Legge incostituzionale, processo e responsabilità», *II Foro Italiano*, 1952.

MORANGE, G.: «L'irresponsabilité de l'Etat l'legislateur (Évolution et aimir)», *Recueil Dalloz*, 1962.

MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio: *La responsabilidad patrimonial del estado-legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009.

MORTATI, Costantino: *La constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

MOSCHETTI, Francesco: *Il principio della capacità contributiva*, CEDAM, Padova, 1973.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas: y otros estudios sobre responsabilidad*, 2. ed., Civitas, Madrid, 1998

\_\_\_\_\_ : «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el derecho comunitario europeo», en *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial /* dirigido por Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Diego J. Liñán Nogueras, Civitas, Madrid, 1993.

MURILLO DE LA CUEVA, Lucas: El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, tomo I, enero-febrero, n. 7, 1979.

NABAIS, José Casalta: *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1997.

NAVARRO FERNÁNDEZ, Pablo F.: «La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el derecho financiero y tributario español», en *Responsabilidad del Estado por Actos de Contenido Tributario*, XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario Cartagena de Indias-Colombia, 2010, Tomo II, Abeledo Perrof.

NICHOLAS, Barry: «Subsidiarity», en *Unjustified enrichment*, Hart Publishing, Oxford, 2003.

NICOLUSSI, Andrea: «Bereicherungsrechte arricchimento senza giusta causa», en *I cento anni del Codice Civile Tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana: atti del Convegno di Ferrara*, 26-28 settembre 1996, CEDAM, Padova, 2002.

NIEDERLÄNDER, Hubert: *Die Bereicherungshaftung im Klassischen römischen Recht: der Ursprung der Haftungsbefreiung durch Wegfall der Bereicherung*, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1953.

NIETO, Alejandro: *Derecho administrativo sancionador*, 4. ed., Tecnos, Madrid, 2005.

NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del derecho*, 7. ed., Ariel, Barcelona, 1996.

\_\_\_\_\_ : *La validez del derecho*, Editorial Astrea de A. y R. Depalma, Buenos Aires, 1985.



NOVOA GARCÍA, Cesar: *La devolución de ingresos tributarios indebidos*, Instituto de Estudios Fiscales - Marcial Pons, Madrid, 1993.

NÚÑEZ-LAGOS, R.: *Código civil*. T. XXX, Artículos 1887 a 1901. Vol. segundo, Cobro de lo indebido, enriquecimiento sin causa / comentado y concordado extensamente... y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961.

\_\_\_\_\_ : *Pago de lo indebido sin error*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946.

OCCHIOCUPO, Nicola: *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Il Mulino, Bologna, 1978.

OCHOA GÓMEZ, María Pilar: *La responsabilidad patrimonial de la administración pública y el fenómeno urbano*, Instituto Vasco de la Administración Pública=Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, Oñati, 2005.

OLIVA SANTOS, A. DE LA: La STC Pleno 45/1989 (IRPF y declaración conjunta de los casados): una legislación retroactiva y, de nuevo, el principio de igualdad en entredicho”, *La Ley*, 1989, II.

OLIVECRONA, Karl: *El derecho como hecho*, Labor, Barcelona, 1980.

OLIVER FIELD, Peter: *The Effect of an Unconstitutional Statute*, Da capo press-University of Minnesota Press, New York, 1971.

OLIVETTI, Marco: «La giustizia costituzionale in Austria (e in Cecoslovacchia)» en *La giustizia costituzionale in Europa*, a cura di Marco Olivetti, Tania Groppi, Giuffrè, Milano, 2003.

ORLANDO, Vittorio Emanuele: *Principii di diritto amministrativo*, G. Barbèra, Firenze, 1952.

OSSENBÜHL, Fritz: «Die Quellen des Verwaltungsrechts», en *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. ed., W. de Gruyter, Berlin, New York, 1986.

\_\_\_\_\_ : *Staatshaftungsrecht*, Verlag. H. Beck, München, 4. ed., 1991.

OTTO, Ignacio de: *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, 2. ed., Ariel, Barcelona, 1991.

PACCHIONI, Giovanni: *Della gestione degli affari altrui: secondo il diritto romano civile e commerciale*, 3. ed., CEDAM, Padova, 1935.

PAGENSTECHER, Max: *Zur Lehre von der Materiellen Rechtskraft*, Franz Vahlen, Berlin, 1905.

PALADIN, Livio: *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, A. Giuffrè, Milano, 1965.

PALAO TABOADA, Carlos: Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva, *in: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 1976.

\_\_\_\_\_ : El Derecho financiero y tributario en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *In: De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho [de la Universidad de Zaragoza]*, director Lorenzo Martín Retortillo, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1985.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Art. 1.902», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándid... [et al.]. 2. ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: *Derecho administrativo*, 15. ed., I, Parte general, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2004.

PAREJO ALFONSO, Luciano: «Los valores en la jurisprudencia del Tribunal constitucional», en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*; coordinación, Rafael Gómez-Ferrer Morant, Civitas, Madrid, 1989.

PARRA DE MÁS, Santiago: La retroactividad de la ley fiscal y el principio de la capacidad contributiva, en *XIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1972.

PASQUAU LIAÑO, Miguel: *La gestión de negocios ajenos: estudio crítico de sus caracteres y de su función práctica en el ordenamiento jurídico español*, Montecorvo, Madrid, 1986.

PAULICK, Heinz: *Ordenanza tributaria alemana*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980.

PAVOREU, Louis: Informe general introductorio, *In: Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, L. Favoreu... [et al.], Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984.

PECES-BARBA, Gregorio: *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate, Madrid, 1983.

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel: *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1955.

PERELMAN, Chaïm: *De la justicia*, Centro de Estudios Filosóficos, México, D.F., 1964.

\_\_\_\_\_ : *Ethique et droit*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1990.

PÉREZ DE AYALA, José Luis; GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio: *Curso de derecho tributario*, 6. ed., Tomo I, Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991.

PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen: *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 7. ed., Técno, Madrid, 2001.

\_\_\_\_\_ : *La seguridad jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998.

PÉREZ ROYO, Fernando: *Derecho financiero y tributario: parte general*, 15. ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

PERNICE, Alfred: *Marcus Antistius Labeo: Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1873, t. III.

PESTALOZZA, Christian: *Noch verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige Rechtslagen*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlass d. 25jährigen Bestehens d. Bundesverfassungsgerichts*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1976.

*Piccolo Stato, Costituzione e connessioni internazionali: atti del convegno dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo*, San Marino, Collegio Santa Chiara, 21-22 giugno 2002, a cura di Guido Guidi, G. Giappichelli, Torino, 2003.

PINARDI, Roberto: *La corte, i giudici ed il legislatore il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Giuffré Editore, Milano, 1993.

PITTEN VELLOSO, Andrei: *A temeraria modulação dos efeitos de pronuncia de inconstitucionalidade en materia tributaria*, *Revista Dialética de Directo Tributario*, Brasil, n. 157, 2008.

PIZZORUSSO, Alessandro: «Commento all'art. 134», en *Commentario della costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, Art. 134-139, Garanzie costituzionali, Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna, 1981.

\_\_\_\_\_ : *Lecciones de derecho constitucional*, 2. ed., v. 2., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

PLANIOL, Marcel: *Tratado elemental de derecho civil. Teoría general de los contratos: contratos especiales*. José M. Cajica, Puebla (México), 1947.

\_\_\_\_\_ : *Tratado práctico de derecho civil francés*, T. Sexto, Las obligaciones, Cultural, La Habana, 1946.

Plátón: *Diálogos*, T. IV, República, Gredos, Madrid, 1986.

PLESSEN, Richard: *Die Grundlagen der modernen condictio*. Deichert, Leipzig, 1904.

PONZANELLI, Giulio: *La responsabilità civile: profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 1992.

POSADA, Adolfo: *El régimen constitucional: esencia y forma, principios y técnica*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1930.

POSNER, Richard A.: *El análisis económico del derecho*, 2. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

POTITO, Enrico: *L'ordinamento tributario italiano*, A. Giuffré, Milano, 1978.

PRAENA REQUENA, A.: «Los expedientes de devolución de ingresos indebidos», *Hacienda Pública Española*, n. 16/1972, p. 269.

PRISCO, Giuseppe: *Filosofía del derecho fundada en la ética*, Librería de Miguel Guijarro, Madrid, 1886.

QUADRI, Rolando: Dell'applicazione della legge in generale, en *Commentario del codice civile*, Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna, 1974.

RADBRUCH, Gustav: *Filosofía del derecho*, Reus, Madrid, 2007.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis-Felipe: *Estudio legislativo y jurisprudencial del derecho civil: obligaciones y contratos*, Dykinson, Madrid, 2000.

RAWLS, John: *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*, 2. ed., Tecnos, Madrid, 1999.

\_\_\_\_\_: *Uma teoria de Justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2000.

RAZ, Joseph: *The concept of a legal system*, 2. ed., Clarendon Press, Oxford, 1980.

REBOLLO PUIG, Manuel: *El enriquecimiento injusto de la administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

\_\_\_\_\_: «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *Documentación administrativa*, Madrid, n. 263-264, 2002

RECASÉNS SICHES, Luis: *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 2. ed., Editorial Porrúa, México, 1973.

REIRIZ, María Graciela: *Responsabilidad del Estado*, EUDEBA, Buenos Aires, 1969.

RENARD, Jean: «Etude sur les conditions d'application de l'action d'enrichissement sans cause dans le droit français moderne», en *Revue trimestrielle de Droit civil*, Paris, 1920.

RENOUX, Thierry S.: *L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France*, Dalloz, Paris, 1991.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo: «Responsabilità (Diritto Costituzionale)», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXIX, A. Giuffrè, Milano, 1958.

REUTER, Dieter; MARTINEK, Michael: *Ungerechtfertigte Bereicherung*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1983.

RIBÓ DURÁN, Luis: *Diccionario de derecho*, 3. ed., Bosch, Barcelona, 2005.

RICCOBONO, Salvatore: «La gestione degli affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno», *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Milano, 1917.

\_\_\_\_\_: *Scritti di diritto romano*. II, Dal diritto romano classico al diritto moderno, Università degli studi, Palermo, 1964.

RIPERT, Georges: *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*. T. II, Obligations, droits réels, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1957.

RIVERO GONZÁLEZ, Manuel: «Introducción», *Revista de Documentación jurídica sobre La responsabilidad del Estado Legislador*, n. 63, tomo XVI, julio-septiembre 1989.

ROBLES MORCHÓN, G.: «La comparación entre el Derecho y los juegos», *Anuario de filosofía del derecho*, tomo III, Madrid, 1986.

ROCA I TRIAS, Encarna: *Derecho de daños: textos y materiales*, 5. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ROCA SASTRE, Ramón María: *Estudios de derecho privado*. T. I, Obligaciones y contratos, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

RODRIGUEZ BEREIJO, A.: «El sistema tributario en la Constitución (Los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 36, 1992.

RODRÍGUES CARBAJO, José Ramón: El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad, in: *Manual de derecho administrativo sancionador / dirección*, Joaquín de Fuentes Bardají... [et al.]; coordinación, Ignacio Pereña Pinedo, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús: *El interés de demora en la Ley General Tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ OLIVER, José María: «Los ámbitos exentos del control del Tribunal Constitucional», en *El tribunal Constitucional*, Vol. III, Dirección general de lo contencioso-administrativo del Estado, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1981.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María: *Historia del pensamiento jurídico*, V. 2, Siglos XIX y XX, 6. ed., Universidad Complutense, Madrid, 1988.

ROMANO, Santi: *Principii di diritto amministrativo italiano*, 2. ed., Societa editrice libraria, Milano, 1905.

ROSA, Francesca: «I Paesi senza controllo di costituzionalità delle leggi» en *La giustizia costituzionale in Europa*, a cura di Marco Olivetti, Tania Groppi, Giuffrè, Milano, 2003.

ROSS, Alf: *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.

\_\_\_\_\_ : *Hacia una ciencia realista del derecho*: crítica del dualismo en el derecho, Abeledo-Perrot, Bueno Aires, 1961.

\_\_\_\_\_ : *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

ROTH-STIELOW, Klaus: Die Verfassungswidrige Rückwirkung des 170 Abs., 1 Satz 1 BGB n.F. durch Art. 9 II Ziff. 2 FamRÄndG., *Neue juristische Wochenschrift*, Frankfurt, n. 13, 1963.

ROUAST, André: «L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile», *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, Sirey, 1922.

ROUBIER, Paul: *Les conflits de lois dans le temps*: (théorie dite de la non -retroactivité des lois), Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929.

ROUSSEAU, Jean-Jacques: *El contrato social o Principios de derecho político*, 2. ed., Taurus, Madrid, 1969.

RUBIO LLORENTE, Francisco: La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 22, enero-abril de 1988.

RUGGERI, Antonio: *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la corte costituzionale e il legislatore*: (premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica), Giuffrè, Milano, 1988.

RUIZ VADILLO, Enrique: *Introducción al estudio teórico práctico del derecho civil*, 14. ed., Ochoa, Logroño, 1984-1985.

\_\_\_\_\_ : «La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español», *Documentación Jurídica*, Madrid, n. 4, octubre-diciembre, 1974.

SACCO, Rodolfo: *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*: contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale, Unione Tipografico-editrice torinese, Torino, 1959.

SAINZ DE BUJANDA, Fernando: *Hacienda y derecho*: estudios de derecho financiero, v. 3, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

\_\_\_\_\_ : *Hacienda y derecho*: estudios de derecho financiero, V. 4, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955-1973.

\_\_\_\_\_ : *Notas de derecho financiero*, Tomo I, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho-Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1972.

SALEILLES, Raymond: *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire Allemand*, 3. ed., Librairie générale de droit & de jurisprudence, Paris, 1914.

SALVADOR CODERCH, Pablo: «Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una justa causa», *Revista de Derecho Privado*, II, Madrid, 1978.

SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa; GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: *La gestión de negocios ajenos*, Civitas, Madrid, 2000.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de derecho civil*, T. cuarto, Derechos de obligaciones, derecho de la contratación, 2. ed., Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899.

SANDULLI, Aldo M.: *Manuale di diritto amministrativo*, 12. ed., E. Jovene, Napoli, 1974.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Fundamentos de derecho administrativo*, tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

\_\_\_\_\_ : La teoría de la responsabilidad del Estado legislador, *Revista de Administración Pública*, núm. 68, mayo-agosto, 1972.

SANTOS BRIZ, Jaime: «El enriquecimiento injusto o sin causa», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*-Manuel Albaladejo, coord., t. XXIV, Artículos 1887 a 1929 del Código civil, Editorial Revista de derecho Privado, Madrid, 1984.

SAVATIER, René: *La théorie des obligations: vision juridique et économique*, Dalloz, Paris, 1967.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von: *Sistema del derecho romano actual*, V. VI, 2. ed., Centro editorial de Góngora, Madrid, 1930.

SCHLAICH, Klaus: *Das Bundesverfassungsgericht: stellung, verfahren, entscheidungen*, 7. ed., C.H. Beck, München, 2007.

SCHLECHTRIEM, Peter: *Schuldrecht, besonderer Teil*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1987.

SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982.

SCHNEIDER, Jens-Peter: «Seguridad jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán», *Documentación administrativa*, Madrid, n. 263-264, 2002.

SCHREIBER, Rupert: *Die Geltung von Rechtsnormen*, Springer-Verlag, Berlin, 1966.

SCHULZ, Fritz: «System der Rechte auf den Eingriffserwerb», *Archiv für die civilistische Praxis*, Tubingen, Mohr, 1909.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard: *L'autorité de chose décidée*, Librairie général de droit et de jurisprudence, Paris, 1969.

SENKOVIC, Petra: *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruyant, Bruxelles, 2000.

SERRANO ANTÓN, Fernando: *Las devoluciones tributarias*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996.

SERRANO MORENO, José Luis: *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Trotta, Madrid, 1999.

SERRA ROJAS, Andrés: *Derecho administrativo: doctrina, legislación y jurisprudencia*, tomo II, 14. ed, Porrúa, México, 1988.

SOHM, Rudolph: *Historia e instituciones del derecho privado romano*, La España Moderna, Madrid, 1920.

SOLER ROCH, María Teresa: «Notas sobre la configuración de las obligaciones y deberes tributarios con especial referencia al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, n. 25/1980.

SORIANO GARCÍA, José Eudenio: «Aplicación de la equidad en el Derecho Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 23, Madrid, 1979.

SOTO NIETO, Francisco: «La interpretación de las normas en el nuevo Título Preliminar del Código civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, n. 4, tomo LXXVIII, Año CXXVIII, abril, 1979.

SOUSA, Marcelo Rebelo de: *O valor jurídico do acto inconstitucional*, I, Lisboa, 1988.

SPISSO, Rodolfo R.: *Derecho constitucional tributario*, 2. ed., Depalma, Buenos Aires, 2000.

STARCK, Christian: *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

SUÁREZ GARCÍA, Javier: «Responsabilidad del Estado legislador», en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, DOMINGO BELLO JANEIRO, director, Santiago de Compostela, 1999.

SULLIVAN, Kathleen M., GUNTHER, Gerald: *Constitutional law*, 15. ed., Foundation Press, New York, 2004.

SWADLING, W. J.: «The role of illegality in the English law of unjust enrichment», en *Unjustified enrichment: key issues in comparative perspective*-edited by David Johnston, Reinhard Zimmermann, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel: «La causa de los tributos», *Hacienda Pública Española*, n. 64, 1980.

TESAURO, Francesco: *Il rimborso dell'imposta*, Editrice Torinese, Torino, 1975.

TESORO, Giorgio: «La causa giuridica dell'obbligazione tributaria», *Rivista italiana di diritto finanziario*, Bari, 1937.

TORRENT, A: *Manual de Derecho Privado Romano*, Librería Central, Zaragoza, 1987.



TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero: *Manuale di diritto privato*, 10. ed., A. Giuffrè, Milano, 1978.

TRIBE, Laurence H.: *American constitutional law*, volume One, third edition, Foundation Press, New York, 2000.

TRIMARCHI, Pietro: *L'arricchimento senza causa*, A. Giuffrè, Milano, 1962.

\_\_\_\_\_: *Rischio e Responsabilità Oggettiva*, Giuffrè Editore, Milano, 1961.

TROLLEY, M. A.: *Cours de droit administratif*, Tomo I, G. Thorel, Joubert, Paris, 1844.

TRUJILLO, Gumersindo: *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, Universidad de La Laguna, Secretariado de Publicaciones, La Laguna, 1970.

TUHR, Andreas von: *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*. Vol. I. 1., Depalma, Buenos Aires, 1946.

\_\_\_\_\_: *Tratado de las obligaciones*, Comares, Granada, 2007.

TULARD, Jean: *Historia y diccionario de la Revolución Francesa*, Cátedra, Madrid, 1989.

VALDÉS COSTA, Ramón: *Instituciones de derecho tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1992.

VANOSSI, Jorge Reinaldo: *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, 3. ed., Eudeba, Buenos Aires, 2000.

VARELA, João de Matos Antunes: *Das obrigações em geral*, V. I, 10. ed., Almedina, Coimbra, 2003.

VÁZQUEZ-SEIJÁS, Juan José: «Introducción», en *Manual de responsabilidad pública*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004.

VEDEL, Georges: *Derecho administrativo*, Aguilar, Madrid, 1980.

VELLANI, Mario: *Naturaleza de la cosa juzgada*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

VIRGO, Graham: *The principles of the law of restitution*, 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2006.

VILLAR EZCURRA, Marta: *Las disposiciones aclaratorias en la práctica jurídica*, Cedecs, Barcelona, 1996.

\_\_\_\_\_: «La protección a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima frente a las reformas tributarias retroactivas. Consideraciones en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el gravamen complementario de las tasas de máquinas de azar», *Quincena Fiscal*, n. 6, 1997.

VILLAR PALASÍ, José Luis: *Derecho administrativo*, Tomo I, Introducción y teoría de las normas, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1968.

VINEY, Geneviève; MARKESINIS, B. S.: *La réparation du dommage corporel: essai de comparaison des droits anglais et français*, Economica, Paris, 1985.

VIOQUE, Roberto Galán: *La responsabilidad del estado legislador*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2001.

VOGEL, Klaus: Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. STARCK, Christian (Org.), 1. ed., Mohr, Tübingen, 1976, v. 1.

VON MAYR, Robert: *Historia del derecho romano*, V. 2, Labor, Barcelona, 1926.

WINDSCHEID, Bernhard: *Diritto delle pandette*, v. 1, parte prima, Unione tipografico-editrice, Torino, 1902.

WILBURG, Walter: *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Kritik und Aufbau. Graz, Leuschner & Lubensky, 1934.

WILHELM LEIBNIZ, Gottfried: Tres ensayos: El derecho y la equidad. La justicia. La sabiduría, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional de México, México, D.F., 1960.

WRIGHT, Georg Henrik von: *Norma y acción: una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970.

WUNDERLICH, Christian: *Die Rechtsprechung des Bundesevrfassungsgericht zum Eigentumsgarantie und ihre Auswirkung auf die Staatshaftung fülegislatives Unrecht*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1994.

XIOL RÍOS, Juan Antonio: «La responsabilidad patrimonial por acto legislativo», en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Juan Antonio Moreno Martínez, coordinador, Dykinson, Madrid, 2007.

ZANOBINI, Guido: *Corso di diritto amministrativo*. V. I, Principi generali, 6. ed., A. Giuffrè, Milano, 1952.

ZAGREBELSKY, Gustavo: *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977.

ZORNOZA PÉREZ, Juan José: «Aspectos constitucionales del régimen de tributación conjunta en el IRPF (Comentario a la STC 45/1989, de 20 de febrero)», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, n. 27/1989.

\_\_\_\_\_ : *El sistema de infracciones y sanciones tributarias: los principios constitucionales del derecho sancionador*, Civitas, Madrid, 1992.