

UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores: *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa. Derecho de la Unión Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Prólogo de Luis María Díez-PICAZO GIMÉNEZ), Civitas, Madrid, 2011, 220 págs.

La honestidad y solvencia del trabajo y su imprescindible temática son razones de sobra para acercarse

a esta primera monografía de una esperemos que larga carrera investigadora de Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, doctoranda en la Universidad de Castilla-La Mancha bajo la dirección del profesor ORTEGA ÁLVAREZ, y que supone la profundización y ampliación de lo que fue su trabajo para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados. A las razones consignadas se unen en mi caso alguna personal que me llevó a leerla y ahora a recensionarla y que, con cierto pudor, puedo expresar aquí. Mis primeras investigaciones tuvieron por objeto, precisamente, el tema central de esta obra: la regulación del derecho de propiedad y de la responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia europea. Era 1995, y recién licenciado, tuve la suerte de que el profesor BARNÉS VÁZQUEZ me diera esa oportunidad de intervenir en la obra colectiva *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía expropiatoria en el Derecho europeo* (Tecnos, Madrid, 1995). Posteriormente continué investigando y publicando sobre esos temas, la expropiación y la responsabilidad en Derecho europeo y en Derecho español, en diferentes trabajos, incluida mi tesis doctoral, y hasta el presente [«La responsabilidad extracontractual de la Unión Europea», en J. M. BENEYTO PÉREZ (Dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo V. Sistema jurisdiccional de la UE*, Aranzadi, 2012, págs. 425-506). El análisis al que lleva el estudio «constitucional» de la garantía patrimonial es fundamentalmente jurisprudencial y doctrinal, a partir de parques reconocimientos normativos de estas instituciones, de tal modo que el paciente y apasionante estudio del caso y la inducción de principios a través de

la jurisprudencia me han acompañado en este campo desde los inicios y sin solución de continuidad. Cuando llegó a mis manos la monografía que ahora comento, comprobé ya desde su introducción cómo D. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO ha iniciado un tránsito con cierto paralelismo (actualmente elabora su tesis sobre el interesante tema del beneficiario privado de la expropiación forzosa en el Derecho europeo y español) y que este primer trabajo la llevó a un análisis básicamente jurisprudencial del régimen de la propiedad que, como se verá, engarzó con la responsabilidad patrimonial por actos legislativos en el Derecho europeo. Estas simetrías y la garantía de solvencia que da el Departamento del que proceden (y que ya tuve ocasión de comprobar en su aún reciente trabajo «La garantía patrimonial ante actos normativos ilícitos en Derecho comunitario», publicado en el núm. 181 de esta REVISTA) me animaron a escribir estos párrafos.

El trabajo se estructura, guardando un notable equilibrio y simetría, en dos capítulos, que analizan el derecho de propiedad en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y del Derecho de la Unión Europea, y se cierra con unas conclusiones particularmente atinadas donde, a mi juicio, se destila, como corresponde, la quintaesencia de la investigación.

La obra analiza básicamente tres aspectos, en cada uno de los dos sistemas jurídicos regionales europeos: en qué condiciones y con qué amplitud se reconoce el derecho de propiedad privada; cómo se configura el instituto expropiatorio y la delimitación del contenido del derecho por obra de la función social; y

en qué medida es posible utilizar la institución de la responsabilidad extracontractual de los poderes públicos para cerrar el círculo de la garantía patrimonial del ciudadano.

Las ideas claves, me parece, son las siguientes:

— La constatación de un paralelismo entre la estructura de protección del derecho de propiedad en el artículo primero del Protocolo núm. 1 CEDH y en el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE): ambos reconocen la posibilidad de dos tipos de intervenciones: la expropiación y la limitación del contenido, y en ambos las claves judiciales para el análisis de la corrección o incorrección de la medida están en la previsión legal, la legitimidad por una razón de interés público y la proporcionalidad de la medida. En ambas, y esto es un aspecto controvertido sobre el que volveremos, se reconoce además la procedencia de indemnizar las cargas excesivas, especiales y exorbitantes, debidas a la injerencia estatal en los bienes, que rompan el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular de los propietarios.

— A partir de ahí, una distinción de gran relevancia, que deriva de la propia lógica de los sistemas del Consejo de Europea y de la Unión Europea, estriba en que mientras el sistema del CEDH constituye una garantía integral del patrimonio, esto es, frente a cualquier injerencia estatal, la protección que brinda el Derecho de la Unión Europea se limita a aquellos casos en que existe un elemento transfronterizo en juego que afecta al mercado único, la libre competencia y la libre circula-

ción de mercancías, o bien aquellos otros en que la medida expropiatorio o delimitadora proviene directamente de las instituciones comunitarias.

— El manejo del principio de proporcionalidad por las jurisdicciones europeas difiere entre sí y del aplicado por los jueces nacionales. En el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por cuanto, en la triple exigencia de dicho principio —aptitud, necesidad, ponderación o proporcionalidad en sentido estricto—, reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados y rara vez aplica el criterio de ponderación. En el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por cuanto sí tiende a una aplicación bajo esta triple óptica, si bien reconociendo en cada una de ellas un amplio margen de apreciación a las instituciones. Además, el TJUE parece haber optado —dicho sea con la cautela con la que lo afirma la propia autora— por la teoría absoluta del contenido esencial («la esencia del derecho») como límite último a las limitaciones al derecho de propiedad.

— Con todo, a mi juicio, el punto más complejo, controvertido y apasionante del tema abordado es el relativo a si existe una cláusula de cierre del círculo de la garantía patrimonial del ciudadano, conforme al cual son indemnizables las limitaciones al derecho de propiedad que, sin constituir una expropiación formal ni material, por no suponer la desaparición de toda manera razonable de explotar el bien o la pérdida definitiva o completa de este, suponen la imposición a los titulares de una carga anormal y especial. Dolores UTRILLA muestra cómo el reconocimiento de este principio se ha

derivado en el sistema del CEDH de la primera frase del artículo 1 del Protocolo núm. 1, que reconoce el propio derecho al respeto de los bienes, y no de la segunda frase (expropiación) ni de la tercera (limitaciones), y cómo en los casos en los que el afectado no puede obtener una indemnización conforme al respectivo Derecho nacional, el mecanismo general del artículo 41 CEDH permite su reconocimiento subsidiario por el TEDH, en concepto de «satisfacción equitativa». En el Derecho de la Unión Europea, como es sabido, el TJUE, tras una jurisprudencia deliberadamente ambigua y sin poder esquivar por más tiempo la cuestión, en su sentencia de 9 de septiembre de 2008, *FIAMM*, frente a lo defendido por el Tribunal General y por el abogado general, se ha mostrado contrario al reconocimiento del principio de responsabilidad sin ilegalidad en el Derecho de la Unión Europea. Entiende la profesora Dolores UTRILLA que el TJUE ha acogido en dicha sentencia el concepto alemán de «sacrificio anormal y especial», pero no configurándolo como figura típica asimilada a la expropiación, sino como medio para construir una ilegalidad —ilegalidad del resultado de una medida que, por sí, no puede calificar como ilegal—, para conceder una indemnización por responsabilidad patrimonial de carácter subjetivo —responsabilidad por ilegalidad— y no objetivo. La autora considera que se trata de una reticencia comprensible, e incluso se muestra partidaria de exigir algo más que un perjuicio anormal y especial para el reconocimiento de la responsabilidad objetiva, en pro de no reducir el ámbito de libertad política de las instituciones (aquí se echa en falta una

precisión de en qué consistiría ese algo más). En esto, el razonamiento del TJUE me parece un tanto tautológico y la aproximación de la autora un tanto ambigua y no del todo en línea con lo que apunta el resto del trabajo, probablemente como un intento de «justificación» de la inesperada decisión del TJUE en 2008, que de hecho se recoge como una especie de «añadido» a la última parte del trabajo. Esto es, se me antoja una filigrana lógica, sin consecuencias prácticas y no muy convincente, afirmar que una medida que provoca un perjuicio anormal y singular en la propiedad de una persona es ilegal si no prevé una compensación y, a la vez, que es compatible el reconocimiento judicial del derecho a la obtención de indemnización por esta «responsabilidad por ilegalidad del resultado» y el mantenimiento de la vigencia de la medida. A ello se le une que, en el Derecho alemán, la intervención asimilable a una expropiación se refiere fundamentalmente a la propiedad de bienes materiales (a lo sumo, incluyendo el sacrificio derivado de la pérdida de la clientela vinculada a un determinado local), que dista mucho del contexto de la acción comunitaria prototípica, cual es la regulación de los mercados. Es más, los operadores carecen de un derecho de propiedad sobre una determinada cuota o posición de mercado, como recuerda la autora en otro lugar del trabajo.

En mi opinión, el supuesto de responsabilidad objetiva por daño especial y anormal da una respuesta jurídicamente más convincente, y tiene entronque en diversos Derechos nacionales y en la propia Recomendación (84) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de

18 de diciembre de 1984, relativa a la responsabilidad pública.

La actividad comunitaria, fundamentalmente normativa y en la mayor parte de los casos desplegada en un contexto de intervención de los intercambios económicos, resulta propicia para el planteamiento de acciones de responsabilidad por actos legales. Varios son los supuestos genéricos que se fueron mostrando susceptibles de dar origen a este tipo de acciones, entre los que cabe destacar: las medidas que favorecen a un sector económico en detrimento, consciente o no, de otro (que, como puede imaginarse, pueden también enfocarse desde la perspectiva de los principios de no discriminación y proporcionalidad); las que suponen un cambio brusco en la regulación sin previsión de disposiciones transitorias o compensatorias (que permiten una aproximación desde la óptica del principio de confianza legítima), o las que persiguen un interés público superior que implica el sacrificio de un colectivo específico (que constituirían el ámbito específico de aplicación de la responsabilidad objetiva, bien que conectada en realidad de forma estrecha con los tres anteriores principios, así como con los derechos de propiedad y/o libertad de empresa).

Sin duda, una serie de factores contribuyen a explicar la prolongada reserva que impregna la jurisprudencia comunitaria en torno a la admisión del principio de responsabilidad objetiva en el Derecho comunitario. En primer lugar, las dudas expresadas por algunos juristas sobre su consideración como principio general común (si bien el juicio mayoritario es favorable a considerarlo como tal). En segundo lugar, ha pesado sin duda la convicción de

que una responsabilidad tal, en un marco como el comunitario, tejido de inextricables y delicados equilibrios políticos y económicos, debería ser absolutamente excepcional. En tercer lugar, se ha sumado que las posibles condiciones restrictivas (en especial, la singularidad y anormalidad e imprevisibilidad del daño) ya fueron en una época acogidas en la jurisprudencia en materia de responsabilidad por actos normativos *ilegales*, de modo que, al no contar con elementos para trazar un círculo más restringido que el de la responsabilidad por ilegalidad, durante largos años el juez comunitario se encontró «huérfano de recursos» para diferenciar entre la responsabilidad por actos ilegales, en tanto que régimen «normal», y la responsabilidad por actos legales, como hipótesis excepcional. En último lugar, y lo que más nos interesa, la íntima relación de la responsabilidad sin ilegalidad con los presupuestos de la responsabilidad por actos que infringen principios generales como los de no discriminación, proporcionalidad o confianza legítima, o derechos patrimoniales como los de propiedad o de libertad de empresa, y la consiguiente dificultad de delimitar un ámbito propio. Centrándonos en estos últimos, podría pensarse que los presupuestos de la responsabilidad por violación de los derechos de propiedad y de libre ejercicio de actividades y los de la responsabilidad sin ilegalidad resultan sustancialmente idénticos, puesto que responden a un fundamento común, la garantía patrimonial del individuo frente a actuaciones públicas que persiguen intereses generales. Esta hipótesis parece avalada por un dato fundamental: en los contados asuntos en que los deman-

dantes han tratado de hacer valer la existencia de un principio de responsabilidad sin ilegalidad, lo han simultaneado frecuentemente con una pretensión de responsabilidad por violación de estos derechos; o bien han tratado de fundar esta en la existencia de una intervención asimilable a una expropiación. Pese a la apariencia, en nuestra opinión, los derechos de propiedad y libre ejercicio de actividad empresarial y profesional no cubren en el Derecho comunitario todos los posibles flancos de la responsabilidad sin falta; sus ámbitos no vienen a coincidir. En un mercado intervenido como el comunitario, la posición económica de los operadores está sometida a los efectos de las cambiantes políticas comunitarias. Como reitera la jurisprudencia, no se garantiza a los particulares el mantenimiento de las condiciones del mercado existentes en cada momento. No existen, como regla general, «derechos adquiridos», ya que el *statu quo* puede ser alterado en cada momento en función de los objetivos generales por las instituciones, las cuales cuentan para ello con una amplia facultad discrecional. No puede hablarse de una «propiedad de una posición de mercado» ni de un «derecho a ejercer las actividades económicas y profesionales en unas condiciones inmutables». En este contexto, la propia noción de «derecho de propiedad» y de «derecho a ejercer una actividad» resulta de contornos poco nítidos y, desde luego, poco susceptibles para la declaración de vulneración, y menos aún de vulneración cualificada que dé origen, además, a responsabilidad.

Emilio GUICHOT  
Universidad de Sevilla