

Responsabilidad patrimonial derivada de actos legislativos en Bélgica: análisis jurisprudencial y doctrinal ¹

José Antonio García de Coca
Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PERÍODO ANTERIOR A LA CREACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO (1831-1946).—III. EL LARGO CAMINO HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR (1946-1971).—1. *Regulación*. 2. *Rechazo inicial*. 3. *Admisión de peticiones resarcitorias*. a) Los artificios de la jurisprudencia *Leynen*. b) Superación de los artificios y consolidación de la responsabilidad.—IV. ETAPA ACTUAL (1971-1999): VUELTA AL PASADO. 1. *La laguna creada por la Ley de 1971*. 2. *La respuesta del Consejo de Estado*. 3. *Su posible corrección*. a) De la responsabilidad con culpa. b) De la responsabilidad sin culpa.—V. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Pocas cuestiones del Derecho público han presentado unos perfiles tan complejos y unos recovecos tan inseguros como el de la reparación de los daños causados por las leyes. A primera vista, la complejidad e inseguridad debieran diluirse si el asunto se circunscribe a ciertos principios o realidades poco o nada controvertidos. Resulta pacífico que el causante de un daño debe repararlo; que la responsabilidad patrimonial derivada de determinadas actuaciones públicas constituye una clave esencial del Estado de Dere-

¹ Este estudio forma parte de las investigaciones desarrolladas durante el curso académico 1996-97 en la Universidad católica de Louvain-La Neuve. Esta estancia ha sido posible debido a la ayuda económica prestada por el Ministerio de Asuntos Exteriores español, el *Commissariat général aux relations internationales de la Communauté française* y la acogida del profesor Francis Delpérée.

cho; que el legislador no es, obviamente, un intérprete infalible de la Constitución y que, en fin, en algunos casos, aunque las leyes sean perfectamente constitucionales, no son expresión de un sentimiento de equidad². Un dato de corte comparativo puede contribuir, quizá, a despejar determinados recelos que todavía pudieran albergarse al respecto. Cuando hoy ya se plantea la posible responsabilidad patrimonial del Estado por actuaciones legislativas derivadas directamente de mandatos constitucionales que, a la postre, han significado una sustracción del contenido esencial de determinados derechos de carácter supraconstitucional³, no parece que una situación de inmunidad patrimonial pública por los menoscabos causados por la función legislativa pueda recibir el insatisfactorio, a nuestro juicio, tratamiento que ofrecen algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. La comparación que acaba de establecerse debe, no obstante, tomarse con prevención y sin mayores pretensiones, puesto que, y ya adelantamos parcialmente el contenido de este estudio, nosotros nos referiremos en la mayor parte de los casos a intervenciones de carácter regulador o limitador, no, por tanto, de naturaleza mutiladora o expropiatoria.

Sin embargo, cuando se desciende del apacible mundo de los principios a la realidad de las cosas nos encontramos con una situación bien diferente. En el fondo, subyace la resistencia a aceptar todas las consecuencias que se derivan del principio de responsabilidad de los Poderes públicos que proclama la CE en su artículo 9.3º y, en concreto, cuando tal responsabilidad resulta de la aplicación de mandatos contenidos en actos legislativos⁴. Buen

² El profesor T. QUINTANA LÓPEZ abre su estudio «La responsabilidad del Estado legislador», *RAP*, núm 135, pp. 103-105, haciendo referencia precisamente a las dificultades que plantea la exigibilidad de la indemnización por los daños causados por el legislador y las reticencias jurisprudenciales y doctrinales que sobre esta teoría se han producido. El autor hace un llamamiento a un reconocimiento cauteloso, de manera que esta responsabilidad no desencadene una solidificación del ordenamiento jurídico, situación que iría abiertamente contra la esencia misma del Estado social de Derecho. El profesor QUINTANA concluye su introducción señalando: «El objeto, por tanto, de las páginas que siguen, es la búsqueda de un equilibrio entre principios quizá contrapuestos pero que, entiendo, deben de ser compatibles; es decir, se intentarán localizar unas claves que preserven la actuación innovadora del legislativo, acorde con lo que se espera que realice en un Estado social de Derecho, pero que a la vez impidan los perjuicios patrimoniales que, con exceso, pueden derivarse para algunos ciudadanos de la aplicación de ciertas leyes», p. 105 (en parecidos términos en la p. 133).

³ El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA se ha hecho eco en nuestro Estado de esta cuestión, que en cualquier caso le parece discutible, a raíz de la Ley 22/1988, de 22 de julio, de Costas, que, entre otras prescripciones, ejecuta la previsión constitucional recogida en el artículo 132.2 [(«Son bienes de dominio público estatal (...) la zona marítimo terrestre, las playas, el mar territorial...»)] y la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, sobre esta Ley. Vid. «Les lois d'expropriation et la jurisprudence constitutionnelle espagnole», *L'État de Droit (Mélanges en l'honneur de Guy Braibant)*, Dalloz, Paris, 1996, en especial, pp. 301-306 y «Las expropiaciones legislativas, desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», *RAP*, núm. 141, pp. 142 y ss. Véase también *Titularidad y aprovechamiento de las aguas*, Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1995 (discurso de ingreso del profesor S. MARTÍN-RETORTILLO en la Academia de Jurisprudencia, pp. 50 y ss. y contestación de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, pp. 291 y ss.) y J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 47 y 62.

⁴ Ésta es la realidad que, en general, se desprende de la jurisprudencia del T.S., que parte del reconocimiento de la denominada responsabilidad del Estado legislador como exigencia derivada del respe-

ejemplo del divorcio entre principios y realidad y, dicho circunstancialmente, de la vitalidad que conserva el debate sobre el tratamiento indemnizatorio de determinados menoscabos causados por las leyes⁵— avivado últimamente por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, como indicamos al final de este estudio—, nos lo ofrece el párrafo 3.º del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Tal precepto establece, de manera sorprendente, que «Las Administraciones Públicas indemnizarán 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 especifiquen dichos actos» (precepto que no ha sido alterado por la Ley 4/1999). Nuestra literatura ha criticado el contenido del precepto, llegando a afirmarse que «Todo el esfuerzo de aproximación a una solución afirmativa de la responsabilidad se pretende anular con el cicatero, involucionista y difícilmente constitucional precepto que se contiene en el artículo 139.3 de la nueva Ley»⁶.

to a unos principios generales propios del Estado de Derecho, pero que a la postre carecen de cualquier virtualidad en los fallos. Vid. T. QUINTANA LÓPEZ «La responsabilidad...», cit., p. 115. El profesor F. GARRIDO FALLA ha indicado que la teoría de los actos políticos y la irresponsabilidad del Estado legislador constituyen los dos obstáculos clásicos opuestos por los defensores del Poder, «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», *RAP*, núm. 118, p. 51. Por su parte, F. MODERNE ha señalado que: «(...) la responsabilidad por actos del legislador (...) y la responsabilidad derivada de tratados internacionales constituyen un avance del Estado de Derecho que apenas ha superado la etapa de las meras afirmaciones teóricas», «La responsabilidad por actos del legislador y por los Tratados internacionales en Francia», en la obra colectiva coordinada por J. BARNES, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 956.

⁵ Cuestión que recobra especial interés si se tiene presente la creciente tendencia del legislador a adoptar leyes singulares y, en consecuencia, la posibilidad de causar daños de carácter excepcional en alguna persona o grupo de personas. En este sentido, J. SOHIER, «La responsabilité de l'État législateur en Droit allemand», *A.P.T.*, 1986, p. 217.

⁶ Vid. F. GARRIDO FALLA y J. M.ª FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1993, p. 338 y F. GARRIDO FALLA, «A vueltas con la responsabilidad del Estado legislador: Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991 y de 5 de marzo de 1993», *REDA*, núm. 81, en especial, p. 120 y «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992», *REDA*, núm. 77, p. 127 [(«El artículo 139.3 es de muy dudosa constitucionalidad y lo mejor que debió hacer nuestra Sentencia es silenciarlo. Como se hace en el voto particular disidente (firmado por tres magistrados) que mantiene la sana tesis de la aplicabilidad directa del artículo 9.3 de la Constitución», p. 132)].

Tampoco, por ejemplo, el precepto ha merecido el apoyo del profesor PARADA VÁZQUEZ: (...) no deja de sorprender el intento de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de poner rejas a los principios constitucionales y de remitir a cada ley, estatal o regional, general o particular, el régimen propio de la responsabilidad derivada de las leyes o actos legislativos como se les denomina: un intento de regular la responsabilidad legislativa desde una ley ordinaria no tiene ningún sentido y, por ello, este precepto no sólo carece de lógica, pues puede ser derogado por otras leyes particulares en cualquier momento, sino que además se puede declarar inconstitucional por regular por una ley ordinaria una cuestión como ésta, la responsabilidad legislativa, que sólo puede resolverse con preceptos constitucionales expresos o, si no los hubiere, deduciendo las reglas aplicables desde la propia Constitución», *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 427.

Este precepto que acaba de transcribirse regula el tratamiento jurídico que reciben los perjuicios que a los particulares pueden ocasionar las disposiciones legislativas de naturaleza no expropiatoria, es decir, lo que la doctrina denomina intervenciones, en nuestro caso de carácter legislativo, de carácter regulador o limitador de derechos (*regulation* o *gesetzlichen Inhaltbestimmung und Beschränkungen des Eigentums*), que tradicionalmente se han considerado no indemnizables, distintas de las operaciones legislativas o administrativas de carácter mutilador o expropiatorio (*takingo Enteignung*)⁷ que deben ser siempre íntegramente indemnizadas⁸. No podemos ahora detenernos en el análisis de esta distinción, que bien merecería un estudio detallado en relación con su construcción dogmática; los criterios o índices que se emplean para el difícil, en ocasiones, discernimiento de una u otra situación; el juego que sobre este criterio produce la cláusula constitucional de preservación del contenido esencial de los derechos fundamentales⁹ y los resultados prácticos que de ella se han derivado en distintos ordenamientos.

Sucede, empero, que la tradicional impunidad patrimonial de los actos legislativos de corte regulador o limitador de derechos comienza a ofrecer algunos síntomas de debilidad. Esto se debe a la fuerza expansiva de los principios sobre los que se asienta cualquier Estado de Derecho; a la semipi-

También ha denunciado la inutilidad del precepto el profesor J. LEGUINA VILLA en «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 408, aunque más abajo matiza que su *ratio essendi* es corregir algunos excesos del T.S. y Tribunales inferiores (p. 412). Por otra parte, el autor discrepa de aquellos que sostienen la aplicabilidad directa del artículo 9.3 a la denominada responsabilidad del Estado legislador: «No hay duda de que se trata de un principio esencial en un Estado de Derecho, pero no es menos cierto que su alcance inespecífico e indeterminado hace que sea insuficiente por sí solo para determinar en concreto la modalidad o el tipo de responsabilidad que haya de corresponder a cada poder público. La especificación o determinación de este principio general de responsabilidad del artículo 9.3 debe buscarse, pues, en otros preceptos constitucionales», p. 413.

Un amplio comentario a este precepto en J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad...*, op. cit., pp. 63 y ss. y en M.^a C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

⁷ Vid., por ejemplo, los estudios del profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Les Lois...», op. cit., p. 294 y «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional...», cit., pp. 132-133 y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. II^o, Civitas, 4^a ed., Madrid, 1993, pp. 238-242 y 381-382.

⁸ Para el supuesto de expropiaciones legislativas *ad hoc* que no compensen íntegramente el despojo patrimonial habrá que estar, dependiendo de cada Estado, al correspondiente, en su caso, control de constitucionalidad (invalidez de la ley), y en su ausencia (no cabe discutir su validez) a la solución jurídica técnica que se haya arbitrado, si es el caso, que puede ser su encauzamiento a través de la teoría de la responsabilidad del Estado legislador o la original respuesta que ofreció el ordenamiento jurídico español y sigue ofreciendo para los supuestos de silencio sobre la indemnización de las leyes expropiatorias *ad hoc*. En cualquier caso, en ausencia de un control de constitucionalidad, si la ley niega expresamente la debida indemnización de la privación no cabe ninguna compensación, al menos que se acuda a instancias judiciales de naturaleza supranacional. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol II^o, op. cit., pp. 212-219 y 381-382 y J. SALMÓN, «La compétence du Conseil d'État au contentieux de l'indemnité pour le dommage causé par la loi», *APT*, 1977-1978, p. 158.

⁹ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las expropiaciones legislativas...», cit., pp. 136-137.

terna pugna contra los reductos más inaccesibles de irresponsabilidad del Poder público; a la siempre atenta sensibilidad de la mayoría de la doctrina por todas aquellas cuestiones que afecten a los derechos y libertades individuales y, finalmente, a algunas decisiones jurisprudenciales tan audaces como reacias a la inercia. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Justicia, haciendo suyas formulaciones de la doctrina alemana, ha aplicado hace ya tiempo el principio de la protección de la confianza legítima¹⁰ a estas situaciones para abrir el paso a eventuales reclamaciones o, en nuestro Estado, alguna esperanzadora decisión judicial derivada del adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios públicos como consecuencia del Decreto-ley 17/1982, de 24 de septiembre, la Ley 30/1984, de 2 de agosto y la 6/1985, de 1 de julio¹¹.

El contenido de estas páginas no tiene por objeto, sin embargo, abordar cuestiones tan interesantes como la distinción entre expropiaciones y limitaciones o delimitaciones de derechos, como ya indicamos, ni el examen de las expropiaciones por ley singular. Nos limitaremos a exponer el tratamiento jurídico que han recibido en Bélgica operaciones legislativas que, en la mayoría de los casos, entendemos no ofrecen dudas en cuanto a su carácter meramente regulador o delimitador de situaciones objetivas, no, por tanto, de privaciones singulares o expropiatorias, cuestión que puede resultar de cierto interés a la vista de la polémica doctrinal suscitada en España por el artículo precitado de la Ley 30/1992.

El Estado belga quizá haya sido uno de los primeros en nuestro contexto geográfico en abordar legislativamente este problema¹². El estudio de la

¹⁰ Para los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el artículo 139.2 precitado merece una censura por las exigencias que se desprenden justamente del principio de la protección de la confianza legítima, que ignora, y no desde el punto de vista constitucional, como han señalado otros autores. *Vid. Cursa.*, op. cit., p. 382. Sobre este principio, por ejemplo, R. GARCÍA MACHO, «Contenido y límites del principio de la confianza legítima: Estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *REDA*, n.º 56, 1987.

¹¹ De entre esos pronunciamientos destacamos el del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1987:

«(...) no se puede negar la efectividad de esa responsabilidad, siquiera su declaración presente el problema de su falta de regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, pero de ello no puede colegirse que de tal ausencia de regulación derive la exención de responsabilidad para el Estado, pues ello implicaría una absoluta falta de ética en sus actuaciones y el desconocimiento de unos valores y principios reconocidos en la Constitución (...) así como los Principios Generales del Derecho (...) si a nadie le es lícito dañar a otro en sus intereses sin venir obligado a satisfacer la pertinente indemnización, menos puede hacerlo el Estado al establecer sus regulaciones generales mediante normas de cualquier rango».

Vid., sobre el adelanto de la edad de jubilación, de nuevo E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Cursa.*, op. cit., pp. 380-382; J. LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial...», cit., pp. 409-412, críticos con algunos de estos pronunciamientos del T.S y Tribunales inferiores por interpretar erróneamente la doctrina del T.C., P. GONZÁLEZ SALINAS, «La responsabilidad del Estado por anticipar la edad de jubilación», *RAP*, núm. 114, 1987; F. GARRIDO FALLA, «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», cit., pp. 35 y ss.; «A vueltas con la responsabilidad del Estado Legislador ...», cit., pp. 11 y ss. y «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992...», cit., pp. 54 y ss. y E. SEGÚ VILLUENDAS, «Inconstitucionalidad de la Ley 5/1990: Responsabilidad del Estado legislador», *La Ley*, núm. 4.240, 3 de marzo de 1997.

¹² Nos referimos a una regulación de carácter general, pues a buen seguro no faltarán leyes en Europa que hayan abordado esta cuestión con la intención de resolver problemas singulares, como el que en

evolución de esta cuestión en Bélgica pone de manifiesto la resistencia que ofrece la aceptación de las indemnizaciones derivadas del ejercicio de la función legislativa de carácter regulador, hasta el punto de poder afirmarse que realmente no se ha producido una progresión sino, antes al contrario, una regresión. Como tendremos ocasión de desarrollar, el reconocimiento de esta responsabilidad patrimonial no va más allá de la, ciertamente, limitada jurisprudencia *La Fleurette* sentada por el Consejo de Estado francés en 1938, sin alcanzar, en consecuencia, a los ulteriores desarrollos franceses.

Debe tenerse bien presente, por otro lado, que la ausencia en Bélgica de un control de constitucionalidad de las leyes durante la mayor parte de su historia (la *Cour d'Arbitrage* celebró su primera audiencia el 19 de marzo de 1985, ejerciendo además un control limitado o restringido de constitucionalidad¹³) ha determinado que la responsabilidad patrimonial por hechos de la ley desconociese la noción de *acto legislativo ilícito*, es decir, que se trataban supuestos en que el daño traía su causa, en todo caso, de un acto legislativo lícito, que, no obstante, se consideraba, en ocasiones, preciso compensar sobre la base del principio general de igualdad ante las cargas públicas, en sentido amplio, es decir, no necesariamente de carácter tributario.

Abordaremos el estudio desde un punto de vista básicamente cronológico, dividido en tres etapas bien marcadas, sistemática que nos permitirá analizar de forma más clara la evolución o involución, según el período, de las respuestas que se han ofrecido en Bélgica a esta cuestión»¹⁴.

España abordó la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre Descolonización del Sáhara, a través de lo dispuesto en su Disposición Adicional: «El gobierno adoptará las medidas adecuadas para que sean indemnizados, de acuerdo con la legislación general, los españoles que, en su caso, se vieren obligados a abandonar el territorio del Sáhara». Sobre esta Ley, J.E. SORIANO GARCÍA, «Responsabilidad del Estado legislador y proceso descolonizador», *REDA*, núm. 30, 1981 y J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad...*, op. cit., p. 54, anotación núm. 10.

¹³ La *Cour d'Arbitrage* fue creada por el constituyente cinco años antes, el 29 de julio de 1980, a través del artículo 107 *ter* de la Constitución.

Vid., por ejemplo, la obra colectiva dirigida por F. DELPÉRÉE *La Cour d'Arbitrage*, Bruylant, 1988, Bruxelles; J. DELVA, «Profil constitutionnel de la Cour d'Arbitrage de Belgique», *APT*, 1991-1, pp. 1 y ss.; R. ERGEC, *Introduction au Droit Public*, vol. I^o (Le système institutionnel), Story-Scientia, Bruxelles, 1994, pp. 226 y ss.; F. DELPÉRÉE y A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'Arbitrage*, Larcier, Bruxelles, 1996; H. SIMONART, *La Cour d'Arbitrage. Un étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988; L. DE GRÈVE, «Dix années d'existence de la Cour d'Arbitrage», *RBDC* (Revue belge de droit constitutionnel), 1995, pp. 53 y ss.

Ni el Consejo de Estado (*arrêts Petitboisy Huysmans* de 1951 y 1953, respectivamente) ni el Tribunal de Casación ejercieron un control de constitucionalidad sobre las disposiciones legislativas.

¹⁴ La mayoría de la literatura belga ha optado también por un análisis cronológico. Así, por ejemplo, Henri SIMONART ha justificado este tratamiento al observar que el Consejo de Estado ha mantenido tres reacciones diferentes sobre esta cuestión. *Vid.* Note sous C.E. 21 mai 1969, *J.T. (Journal des Tribunaux)*, 1971, p. 101.

II. PERÍODO ANTERIOR A LA CREACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO (1831-1946)

Este primer período se abre con la adopción de la Constitución de 1831 y se cierra con la Ley de creación de su Consejo de Estado, etapa marcada por la doctrina que a la sazón mantenía el Consejo de Estado francés, es decir, apegado a los dogmas clásicos de la soberanía del Parlamento, lo que se tradujo en una posición privilegiada del legislador desde el punto de vista patrimonial.

Como es sobradamente conocido, las primeras peticiones resarcitorias por hechos derivados de la ley se plantearon en Francia ya durante el siglo XIX a raíz de la creación de algunos monopolios estatales¹⁵, operaciones que hoy recibirían, pacíficamente, en España, al menos, la calificación de leyes expropiatorias singulares sujetas principalmente a los mandatos y principios constitucionales relativos al derecho de propiedad, expropiación y reserva de actividades al sector público.

Se consideraba, por entonces, que los particulares no tenían en ningún caso un derecho adquirido al mantenimiento de cualquier situación objetiva determinada y que el reconocimiento de un derecho a la indemnización podría significar una preservación de un orden jurídico determinado con el indeseable efecto de paralizar la evolución legislativa y el progreso social¹⁶. Si las leyes causaban un perjuicio especial a alguno de sus destinatarios habría que estar, en consecuencia, a lo que el propio texto dispusiese en orden a su posible reparación. De tal suerte, que la compensación sólo era posible si la norma la había expresamente previsto, lo que irremediamente se traducía en una posición de inmunidad en los supuestos de silencio y expreso rechazo.

La elaboración científica de esta teoría sobre la irresponsabilidad tiene su apoyo, como es sobradamente conocido, en el pensamiento, entre otros, de Rousseau, de acuerdo con el cual, la ley, voluntad de la colectividad, no puede infligir injusticia alguna, porque únicamente ella decide lo que es justo; la ley, así concebida, no puede por definición causar perjuicio a nadie, porque nadie se causaría un mal a sí mismo. La ley, en fin, estaba revestida de una supremacía incontestable e irreprochable, siendo, por definición, el Estado legislador irresponsable¹⁷.

¹⁵ El de tabacos por la Ley de 12 de febrero de 1835; telegrafía por la de 6 de agosto de 1852 y cerillas por la de 2 de agosto de 1872. En estos supuestos se negó el pago de compensaciones a las empresas que se vieron obligadas a cesar en sus explotaciones. *Vid.* el ya clásico estudio de J.A. SANTAMARÍA PASTOR, «La teoría de la responsabilidad del Estado legislador», *RAP*, núm. 68, 1972, pp. 70-71.

¹⁶ J. SALMON, «La compétence du Conseil...», cit., pp. 158 y ss. y J.A. SANTAMARÍA PASTOR, «La teoría de la responsabilidad...», cit., en especial, pp. 62-84, donde se examina la evolución francesa.

¹⁷ *Vid.* J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «La teoría...», cit., pp. 72 y ss.; F. MODERNE, «La responsabilidad...», cit., p. 956; J. SALMON, «La compétence...», cit., p. 158; J. THIELENS, «La responsabilité du fait des lois en Belgique», *Ann. Fac. dr. Liège*, 1977, pp. 169-171; E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction adminis-*

Los primeros síntomas de debilitamiento de esta teoría aparecieron en la propia Francia con los *arrêts* del Consejo de Estado *La Fleurette* (14 de enero de 1938) y *Caucheteux et Desmont* (21 de enero de 1944), debilitamiento que había germinado debido a la invocación por parte de algunos autores franceses del debido respeto al principio general de equidad en estas situaciones, consagrado en el artículo 13 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano. En el primero de ellos el Consejo de Estado decidió interpretar el silencio de la ley —sin, por tanto, negar la teoría sobre la soberanía del Estado legislador—, concluyendo *que rien, ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement; que cette charge crée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité*. En el segundo *arrêt*, un supuesto correlativo al anterior, el Consejo de Estado volvió a reconocer el derecho a una indemnización derivada de los perjuicios derivados de una previsión legislativa.

La aceptación de estas primeras peticiones resarcitorias se condicionaron, de un lado, al respeto de la propia voluntad legislativa, es decir, que el propio legislador no hubiese excluido la indemnización (evidente cuando se trataba, por ejemplo, del cese de actividades fraudulentas o reprobables) y, de otro, que se hubiese efectivamente causado un perjuicio especial anormalmente grave.

El primer y único pronunciamiento judicial belga durante este período sobre una cuestión de esta naturaleza, o al menos próxima a ella, se remonta al 27 de junio de 1845, en concreto, la petición de una indemnización resultante de la prohibición de construir en un radio de acción determinado en torno a las fortificaciones, petición ejercida al amparo del artículo 1.382 del Código civil (fundamento jurídico de la responsabilidad aquiliana). El Tribunal de Casación afirmó textualmente que este tipo de servidumbres defensivas no podían asimilarse a una expropiación, puesto que no se opera un traspaso del derecho de propiedad, únicamente una limitación del disfrute en beneficio de la defensa del Estado. La disminución de valor no podía ser indemnizada, añade el Tribunal, mas que en virtud de una ley especial que así lo contemplase. En consecuencia, y con el propio Tribunal,

trative et des recours contentieux, 2ª ed., vol. IIº, Paris-Nancy, Berger-Levrault et Cie., 1896: «La loi est (...) un acte de souveraineté, et le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous, sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation», p. 13; T. BIEVER, «De l'irresponsabilité de l'État législateur, esquisse du droit luxembourgeois», *Le Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg, livre jubilaire*, Luxembourg, 1957 pp. 457-469 y J.F. BRUNET, *De la responsabilité de l'État législateur*, thèse, Paris, 1936: « (...) malgré le glissement de la souveraineté du roi au peuple, nos théories politiques modernes donnent la main, à travers la tourmente révolutionnaire, aux doctrines de droit divin de l'ancien régime. Le législateur reste l'interprète infallible d'une volonté supérieure qui lui dicte la loi, un peu à la manière de Moïse auquel Jehovah dictait le Décalogue sur le mont Sinaï», p. 10.

la ley determinante de un daño a un particular no engendraba en su beneficio ninguna acción de daños y perjuicios¹⁸.

Difícilmente podía esperarse otra respuesta como la ofrecida y ni siquiera observaciones críticas por parte de la mayoría de la literatura¹⁹. Sin embargo, R. MARCQ, atento a las evoluciones doctrinales francesas ya mencionadas, observó el sacrificio del principio de igualdad ante las cargas públicas que significaba el mantenimiento de los viejos dogmas en estos supuestos²⁰.

III. EL LARGO CAMINO HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR (1946-1971)

1. Regulación

La Ley de 23 de diciembre de 1946 creó en Bélgica el Consejo de Estado, organizado en una sección de legislación y otra de administración²¹, sección esta última que ocupa, entre otras funciones, el vértice de la jurisdicción contencioso-administrativa²². El párrafo 1º del artículo 7º estableció que «La section d'administration connaît, dans les cas où il n'existe pas

¹⁸ *Pas* 1845, I, pp. 392 y 409; J. SALMON, «La compétence...», p. 162 y J. THIELENS «La responsabilité...», p. 172.

¹⁹ *Vid.* J. SALMON, «La compétence...», cit., p. 160 y J. THIELENS, quien recoge algunas interesantes consideraciones de la literatura de la época sobre la eventual indemnizabilidad de los daños causados por el Estado legislador: «Le pouvoir législatif est irresponsable. Obéissance est due à la loi alors même qu'elle léserait des droits individuels. La responsabilité se traduit en une action judiciaire, or on ne conçoit pas que les tribunaux soient saisis d'une action en dommages et intérêts contre le législateur car ils sont soumis à la loi aussi bien que les citoyens et l'obligation d'exécuter la loi exclut tout responsabilité du pouvoir qui l'a portée. S'il arrivait au législateur de violer les droits individuels, la partie lésée n'aurait aucun recours (...). Toute loi fût-elle contraire à la Constitution est obligatoire pour les tribunaux, ce qui exclut l'action en réparation civile de la part des parties lésées!» (F. LAURENT) y «l'idée de soumettre à une responsabilité quelconque celui qui fait la loi en tant qu'il fait la loi, est une idée contradictoire» (L. WODON). *Vid.* «La responsabilité...», p. 174.

²⁰ *La responsabilité de la puissance publique*, Paris-Bruxelles, Sirey-Larcier, 1911, p. 392.

²¹ Véanse hoy las *Lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État* (M.B. 31.III.1973), en especial, artículos 1, 7 y 11 y ss.

²² «L'énumération des compétences de la section d'administration se ressent de la double fonction du Conseil d'État: conseiller du gouvernement (auquel les gouvernements régionaux et communautaires sont venus s'ajouter) et juge. La section possède des compétences consultatives et des compétences exercées par voie d'arrêt.

Les compétences consultatives sont de deux ordres: les avis sur les questions administratives non litigieuses, et les affaires minières. Jusqu'en 1971, le contentieux de l'indemnité était également exercé par voie d'avis.

Par voie d'arrêts, la section se prononce au contentieux de l'annulation, au contentieux de pleine juridiction, au contentieux de l'indemnité (depuis 1971), au contentieux de conflits de compétence entre autorités et (depuis 1971 également) entre juridictions administratives», M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 131.

d'autre juridiction compétente²³, des demandes d'indemnité relatives à la réparation d'un dommage exceptionnel résultant d'une mesure prise ou ordonnée par l'État, la province, la commune ou le gouvernement de la Colonie, soit que l'exécution en ait été normale, soit qu'elle ait été défectueuse ou différée. La section d'administration se prononce en équité par voie d'avis motivé, en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public ou privé».

Antes de adentrarnos en otras cuestiones parece conveniente afrontar, aunque sea muy brevemente, una exégesis general del texto que acaba de transcribirse.

Este precepto, en combinación con los artículos 92 y 93 de la Constitución de 1831, instituyó, en primer lugar, un sistema residual en relación con la competencia de los Tribunales ordinarios y otras jurisdicciones administrativas inferiores en materia de responsabilidad²⁴, sistema que no permite definir con precisión la competencia respectiva. En un principio, por interpretación de los preceptos constitucionales citados, era competencia de los Tribunales ordinarios las peticiones en que se formulase una indemnización derivada de la violación de derechos de *naturaleza civil o política*, mientras que al Consejo de Estado correspondía el conocimiento de las demandas de indemnización —en el caso de que no existiese otra jurisdicción competente— basadas en la violación exclusivamente de intereses legítimos²⁵. Hoy la cuestión se reduce a determinar si al particular le resulta posible invocar una acción de reparación ante cualquier instancia judicial (ordinaria o administrativa inferior) o un recurso contencioso de anulación ante el Consejo de Estado. En su ausencia, interpondrá ante el Consejo de Estado la demanda prevista en el contencioso de indemnización o reparación, con independencia de que la lesión recaiga sobre un derecho o interés legítimo²⁶. En cualquier caso,

²³ El tenor literal de este precepto implica, como ha observado HENRI SIMONART, que la jurisdicción administrativa superior sea verdaderamente una jurisdicción. *Vid. Note ...*, cit., p. 98.

²⁴ Lo que en la práctica ha significado que este contencioso de reparación ante el Consejo de Estado no haya pasado, en líneas generales, de tener un carácter maginal, dando la razón a aquellos que auguraron su esterilidad y decadencia. *Vid. A. MAST*, «Le Conseil d'État et le contentieux de l'indemnité» *Mélanges J. Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 1963, p. 794; Ch. HUBERLANT, «Essai de délimitation de la compétence du Conseil d'État d'avec celle des cours et tribunaux au contentieux de l'indemnité», *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, vol. III^o, Bruxelles, 1972, p. 509; J. SOHIER, «Observations al asunto Paasch-Jetzen c. État belge», *J. T.*, 1993, pp. 334-336 y P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, pp. 309-310.

²⁵ Sobre estos conceptos, J. DABIN, «Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public», *Annales dr. sciences politiques*, 1948, pp. 7 y ss.

²⁶ SOHIER, «Observations...», cit., p. 336; J. SALMON, «La compétence...», pp. 162-163; THIELENS, «La responsabilité ...», cit., p. 184 y H. SIMONART, Note sous C.E. 21 mai 1969, cit.: «Ce n'est donc que dans l'hypothèse où l'on n'a point accès à d'autres institutions de jugements qu'un recours peut être formé devant elle. En d'autres termes, ce qui n'est point réparable par une action devant les cours et tribunaux, devant une autre juridiction administrative ou par un recours au contentieux de l'annulation, peut être soumis à la section d'administration (...) le critère ne peut être utilisé pour dénier toute compétence au Conseil d'État dès lors qu'un droit est atteint. Celui-ci connaît aussi bien de perturbations

en la práctica judicial belga, la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas imputable a los actos del legislador se ha residenciado ante el Consejo de Estado ²⁷.

En segundo lugar, el artículo exige que el daño tenga carácter excepcional, con lo que, según la literatura, se está requiriendo que de la lesión pueda predicarse su anormalidad o particular gravedad ²⁸. De esta manera, conectamos con la doctrina, ya citada, del Consejo de Estado francés sentada en los *arrêts La Fleurette y Caucheteux et Desmont*, esto es, la existencia de un perjuicio especial anormalmente grave.

En tercer lugar, la Alta jurisdicción administrativa emitía un *avisen* este tipo de contencioso, lo que quería decir que su función revestía el carácter de consultiva en cuanto al fondo del asunto, es decir, en relación a la existencia y reparación del perjuicio sufrido por el particular, lo que se traducía, principalmente, en que el Gobierno, Provincia, Municipio o Colonia, según el caso, pudieran separarse del parecer del Consejo de Estado, circunstancia que se ha producido en la práctica ²⁹. El motivo por el que el legislador configuró una competencia de este carácter fue el que se ignoraba la posible evolución de este contencioso o, lo que es más exacto, se pensó que el Consejo de Estado podía ser excesivamente generoso ³⁰.

La competencia del Consejo de Estado derivada de estas peticiones resarcitorias se contraía a las que resultasen de las medidas adoptadas por el Estado, la Provincia, el Municipio y las *instituciones coloniales de gobierno* (hasta su descolonización en 1960, obviamente). La enumeración de estas instancias ha revestido un carácter limitativo y restringido, de tal suerte que

consistant en une atteinte à un droit de celles touchant à un intérêt. L'on vient de voir qu'il est des cas où le judiciaire ne peut répondre à l'appel qui lui est fait par une personne justifiant d'une lésion de droit. L'accès de cours et tribunaux lui étant fermé, il se tournera vers la section d'administration», pp. 98-99.

²⁷ Así nos lo confirma J. SALMON, «La compétence...», cit.: «(...) les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire se refusent jusqu'à présent à faire application du principe lorsque la rupture de l'égalité est imputable à l'État-législateur (...) la prudence sinon la timidité du pouvoir judiciaire pour statuer en droit au contentieux de l'indemnité a incité quelques victimes de l'État-législateur à s'adresser au Conseil d'État, compétent pour se prononcer en *équité* sur la réparation de certains dommages exceptionnels causés par le pouvoir», pp. 161-162.

²⁸ *Vid.* H. SIMONART, Note..., cit., p. 99.

²⁹ M. LEROY, *Contentieux administratif*, op. cit., pp. 645-646 y H. SIMONART, Note..., cit.: «L'introduction en droit belge d'un Conseil d'État fut, à l'origine, associée à l'idée d'instaurer un juge particulier au contentieux de la responsabilité publique. Ce juge, la loi du 23 décembre de 1946 le crée. C'est toutefois une institution particulière que l'on voit apparaître. Non seulement sa compétence est subsidiaire, ce qui se comprend dans un pays à régime judiciaire comme le nôtre, mais de plus elle y est consultative. Une juridiction rendant, au terme de son délibéré, un avis! Telle est la mission revenant à la haute juridiction administrative dans le cadre du contentieux de l'indemnité. L'opinion émise acquiert, à raison de l'institution dont elle émane et des formes que l'entourent, un caractère propre», p. 99.

³⁰ M. LEROY, «La responsabilité...», cit., p. 326 y «Responsabilité des pouvoirs publics du chef de méconnaissance des normes supérieures de Droit national par un pouvoir législatif», en la obra colectiva *La responsabilité des pouvoirs publics* (Actes du colloque interuniversitaire organisé les 14 et 15 mars 1991 par la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain et la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles), Bruylant, Bruxelles, 1991, p. 300 y F.-M. REMON, *Le Conseil d'État*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 123.

se rechazarán, por ejemplo, las demandas de indemnización derivadas de Entes de carácter instrumental (v. gr., la Sociedad nacional de ferrocarriles belgas, *S.N.C.B.*)³¹.

Pues bien, la irrupción de la responsabilidad del Estado-legislador en Bélgica tuvo, justamente, su apoyo en la genérica referencia que a las medidas adoptadas u ordenadas por el Estado contiene este precepto de la Ley de 1946 (*d'une mesure prise ou ordonnée par l'État*). Esta vía de penetración de la responsabilidad por hechos derivados de la ley no cabe atribuirla a un descuido del legislador, puesto que en el curso de los trabajos parlamentarios de elaboración de la Ley el senador Orban refiriéndose a este precepto recordó la doctrina sentada por el Consejo de Estado francés en el *arrêt La Fleurette*³².

La reacción de la doctrina ante la novedad legislativa fue tan inmediata como dispar. Incluso antes de iniciar materialmente el Consejo de Estado sus actuaciones, no pocos autores (CAMBIER, DE VISSCHER y DE MEYER) advirtieron que una referencia tan genérica abría el reconocimiento de la responsabilidad del Estado legislador, juicio que reforzaban con la referencia explícita vertida por el senador Orban. Tesis contrarias defendieron SOMMERHAUSEN y VANHAESSENDONCK, para los que el Consejo de Estado no podía conocer demandas de esta naturaleza, basándose en que con la utilización del término *mesure* se estaba implícitamente haciendo referencia a actuaciones de carácter administrativo, a actos que exclusivamente emanan del Poder Ejecutivo, además de que tradicionalmente no se ha empleado tal sustantivo para referirse a las leyes. Por otro lado, consideraron que la aceptación de estas demandas por el Consejo de Estado supondría la ruptura del principio de separación de Poderes, en la medida que la indemnización a título de equidad de los daños graves y excepcionales causados por la ley permitiría sustituir al legislador, inmiscuirse en la actividad legislativa o, incluso, la modificación de la ley³³.

Las tesis postuladas por SOMMERHAUSEN y VANHAESSENDONCK fueron rebatidas por el profesor Cyr CAMBIER para el que un estudio atento de los textos demuestra, por el contrario, que el término medida designa tanto actuaciones del Poder Legislativo como del Ejecutivo. Por otro lado, señala que el hecho de que un juez acuerde una indemnización en orden a reparar

³¹ Vid. A. BUTTGENBACH, *Manuel de Droit administratif*, 3ª ed., Larcier, Bruxelles, 1996, n° 506 y ss. y H. SIMONART, Note...cit., p. 100.

Así, el Consejo de Estado se ha declarado incompetente por este motivo en los *avis* n° 429 de 30 de junio de 1950, *Leurin* (S.N.C.B.); n° 456 de 10 de julio de 1950, *Claessens et De Doncker* (Société intercommunale des voies d'accès à l'aéroport de Bruxelles); n° 873 de 8 de mayo de 1951, *Verbraecken* (C.A.P.); n° 1373 de 20 de marzo de 1952, *Botte* (Comité provisoire de gestion des transports en commun de l'agglomération bruxelloise), etc.

³² Véase, por ejemplo, C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Larcier, Bruxelles, 1947, pp. 319-320.

³³ M. SOMMERHAUSEN y E. VANHAESSENDONCK, «Compétence du Conseil d'État», *Rev. Comm.*, 1947, pp. 141-142.

un daño grave y excepcional derivado de la ley no significa, en modo alguno, una censura de la actividad legiferante ni una intromisión en el Poder Legislativo³⁴.

A pesar de su completa refutación, como ha señalado el profesor SIMONART, son las tesis patrocinadas por SOMMERHAUSEN y VANHAESDONCK las que finalmente, en una primera etapa, adoptará el Consejo de Estado³⁵; su recepción y aplicación es justamente el contenido del próximo apartado.

2. *Rechazo inicial*

Durante este subperíodo merecen destacarse dos demandas resarcitorias ante el Consejo de Estado, rechazadas ambas, conocidas como asuntos *Mertens* (C.E. n° 1619 de 6 de junio de 1952) y *Dumoulin* (C.E. n° 3111 de 29 de enero de 1954). Comprobaremos cómo el supuesto de hecho del primero de los asuntos citados³⁶ no tiene, en realidad, nada que ver con la responsabilidad patrimonial del Estado causada por actos legislativos, aunque, sin embargo, resulta de interés mencionarlo en estas páginas por ilustrar la tesis interpretativa de carácter restrictivo que adopta el Consejo de Estado en esta época en relación con la expresión «medida» empleada por el artículo 7°.

En efecto, la requirente, Irma Mertens, solicitó una reparación de un perjuicio causado por una actuación de la jurisdicción penal y civil del distrito de Bruselas. El Consejo de Estado estableció que las medidas determinantes de la posible reparación derivaban de una actuación imputable al Poder Judicial, de manera que tal petición excedía su competencia, en la medida que el artículo 7° de la Ley de 23 de diciembre de 1946 la limita únicamente al conocimiento de demandas relativas a la reparación de un daño excepcional resultante de medidas adoptadas u ordenadas por el Estado, entendiéndose por tal actuaciones de sus órganos administrativos en el ejercicio de potestades de carácter ejecutivo. En consecuencia, el Consejo de Estado está considerándose incompetente, aunque no lo diga expresamente, para conocer de las demandas resultantes de perjuicios patrimoniales derivados de actuaciones del Poder Judicial y Legislativo. A raíz de este pronunciamiento de carácter restrictivo también se planteó, por entonces, si la declinación de competencia podía, incluso, abrazar las actuaciones de órganos administrativos que ejercían al tiempo funciones de carácter político.

³⁴ Vid., por ejemplo, C. CAMBIER, «Le Conseil d'État, compétence de sa section d'administration» *J.T.*, 1948, pp. 469 y ss. y *La section d'administration du Conseil d'État*, Bruxelles, Larcier, 1949, pp. 21-25; M. LEROY, «La responsabilité de l'État législateur», *J.T.*, 1978, p. 321; J. SALMON, «La compétence...», p. 163; H. SIMONART, «Note...», cit., p. 101 y J. THIELENS, «La responsabilité...», pp. 190-191.

³⁵ H. SIMONART, «La responsabilité...», p. 101.

³⁶ Un resumen de este *avis* puede consultarse en el *Recueil de jurisprudence du Droit administratif et du Conseil d'État* (en adelante, *R/JDA*) de 1953, acompañado de una breve observación, p. 7.

En el *avis Dumoulin* se planteó la indemnización resultante de un perjuicio excepcional derivado de un decreto del legislador colonial, por el cual se disciplinaron las pensiones que debían recibir los agentes de la fuerza pública, estableciendo una cuantía diferente atendiendo a si el beneficiario había prestado parte de sus servicios en el ejército metropolitano o únicamente en las fuerzas públicas congoleñas. El requirente imputó el perjuicio causado a una medida del legislador y no a una medida de ejecución de la ley adoptada por la Administración, en vista de lo cual, el Consejo de Estado acude a la doctrina ya sentada en el *avis Mertens*, indicando: «Considérant que le législateur en employant à l'article 7 les mots mesures prises ou ordonnées par l'État, la province, la commune ou le gouvernement de la colonie, n'a pas étendue la compétence d'avis du Conseil d'État à l'acte même du pouvoir législatif, indépendamment de toute exécution (...) la mesure prise en exécution d'une loi qui omet d'étendre certaines dispositions favorables à tous les cas où les mêmes raisons d'équité prévalent —que ce soit par une erreur d'appréciation en fait ou en droit— ne peut être la cause d'un dommage exceptionnel justifiant une demande d'indemnité de la compétence d'avis du Conseil d'État, que le législateur a admis en pareil cas le préjudice sans en vouloir la réparation ³⁷».

Como comprobaremos de inmediato, este pronunciamiento del Consejo de Estado ofrece la senda a través de la cual los particulares podrán útilmente reclamar la reparación de los perjuicios sufridos por causa de una ley. El particular simplemente debe obviar la existencia de la ley y reaccionar contra la medida de carácter ejecutivo que la aplica o desarrolla.

3. *Admisión de peticiones resarcitorias*

Será en este subperíodo donde el Consejo de Estado belga acepte definitivamente su competencia para conocer sobre demandas resarcitorias por daños causados por actos del legislador. Entendemos que este giro jurisprudencial obedece básicamente a las críticas de la literatura favorable al resarcimiento de estos daños de carácter excepcional. Observaremos cómo el acogimiento de esta solución presenta, en realidad, un carácter progresivo presentándose de forma artificial y tímida por vez primera en el *avis Leynen*.

También resulta interesante poner de manifiesto la nueva jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado francés en el *arrêt Bovero* (23 de enero de 1963), por enmarcarse en el subperíodo que en este momento abordamos. Como ha señalado el profesor SANTAMARÍA PASTOR, lo verdaderamente trascendente del *arrêt Bovero* «se halla más en lo que no dice que en

³⁷ Vid. algunas observaciones relativas a este asunto en J. SALMON, «La compétence...», p. 163; H. SIMONART, «Note...», cit., p. 101; J. THIELENS, «La responsabilité...», pp. 189-190; M. LEROY, «La responsabilité de l'État législateur», cit., pp. 321-322 y D. CHABOT-LEONARD, «Le contentieux de l'indemnité devant le Conseil d'État», *Ann. Fac. dr. Liège*, 1971, p. 235.

lo que dice: concretamente, en la omisión de toda referencia a la voluntad del legislador como *ratio decidendi* de la reclamación. El *Conseil d'État* prescinde aquí por completo de las reticencias liberales, de las ficticias invocaciones a la voluntad del legislador para fundamentar su fallo directamente, sin enmascaramiento de ningún tipo, en el principio de igualdad ante las cargas públicas»³⁸. Al colocar este principio en el centro de la responsabilidad del Estado legislador, el Consejo de Estado francés estaba subsumiendo esta cuestión en el régimen general de la responsabilidad de Derecho común —abandonando la consideración de régimen especial— y quedando desvinculada del resbaladizo esfuerzo de búsqueda de la voluntad del legislador para someterse a las pautas generales de la *responsabilité sans faute*.

a) Los artificios de la jurisprudencia *Leynen*

En este *avis* (C.E. n° 3385 de 13 de mayo de 1954³⁹) se solicitó una petición resarcitoria similar a las que se han planteado en España como consecuencia del adelanto de la edad de jubilación forzosa. El antiguo presidente del Tribunal de Apelación de Léopoldville, Charles Leynen, consideró haber sufrido un perjuicio excepcional a resultas de la aplicación del artículo 3° de la Ley de 11 de julio de 1951, de modificación de la de 18 de octubre de 1908, sobre el gobierno de la colonia del Congo belga (conocida como *Charte coloniale*), en virtud de la cual pasó a una situación de retiro prematuro por relación a lo dispuesto en el régimen jurídico anterior. Tras alegar la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, cuya reparación, señala el requirente, se contempla en el artículo 7° de la Ley de 23 de diciembre de 1946, y sin que ninguna circunstancia de interés público impida el reconocimiento de una reparación equitativa del perjuicio infligido, solicita una indemnización pecuniaria determinada, que es concedida por el Consejo de Estado⁴⁰.

La doctrina que, en síntesis, establece en este asunto el Consejo de Estado consiste en afirmar su competencia para conocer de los daños excepcionales provocados por un acto de ejecución de una ley, incluso en aquellos supuestos en que la Administración pública no goce de ningún margen de apreciación para dictar ese acto, esto es, actos que derivan necesariamente

³⁸ «La teoría de la responsabilidad...», cit., p. 94 y E. LINDE PANIAGUA, «Amnistía, control de constitucionalidad y responsabilidad patrimonial del Estado legislador», *REDA*, núm. 16, 1978, p. 109.

³⁹ Su contenido puede consultarse en *R.A.A.C.E. (Recueil des arrêts et avis du Conseil d'État*, a partir de 1972, simplemente *R.A.C.E.*), pp. 455 y ss. y *R.J.D.A.*, 1952, pp. 209-217, acompañado de una interesante *Note d'observations* del profesor Paul DE VISSCHER.

⁴⁰ «Le magistrat colonial mis à la retraite prématurément par l'effet de loi du 11 juillet 1951 subit un dommage matériel qui se traduit par une diminution de ses revenus, qui présente un caractère exceptionnel et dont aucune circonstance d'intérêt public n'empêche la réparation équitable.

«Ce préjudice doit être évalué, en tenant compte de la diminution des charges afférentes aux fonctions, sur la base des prévisions normales pour un magistrat de son rang de la constitution d'une réserve qu'il aurait pu constituer pendant les dernières années de son activité judiciaire.»

de la disposición legislativa⁴¹. Nos encontramos, por tanto, con una extraña y artificial concepción que elude el rechazo de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de su Poder Legislativo a través de la teoría de la interposición. Bastará, en consecuencia, que entre la ley y el daño se interponga un acto o disposición de carácter ejecutivo para acceder a las demandas de reparación.

Esta solución mereció unos justos reproches por parte de la literatura, toda vez que la exigencia de una interposición de carácter ejecutivo no tenía otro objetivo más que el de desplazar artificialmente el origen del menoscabo (la ley misma) y evitar una contradicción flagrante con la jurisprudencia anterior (*avis Dumoulin*). Con razón se indicaba que los resultados a los que habría de conducir esta construcción podían ser difícilmente admisibles a la vista de las exigencias que se desprenden del valor de equidad. Así, se afirmó que la solución adoptada encerraba una *prima a la insumisión*, toda vez que el legislador tendería a promulgar leyes *self executing*, cuyos destinatarios eventualmente perjudicados deberían incumplir en orden a provocar una medida particular de ejecución contra la que ya sería posible acudir con éxito al Consejo de Estado. Por el contrario, el destinatario que se aquietase a las prescripciones legales carecía de medios de reacción adecuados para obtener la correspondiente reparación⁴².

Sorprende, también, por otro lado, que la Alta jurisdicción administrativa afirme que en virtud de lo dispuesto por la Ley de 23 de diciembre de 1946 se considera competente en aquellos supuestos en que el perjuicio infligido *resulte de la ley*, señalando, a renglón seguido, que en este asunto no se presenta un supuesto de declinación de competencia toda vez que el menoscabo patrimonial *no resulta directamente de la ley*⁴³. Se ha señalado que la afirmación encierra, al margen de sutiles ejercicios filológicos sobre el

⁴¹ «Le Conseil d'État est compétent pour statuer sur les conséquences de tout acte d'exécution, même si cette exécution est normale, notamment des actes accomplis en exécution d'une mesure de caractère législatif...»

⁴² M. LEROY, «La responsabilité de l'État législateur», cit., p. 322 y «Responsabilité des pouvoirs publics...», cit., p. 301; J. THIELENS, «La responsabilité...», cit., pp. 194-195; D. CHABOT-LEONARD, «Le contentieux de l'indemnité devant le Conseil d'État», cit., pp. 235-236; J. SALMON, «La compétence...», cit., p. 164 y P. DE VISSCHER, «Note d'observations», cit., pp. 211 y ss.: «Supposons en effet qu'une loi cause un dommage exceptionnel à deux industries en interdisant l'entrée en Belgique des matières premières nécessaires à leur existence. Dans le système qui subordonne l'octroi de l'indemnité à une mesure d'exécution ou d'application émanant du pouvoir exécutif, l'industriel qui aurait spontanément mis fin à ses importations verrait son recours rejeté alors que son concurrent, ayant poursuivi ses importations en violation de la loi, se serait vu appliquer une mesure de saisie ou de poursuite, serait seul admis à bénéficier de la compétence du Conseil d'État. Telle n'a pas pu être la volonté du législateur et telle n'a vraisemblablement pas été non plus la pensée du Conseil d'État dont l'avis est trop étroitement motivé par les considérations propres aux circonstances du cas d'espèce», p. 212.

⁴³ Considérant que la compétence du Conseil d'État n'est pas exclue par les termes de la loi du 23 décembre 1946, que ces termes soient pris dans leur sens formel ou qu'ils soient interprétés suivant les déclarations faites au cours des travaux préparatoires, lorsque le préjudice résulte de la loi; que le Conseil d'État est compétent pour statuer sur les conséquences de tout acte d'exécution, même si cette exécution est normale; que les actes accomplis en exécution d'une mesure de caractère législatif répondent à cette définition; que le préjudice ne résulte pas directement de la loi».

exacto alcance del adverbio, un verdadero *illogisme*, puesto que era inútil que el Consejo de Estado afirmase su competencia cuando el perjuicio resultaba de la ley si se tiene presente que en el asunto *Leynen* el perjuicio no derivaba de la ley, sino de su aplicación, de un acto de ejecución ⁴⁴».

b) Superación de los artificios y consolidación de la responsabilidad

Este subperíodo viene marcado por la superación de la jurisprudencia *Leynen* y el reconocimiento del Consejo de Estado de su competencia para conocer de las demandas resarcitorias resultantes directamente de un acto legislativo.

En el *avis Simonin* (C.E. n° 11252 de 21 de mayo de 1965) el requirente, de nacionalidad suiza, había prestado ciertos servicios en el Congo belga y en Ruanda-Burundi, en cuya virtud tenía derecho, según la Ley de 16 de junio de 1960, a ciertas prestaciones de carácter social por parte del Estado, inferiores a los empleados de nacionalidad belga. La Alta jurisdicción administrativa se declara competente, pero rechaza la petición basándose en dos argumentos: la aplicación de la solución jurisprudencial *La Fleurette* (principio de supremacía de la ley, sin acogerse, por lo tanto, a la doctrina *Bovero*) ⁴⁵ y por considerar que en este caso el daño no reunía el carácter de excepcional: «(...) il est subi par tous les étrangers ressortissants de pays avec lesquels il n'existe pas d'accord de réciprocité ⁴⁶».

Lo realmente destacable de este pronunciamiento es que el Consejo de Estado se declaró competente para conocer de una petición indemnizatoria derivada de la producción de un menoscabo excepcional causado por la ley misma, estimando que la medida ejecutiva carece de cualquier margen de apreciación en la aplicación de la norma, es decir, la competencia de la Administración está absolutamente ligada a las prescripciones de la ley. Su pronunciamiento significa, en consecuencia, aceptar que el término «medida» comprende también los actos del Poder legislativo; que la ley puede ser la causa de un daño excepcional, con independencia de si media o no una ulterior decisión administrativa de ejecución. Por lo tanto, no sólo se amplía el alcance interpretativo del término «medida», sino que se supera expresamente la artificial teoría de la interposición sentada en la jurisprudencia *Leynen* ⁴⁷.

La jurisprudencia *Simonin* supone un paso adelante de singular trascendencia, que se consolidará en el asunto *Nuyten et Flamey* (C.E. n° 13574,

⁴⁴ Por ejemplo, M. LEROY, «La responsabilité de l'État législateur», cit., p. 322.

⁴⁵ Vid. J. SALMON, «La compétence...», cit.: «Le Conseil d'État (...) déclara qu'il ressortait des travaux préparatoires que le législateur écartait toute indemnisation qui aurait comme résultat d'accorder aux étrangers ressortissants de pays avec lesquels aucun accord de réciprocité n'avait été signé, une garantie identique à celle consentie aux citoyens belges.», pp. 164-165.

⁴⁶ Vid. R.A.A.C.E., p. 517 y J. THIELENS, «La responsabilité...», cit., p. 197.

⁴⁷ M. LEROY, «La responsabilité...», p. 322.

21 mai 1969 ⁴⁸) donde la Alta jurisdicción administrativa se pronuncia en idéntico sentido a como varias décadas antes había solicitado la doctrina belga, incluso apoyándose en idénticos argumentos y sin que en su fallo haya ya la más mínima referencia a medida ejecutiva alguna. Con tres décadas de retraso, en consecuencia, puede darse por plenamente recibida la jurisprudencia *La Fleurette*.

En efecto, Marcel Nuyten y Paul Flamey presentaron el 7 de septiembre de 1964 una demanda resarcitoria ante el Consejo de Estado por considerar que habían sufrido un perjuicio excepcional causado por una medida del Estado, en concreto, la Ley de 9 de agosto 1963. Los demandantes ejercían las funciones de oficiales de los Tribunales en las demarcaciones judiciales de Messines y de Wervik, cuando la Ley meritada dispuso la creación de la demarcación judicial de Comines, compuesta, entre otros, por algunos Municipios pertenecientes a las demarcaciones judiciales citadas, con la correspondiente disminución de la población integrada en esas demarcaciones y la reducción de los ingresos de estos oficiales.

En orden a fijar su competencia el Consejo de Estado señaló con toda claridad que los menoscabos causados directamente por la ley pueden ser objeto de una demanda de reparación en el contencioso de indemnización, pronunciamiento que tiene su apoyo explícito en la interpretación de los términos medida y Estado. Aun cuando la cita pueda ser considerada excesiva se transcribe aquí por su expresividad: «*Considérant qu'en vertu de l'article 7.1° de la loi du 23 décembre 1946, le Conseil d'État est compétent pour connaître des demandes d'indemnité relatives à la réparation d'un dommage exceptionnel résultant d'une mesure prise ou ordonnée par l'État, que le terme mesure a un sens très général et que, dans le langage courant, la loi est, elle aussi, désignée comme une mesure de l'autorité; que d'autre part, le terme mesure n'a pas acquis un sens spécifique dans la terminologie juridique; que le terme État vise la personne morale à qui est reconnu l'exercice de l'autorité souveraine sur un territoire déterminé, en ce compris, par définition, le pouvoir législatif; que dès lors, si l'on s'en tient aux seuls termes de l'article 7.1°, de la loi du 23 décembre 1946, le dommage qui résulte directement d'une loi peut entrer dans la notion de dommage résultant d'une mesure prise par l'État; que c'est ainsi que le sénateur Urban a pu déclarer lors de la discussion de l'article 7.1° (...) Lorsque l'individu est lésé par le fait du législateur lui-même, l'État peut en être tenu par responsable, dans certains cas, en vertu du principe de l'égalité de tous les citoyens devant les charges de l'État; que l'article 7.1° habilite le Conseil d'État à se prononcer sur le dommage exceptionnel résultant d'une disposition générale, non seulement lorsque celle-ci figure dans un règlement émanant d'une autorité subordonnée ayant pouvoir normatif mais aussi lorsqu'elle est prise directement par la loi elle-même.*»

⁴⁸ Véase, por ejemplo, *R.J.D.A.*, 1970, pp. 128-135 y *J.T.*, 1971, pp. 95-98.

La resolución del litigio en cuanto al fondo sigue, como decíamos, la jurisprudencia *La Fleurette*, de tal suerte que el Consejo de Estado indaga si la reparación se puede conceder a la vista de la voluntad del legislador, sin que pueda pronunciarse, lógicamente, sobre la legitimidad de la medida legislativa, por lo que, como se ha observado, el principio de igualdad ante las cargas públicas ocupaba en Bélgica una posición jerárquica inferior a la ley. La Alta jurisdicción administrativa concluye afirmando la existencia del daño y su indemnizabilidad, por lo que ordena la realización de unas actuaciones complementarias con el propósito de fijar con precisión el carácter y amplitud del perjuicio ⁴⁹.

Tres años más tarde el Consejo de Estado vuelve a fallar en cuanto a su competencia aplicando sin la menor desviación la jurisprudencia *Nuyten et Flamey* en el asunto *Vésalius* (C.E. n° 14436 de 12 de enero de 1971) ⁵⁰.

IV. ETAPA ACTUAL (1971-1999): VUELTA AL PASADO

1. *La laguna creada por la Ley de 1971*

La Ley de 3 de junio de 1971 sustituyó, entre otros, el artículo 7° de la Ley de 23 de diciembre de 1946, por el artículo 7 bis, que en la actualidad constituye el 11 de las *Lois Coordinées sur le Conseil d'État* de 12 de enero de 1973. Este precepto establece: «Dans le cas où il n'existe pas d'autre juridiction compétente, la section d'administration se prononce en équité par voie d'arrêt, en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé, sur les demandes d'indemnité relatives à la réparation d'un dommage exceptionnel, moral ou matériel, causé par une autorité administrative.

La demande d'indemnité ne sera recevable qu'après que l'autorité administrative aura rejeté totalement ou partiellement une requête en indemnité, ou négligé pendant soixante jours de statuer à son égard».

Como puede fácilmente colegirse, son varias las modificaciones que introdujo esta Ley, aunque ahora únicamente nos interesa resaltar la relativa al origen del daño. No obstante, conviene poner de manifiesto que se supera el carácter consultivo de esta competencia del Consejo de Estado, *el legislador satisfecho con la obra jurisprudencial, convierte el poder consultivo del juez en jurisdicción delegada* ⁵¹.

⁴⁹ Vid. *R.J.D.A.*, 1970, p. 132; J. SALMON, «La compétence...», p. 165; H. SIMONART, «Note...», cit., p. 101; D. CHABOT-LEONARD, «Le contentieux...», cit., pp. 236-237; J. SOHIER, «La responsabilité...», cit., p. 216; J. THIELENS, «La responsabilité...», pp. 197 y ss.; P. LEWALLE, «La réparation du dommage exceptionnel par le Conseil d'État belge: Mythe ou réalité?», *Ann. Fac. dr. Liège*, 1980, p. 198 y F.M. REMION, *Le Conseil d'État*, op. cit., pp. 134-135.

⁵⁰ Vid. *R.J.D.A.*, 1972, p. 13.

⁵¹ M. LEROY: «La responsabilité...», p. 326 y *Contentieux administratif*, op. cit., pp. 645-646; M. DUMONT: «Les nouvelles compétences du Conseil d'État», *R.J.D.A.*, 1971, pp. 241-242; F.-M. REMION: *Le Conseil d'État*, op. cit., p. 123 y P. LEWALLE, *Contentieux...*, op. cit., p. 312-314.

El nuevo texto limita el alcance del anterior al referirse únicamente a la «autoridad administrativa». El origen mediato de esta sustitución se encuentra en una vieja enmienda, depositada el 5 de marzo de 1963, que tuvo en realidad, paradójicamente, la intención de ampliar la responsabilidad patrimonial por daños excepcionales, pues según señaló el proponente (senador de Stexhe), con la nueva redacción el Consejo de Estado vería ampliada su competencia a las demandas derivadas de actuaciones de los organismos paraestatales, como la *S.N.C.B.* que, como ya indicamos, la Alta jurisdicción administrativa declaró inadmisibles. Que de los posibles efectos regresivos de la nueva redacción estaba el legislador advertido, lo prueba que la sección de legislación del Consejo de Estado emitiera un *avis* (17 de junio de 1963) sobre la enmienda señalando que excluiría la compensación patrimonial de los daños causados por hechos derivados de la ley, o lo que es lo mismo, significaría volver a la década de los cincuenta, a los tiempos de la jurisprudencia *Leynen*.

Los exégetas del nuevo precepto no se pusieron de acuerdo sobre las eventuales consecuencias de la modificación. Para algunos era preciso superar las consecuencias derivadas de una interpretación literal, sobre todo, a la vista de la intención legislativa de ampliar el objeto del contencioso de indemnización y la escasa atención que se prestó a este precepto en los trabajos parlamentarios. Para otro sector, resultaba palmario, por el contrario, el ánimo restrictivo del legislador⁵².

Lo que en cualquier caso parecía claro era que difícilmente podía calificarse como un *pronunciamiento en equidad* el que la Alta jurisdicción administrativa aceptase las demandas de reparación si el daño derivaba de un reglamento y rechazase las derivadas de la ley. Con razón, M. LEROY exclamó: «N'est-ce pas frôler le juridisme, qui est tout le contraire de l'équité»⁵³.

2. La respuesta del Consejo de Estado

La refutación en la práctica de una u otra postura doctrinal dependía de los futuros fallos del Consejo de Estado. A su estudio, consecuencias y crítica dedicaremos, precisamente, el contenido de este apartado.

Conviene, además, señalar que se declara que el Consejo de Estado puede reparar daños materiales y morales, estos últimos excluidos en el texto original.

⁵² Vid. J. SALMON, «La compétence...», pp. 166-167 y *Le Conseil d'État*, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp. 173 y ss.; P. LEWALLE, «La réparation...», cit., pp. 199-200; D. CHABOT-LEONARD, «Le contentieux...», cit., p. 237; M. DUMONT, «Les nouvelles...», cit., p. 242; J. SOHIER, «La responsabilité...», cit., p. 216 y Observations..., cit., p. 335; J. THIELENS, «La responsabilité...», cit., pp. 202-204; M. LEROY, «Le contentieux de l'indemnité avant et après la loi du 3 juin 1971», *R.J.D.A.*, 1974, pp. 244-245 y «La responsabilité...», pp. 325-326; C. WIENER, «L'extension des compétences du Conseil d'État belge», *RDP*, 1973, p. 718; F.-M. REMION, *Le Conseil d'État*, op. cit., p. 130 y *Les Nouvelles* (Droit administratif), vol. VI (*Le Conseil d'État*), Larcier, Bruxelles, 1975, p. 192.

⁵³ «La responsabilité...», cit., p. 326 y, en idéntico sentido, J. SOHIER, «La responsabilité...», cit.: «Comment concilier avec le plus élémentaire sentiment de justice le fait qu'une demande en réparation d'un dommage résultant d'un arrêté royal ou d'une autre mesure prise par l'Exécutif soit accueillie et que la même demande soit rejetée s'il s'agit d'un dommage résultant directement de la loi?», p. 229.

En el *arrêt Hermas* (C.E. n° 16041, de 5 de octubre de 1973), cuyo supuesto de hecho es ajeno a la materia que nos ocupa, el Consejo de Estado señala que su competencia para acordar una indemnización en virtud de un daño excepcional se contrae a aquellos supuestos en que es causado por una autoridad administrativa. De este pronunciamiento dedujeron tempranamente algunos autores que la Alta jurisdicción administrativa renunciaba a su jurisprudencia anterior ⁵⁴.

Tampoco el *arrêt l'Institut l'Avenir* (C.E. n° 17071, de 12 de junio de 1975) ⁵⁵ es considerado por la literatura belga como una decisión concluyente en orden a fijar la nueva doctrina del Consejo de Estado. A partir de 1959 el Estado belga decidió organizar unos cursos gratuitos por correspondencia cuya finalidad era el reclutamiento y la promoción de determinado personal a su servicio, actuaciones que fueron anuladas por la Alta jurisdicción administrativa por razones de carácter jurídico formal. A la vista de lo anterior se promulgó la Ley de 5 de marzo de 1965 que otorgó un fundamento legal a los cursos por correspondencia, incluso, con validez retroactiva hasta 1959. Un establecimiento privado dedicado a la misma actividad formuló una demanda de indemnización ante el Consejo de Estado, entre otras razones, por la sensible disminución de ingresos provocada por una actividad pública desarrollada sin la necesaria cobertura legal. El asunto es poco explícito dado que el Consejo de Estado no llegó a pronunciarse sobre el fondo ⁵⁶.

Será el *arrêt Collard* (C.E. n° 18355, de 29 de junio de 1977 ⁵⁷) el que definitivamente despeje las dudas relativas a la interpretación del nuevo artículo 11. Los antecedentes de los que trae causa el *arrêt* son correlativos a los del *avis Nuyten et Flamey*. El Consejo de Estado sancionará la interpretación literal que ya sostuvo, como indicamos, su sección de legislación en el *avis* de 17 de junio de 1963. En consecuencia, se declaró incompetente para conocer de las demandas que soliciten una compensación patrimonial por los daños causados por hechos derivados directamente de la ley, no, en cambio, los que son causados de forma indirecta, esto es, cuando la Administración goza en la ejecución de la ley de un margen de apreciación» ⁵⁸.

⁵⁴ Vid. A. VANWELKENHUYZEN, «L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois», *J.T.*, 1974, p. 601.

⁵⁵ *R.J.D.A.*, 1975, pp. 269 y ss.

⁵⁶ M. LEROY, «La responsabilité...», p. 326 y J. THIELENS, «La responsabilité...», cit., pp. 204-210.

⁵⁷ Su contenido puede consultarse en *A.P.T.* 1977-78, pp. 155-157.

⁵⁸ «Considérant que le pouvoir législatif n'est pas une autorité administrative; qu'en égard tant à l'avis donné le 17 juin 1963 par la section de législation qu'à l'avis donné le 21 mai 1969 par la section d'administration, le législateur n'a pu ignorer que le remplacement du terme *État*, par celui d'autorité administrative à l'article 7, 1°, alinéa 1, de la loi du 23 décembre 1946, aurait pour effet de rendre le Conseil d'État incompétent pour connaître des demandes d'indemnité relatives à la réparation d'un dommage exceptionnel causé directement par la loi; qu'en votant sans discussion ce texte dont la portée —d'ailleurs incontestable— avait été précisée au cours des travaux préparatoires de la loi du 3 juin 1971, le législateur a

Debe tenerse presente, por otro lado, que la expresión *autorité administrative* es igualmente empleada por el artículo 14.1º de las *Lois Coordinées sur le Conseil d'État*, precepto relativo al contencioso de anulación, término que ha sido interpretado siempre como excluyente de los actos del Poder legislativo ⁵⁹.

Este pronunciamiento significará, en la práctica, poner en marcha la máquina del tiempo para retrotraernos hasta la década de los cincuenta, a la jurisprudencia *Leynen*. En definitiva, vuelve a sancionarse, en cierto modo, el carácter soberano de la ley, mitigado con la artificial concepción que subyace en la teoría de la interposición ⁶⁰.

Tres años más tarde, la Alta jurisdicción administrativa reiterará su nueva jurisprudencia en el asunto *Ván Raemdonck* (C.E. nº 20304 de 30 de abril de 1980) ⁶¹. A. Van Raemdonck solicitó una compensación económica al Estado como consecuencia de la supresión de la profesión de Procurador de los Tribunales, medida prevista en el artículo 9 de la Ley de 13 de junio de 1976 de modificación del Código Judicial.

El último *arrêt* del que tenemos noticia es el *Paasch-Jentzen* (C.E. nº 41396, de 16 de diciembre de 1992) ⁶². En este asunto se solicitó del Consejo de Estado una indemnización derivada de una vacunación obligatoria antipoliomielitis, a cuyo beneficiario le sobrevino quince días después una paraplejía. La indemnización fue concedida, entre otras razones, a la vista, de que la vacunación resultaba de la aplicación de un reglamento ejecutivo de la Ley sanitaria de 1 de septiembre de 1945, que, en realidad, era una Ley marco que se limitaba a autorizar al Ejecutivo a

consacré de manière certaine cette interprétation; qu'il en résulte que le Conseil d'État n'est plus compétent pour connaître d'une demande d'indemnité tendant à la réparation d'un dommage exceptionnel causé directement par la loi; que l'exception est fondée».

Un año después del *arrêt Collard* el Consejo de Estado establecerá en el *arrêt Monami* (C.E. nº 18789, de 24 de febrero de 1978), que cuando una ley deja al Ejecutivo un margen de apreciación para su desarrollo, el daño no resulta directamente de la ley (*R.A.C.E.*, 1978, pp. 240 y ss.).

⁵⁹ *Vid.* J. SOHIER, *Observations...*, cit., p. 335 y P. LEWALLE, *Contentieux...*, op. cit., pp. 323 y 325.

Este precepto dispone en su primer párrafo: «La section statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des divers autorités administratives ou contre les décisions contentieuses administratives».

⁶⁰ J. SALMON, *Le Conseil d'État*, op. cit., pp. 173 174 y «La compétence...», cit., p. 167; SOHIER «La responsabilité de l'État législateur en Droit allemand», cit., pág. 216; P. LEWALLE, «La réparation...», cit., p. 200; M. LEROY, «La responsabilité...», cit., pp. 327 y F.-M. REMION, *Le Conseil d'État*, op. cit., p. 136.

⁶¹ *R.A.C.E.*, 1980, pp. 563 565: «Considérant que le requérant reconnaît ainsi que le dommage découle directement de la loi même; que le Conseil d'État n'est pas compétent pour connaître d'un dommage qui est la conséquence directe de la loi; que l'exception d'incompétence soulevée par la partie adverse est accueillie» (p. 565).

En sentido idéntico a este asunto, los *arrêts Bare y d'Odemont* (C.E. 20234 y 20235 de 28 de marzo de 1980).

⁶² Su contenido puede consultarse en *J.T.*, 1993, pp. 333-334.

adoptar las medidas profilácticas necesarias con vistas a proteger la sanidad pública ⁶³.

3. *Su posible corrección*

Hemos visto, por tanto, cómo la jurisprudencia del Consejo de Estado belga fue hasta la reforma legal de 1971 acercándose a las primeras soluciones francesas, aunque con apreciable retraso, a pesar de contar hasta esta fecha con un sólido apoyo legal. Bastará, en consecuencia, que a partir de 1971, en ausencia de ese apoyo, la tímida y poco audaz doctrina tome un giro abiertamente regresivo.

La situación actual es, como hemos descrito, muy insatisfactoria por lo que se impone su adecuada y pronta revisión. Varias son las vías que permiten o permitirían mitigar los efectos de esta jurisprudencia. Las soluciones posibles son la rectificación doctrinal del Consejo de Estado; la modificación de la Ley de 1971; el reconocimiento por el legislador en cada ley limitadora o reguladora de situaciones objetivas de las correspondientes indemnizaciones cuando se vulnera el principio de igualdad ante las cargas públicas y la vía de la responsabilidad civil.

a) De la responsabilidad con culpa

Conviene señalar, antes de nada, que el establecimiento de un control de las leyes, aunque como tuvimos oportunidad de indicar, limitado ⁶⁴, significa la teórica reducción de los supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado por acto legislativo ilícito. En este sentido, debe ponerse inmediatamente de manifiesto que la *Cour d'Arbitrage* puede en el marco de un procedimiento accesorio al de anulación, a petición de la parte requirente, acordar la suspensión de los efectos normativos de la norma, los positivos y negativos —es decir, en este último caso, los efectos derogatorios—. La suspensión se condiciona a que la aplicación de la norma pueda causar un perjuicio grave difícilmente reparable (hasta el momento el Tribunal ha sido muy poco generoso). *A sensu contrario*, por lo tanto, el legislador parece que se está implícitamente comprometiendo a indemnizar todos aquellos su-

⁶³ Vid. un amplio comentario sobre las diversas y muy interesantes cuestiones que ha suscitado este *arrêt* en J. SOHIER, *Observations...* cit., pp. 334 y ss.

⁶⁴ Su competencia en los recursos de anulación se reduce a los supuestos de violación de las reglas constitucionales relativas, de un lado, a la distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades y las Regiones y, de otro, desde la Ley especial de 6 de enero de 1989 (*M.B.* 7 janvier 1989), a los artículos 10, 11 y 24 de la Constitución que garantizan, en síntesis, el principio de igualdad y la libertad de enseñanza.

El objeto del recurso de anulación se extiende contra las leyes del Parlamento federal y contra los decretos y disposiciones de las Asambleas parlamentarias regionales o comunitarias.

Desde la misma Ley de 1989 el recurso de anulación puede ser interpuesto por cualquier persona física o moral que justifique un interés.

puestos en que el daño derivado de una norma no es grave ni difícilmente reparable. En estos casos, como señala la doctrina, el problema es que en el Derecho belga, y a salvo de disposiciones singulares, el principio es que el daño causado por la ley no genera ningún derecho de indemnización⁶⁵. La consecuencia lógica de lo que acaba de exponerse debiera ser que se accediese siempre a la suspensión de los efectos de las normas generadoras de daños graves no reparables por cualquier circunstancia —fáctica o jurídica—⁶⁶.

Si, no obstante, no se otorga la suspensión, la suerte de los daños generados por un acto legislativo ilícito dependerá del juego de los efectos que se atribuyan a las sentencias de anulación de la *Cour d'Arbitrage*. Sus *arrêts* de anulación tienen desde su publicación en el *Moniteur belge* autoridad absoluta de cosa juzgada; la norma anulada desaparece del ordenamiento jurídico con efecto *erga omnes* y *ex tunc*, es decir, se considera que la norma anulada no ha existido⁶⁷.

⁶⁵ Vid. J. SALMON, *Le Conseil d'État*, op. cit., p. 174, anotación núm. 3; J.-C. SCHOLSEN, «Les demandes de suspension devant la Cour d'arbitrage», *Act. dr. (Actualités du Droit)*, 1992, pp. 1035-1058; F. TULKENS, «La procédure de suspension devant la Cour d'arbitrage (1989-1990)», *J.T.*, 1991, pp. 305 a 309 y la obra colectiva *La Cour d'Arbitrage*, op. cit., pp. 117 y ss.: «Le problème se pose sous un jour particulier en droit belge où, sous réserve de dispositions particulières, le principe est que le dommage causé par la loi ou le décret ne donne pas lieu à réparation. Le législateur a répété à l'envi, au cours des travaux parlementaires qui ont conduit à l'adoption de la loi du 28 juin 1983, qu'il n'entrait pas dans ses intentions de porter atteinte à ce principe. Aussi la suspension a-t-elle été perçue et voulue comme un moyen de prévenir la survenance d'un dommage qui, en cas d'application immédiate de la loi ou du décret attaqué, serait irréparable en droit», p. 117.

En contra, parece, F. M. REMION, *Le Conseil ...*, op. cit.: «(...) les tribunaux de l'ordre judiciaire accorderont éventuellement des dommages-intérêts à celui qui aura obtenu une telle annulation», p. 137.

El profesor M. LEROY («Responsabilité des pouvoirs publics du chef de méconnaissance...», cit., pp. 313 y 316 y ss.) ha recogido de los debates parlamentarios la resistencia del Gobierno a establecer un procedimiento de indemnización por los daños derivados de la norma anulada: «Le membre suggère de ne pas prévoir une indemnisation *in integrum* comme il est prévu à l'article 1382 du Code civil, mais d'instaurer éventuellement un système comparable à celui du contentieux de l'indemnité qui existe au Conseil d'État. Un membre répond qu'il ne convient pas que la Cour d'arbitrage statue sur le dédommagement. Selon lui ces problèmes doivent être soumis aux tribunaux ordinaires. Une législation adéquate devra être créée (...) En ce qui concerne le problème du dédommagement après annulation, le gouvernement rejette l'idée qu'une action soit rendue possible puisqu'il s'agit (...) de compétences normatives», *Doc. parl. Sénat*, 246 (1981-1982), n° 2, pp. 86 y 117.

⁶⁶ De manera que se eludan consecuencias absurdas, como ha puesto de manifiesto M. LEROY, «Responsabilité des pouvoirs publics...», cit.: «Imaginons qu'une loi inconstitutionnelle risque de causer à deux administrés des dommages d'une gravité comparable, mais que l'un soit aisément réparable, et l'autre non. Le premier devrait subir ce dommage sans espoir de jamais en obtenir réparation; le second pourrait obtenir un arrêt de suspension qui lui épargne tout préjudice. Ou ne saurait soupçonner le législateur d'avoir voulu une telle différence de traitement, surtout alors qu'il s'agit de procédures instaurées notamment en vue de garantir l'égalité devant la loi et l'interdiction des discriminations. Ou alors, tout dommage, quel qu'il soit, devrait être considéré comme irréparable, soit en raison de sa nature intrinsèque, soit en raison de l'absence d'action en réparation. Il n'existerait plus que des dommages difficilement réparables matériellement, et des dommages juridiquement irréparables. Si la thèse avancée par le gouvernement prévalait, la Cour d'arbitrage devrait ordonner dans toute les cas la suspension de l'acte attaqué. La loi serait ainsi vidée d'une des conditions qu'elle pose. L'absurdité de la conclusion démontre l'erreur de la prémisse», pp. 321-322.

⁶⁷ Vid. R. ERGEC, *Introduction au Droit Public*, op. cit., p. 231; *La Cour d'Arbitrage*, op. cit., pp. 174 y ss. y los *arrêts* de la *Cour* de 25 de marzo, 20 de mayo y 12 de junio de 1986.

No obstante, el perjuicio puede persistir en la medida que el legislador no ha querido que la eliminación retroactiva afecte directamente a los actos, de carácter jurisdiccional y/o administrativo, derivados de la norma anulada⁶⁸. Con el fin de evitar conflictos con el principio de seguridad jurídica el Tribunal tiene la facultad de indicar, por vía de disposición general, «aquellos efectos de las disposiciones anuladas que deben ser considerados como definitivos o provisionalmente mantenidos por el plazo que determine». Toda vez que no existe una eliminación retroactiva automática directa sobre los actos dictados al amparo de la norma anulada, o al amparo de una disposición de ejecución de la norma anulada, se ha considerado oportuno el establecimiento de lo que se conoce como *recours de rétractation*, que permite a la autoridad que ha adoptado una decisión jurisdiccional examinar si conviene, y en qué medida, retirarla, siempre que esa decisión se funde sobre la disposición legislativa anulada. También se ha acordado la reapertura de los plazos de interposición de recursos, administrativos o jurisdiccionales, para atacar los actos y reglamentos —generalmente ante el Consejo de Estado— y otras decisiones del Poder judicial (diferentes a las sometidas al recurso de *rétractation*), que se hubiesen adoptado sobre la base de la disposición legislativa anulada⁶⁹.

En general, tratándose ya de enjuiciar actos de ejecución de una ley anulada, no ya, por tanto, la ley misma, existe en Derecho belga un derecho a la reparación de los perjuicios sufridos⁷⁰.

Si bien la instauración de la *Cour d'Arbitrage* puede mitigar, como hemos indicado, la presencia de daños derivados de una ley, no debe perderse de vista que el control de constitucionalidad es limitado y que Estados que disponen de un control de esta naturaleza muy perfeccionado prefieren fundar la responsabilidad del Estado por actos del legislador sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas antes que en la anulación de la ley⁷¹. En cualquier caso, fuera del alcance del Tribunal quedan los supues-

⁶⁸ Sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional español y su relación con la responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador, véase, entre otros, J. LEGUINA VILLA «La responsabilidad patrimonial ...», cit., pp. 414-415.

⁶⁹ Vid. F. DELPERÉE y A. RASSON-ROLAND, *La Cour ...*, cit., p. 107 y las consideraciones de M. F. RIGAUX en la obra colectiva *La Cour d'Arbitrage*, op. cit., pp. 190 y ss. y «L'effet rétroactif des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage et les effets de la norme annulée», *J. T.*, 1986, pp. 589-594.

⁷⁰ M. LEROY, «La responsabilité des pouvoirs publics ...», que critica el desenlace que se alcanza, justamente, por artificial, puesto que se está acudiendo, de nuevo, a la teoría de la interposición: «(...) les juridictions rétabliraient une distinction entre le dommage qui découle directement de la loi, et celui qui en découle après qu'un mesure d'exécution s'est interposée. Elles mériteraient la condamnation sévère que P. De Visscher avait adressée en 1954 à un avis donné par le Conseil d'État au contentieux de l'indemnité, et qui semblait faire dépendre l'octroi d'une indemnité de l'existence d'une mesure d'exécution de la loi. Une telle solution présenterait également quelque analogie avec la jurisprudence des juridictions de l'ordre judiciaire dans les années '30, qui réservait un sort différent aux actes de décision et aux actes d'exécution. Là aussi, la différenciation débouchait sur des conséquences intenable», pp. 330-331.

⁷¹ Vid. J. SOHIER, «La responsabilité...», cit., pp. 228-229.

tos de responsabilidad sin falta o culpa del legislador⁷², para los que sería preciso adoptar o explorar, según los casos, las medidas que más arriba enunciamos. Veámoslas.

b) De la responsabilidad sin culpa

Señalamos, en efecto, como las dos primeras correcciones posibles la rectificación del Consejo de Estado y la modificación de la Ley de 1971. La primera opción no parece muy factible a la vista del comportamiento que la Alta jurisdicción administrativa ha tenido hasta el momento en este asunto, es decir, su falta de audacia y la resistencia ofrecida al abandono de su anterior jurisprudencia. A nuestro modo de ver, un giro jurisprudencial sólo sería posible si resultase avalado por una modificación legislativa previa. Esta posibilidad no puede descartarse si se tiene presente que desde 1978 se han presentado cinco proposiciones de ley que han pretendido modificar el artículo 11 de las *Lois coordonnées sur le Conseil d'État*. De la última proposición presentada, fechada el 16 de enero de 1986, por el parlamentario E. Dessuter⁷³, nos interesa destacar la referencia a la aptitud de la medida legislativa como productora de un daño indemnizable y también algunas consideraciones del *avis* emitido sobre ella por la sección de legislación del Consejo de Estado.

De un lado, en cuanto al origen del daño, se propone que la sección de administración se pronuncie sobre los daños que resulten directamente de una Ley o de un Decreto (al que añade el Consejo de Estado la *Ordonnance* de la Región de Bruselas-Capital). De otro, la Proposición recoge la necesidad de respetar el principio de primacía e inviolabilidad de las leyes, esto es, que la atribución de competencia propuesta al Consejo de Estado sea sometida a la condición de que la reparación no sea excluida por la ley.

El *avis*, por su parte, señala que ni las revisiones constitucionales ni las reformas institucionales han alterado la competencia del legislador nacional en la relativo a la organización general de la protección jurisdiccional de los derechos e intereses de los administrados, materia, en consecuencia, que no ha sido transferida a la Comunidad o a la Región, aunque —añade el Consejo de Estado— nada impida que el Consejo de la Comunidad o la Región instituyan un régimen particular de reparación o un régimen excluyente de la responsabilidad, a condición de que respeten la regla de igualdad ante la ley prevista en la Constitución.

Indicamos también como una solución posible el que el legislador contemplase en cada ley limitadora las reparaciones pertinentes cuando recaiga

⁷² En este sentido, F.-M. REMION, *Le Conseil...*, op. cit.: «Mais restera le domaine de la responsabilité sans faute (...) On voit de suite qu'il existe une différence entre l'intérêt dont une personne doit justifier pour obtenir l'annulation d'un texte législatif et celui dont elle doit justifier pour obtenir une réparation en équité», p. 137.

⁷³ *Doc. Parl. Chambre*, 1989-90, núm. 1146/1 y *Avis du Conseil d'État*, 1146/2, que reproduce otras proposiciones presentadas por el mismo parlamentario en 1982 y 1986.

sobre algún patrimonio particular cargas públicas que excedan las tolerables en términos de equidad. No parece que tal opción sea, en líneas generales, satisfactoria por razones fácilmente comprensibles, amén de generar, para el supuesto de que efectivamente se adopten tales medidas reparadoras, soluciones *ad hoc*, ajenas a la tradición jurídica continental.

Por último, también se ha explorado la posibilidad de sustanciar la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de las leyes a través de la vía civil⁷⁴. La doctrina ha ofrecido una respuesta negativa a esta vía, puesto que, entre otras consideraciones, la responsabilidad civil es, básicamente, la sanción de una falta; va ligada, en consecuencia, a la idea de culpabilidad. Resulta, desde este punto de vista, difícil de admitir que la jurisdicción civil emita juicios de culpabilidad sobre el Poder Legislativo⁷⁵.

V. CONCLUSIÓN

La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de actos del legislador constituye un aspecto fundamental de las relaciones entre el Poder y el ciudadano. No existe, a pesar de esta trascendencia, una respuesta satisfactoria en muchos de los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea a la reparación de los eventuales daños derivados de leyes de carácter regulador o limitador, lo que, dicho sea circunstancialmente, puede superarse, en ciertos ámbitos, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo⁷⁶. La evolución del Derecho belga y la jurisprudencia del Consejo de Estado constituyen un ejemplo ilustrativo de la resistencia que ofrece la aceptación de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos del legislador de corte regulador, resistencia que también se pone de manifiesto en la inútil e insuficiente respuesta ofrecida por el artículo 139.2 de la Ley 30/1992.

⁷⁴ Esta opción fue solicitada por M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, 4^e partie, Preses Universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1984-1985 (opción recogida en ediciones anteriores de esta obra), n^o 536: «(...) c'est sans doute seulement si le Conseil d'État —à la suite des la réforme de 1971— venait à modifier sa jurisprudence de plus en plus libérale que, prenant la relève, les tribunaux judiciaires devraient songer à combler un vide inquiétant», p. 154.

⁷⁵ *Vid.* M. LEROY, «La responsabilité...», cit., pp. 327 y ss. y R. ANDERSEN, «Quelques réflexions sur la responsabilité du fait des lois» *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Larquier, Bruxelles, 1973, p. 409.

⁷⁶ Véase la sentencia recaída en los asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du Pêcheur y Factortame III*), *Rec.* 1996-3, pp. 1035-1163, donde se sigue la doctrina sentada en la sentencia *Francoovich* y, por ejemplo, los estudios de M. WATHELET y S. VAN RAEPENBUSCH, «La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse?», *CDE*, n^o 1-2, 1997, pp. 13 y ss.; V. RIGAUX, «L'arrêt Brasserie du Pêcheur-Factortame III, le roi peut mal faire en droit communautaire», *Europe*, mai 1996; G. TESAURO, «Responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire», *RMUE*, núm. 3-1996; F. MODERNE, «La responsabilité...», cit., p. 966 y G. VANDERSANDEN y M. DONY, *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997.

Esta tenaz resistencia a colocar el Poder Legislativo en pie de igualdad al resto de Poderes del Estado resulta a la luz de los principios que deben presidir un Estado de Derecho; a la situación que pacíficamente rige en el Derecho internacional y a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, una respuesta propia del pasado. La victoria sobre el viejo fantasma de la irresponsabilidad *ad intra* del denominado Estado legislador significaría eliminar uno de los últimos reductos de la inmunidad e irresponsabilidad del Poder público. Es necesario liberarse del lastre de los viejos tópicos y abrir paso a las soluciones que se desprenden, a pesar de su generalidad, de los principios constitucionales.

DOCUMENTOS

