

LOS PRINCIPIOS DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y SU INFLUENCIA EN LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

Por FERNANDO GONZÁLEZ BOTIJA

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EXISTENCIA DE UN DERECHO O INTERÉS PATRIMONIAL LESIONADO.—III. LA PROPORCIONALIDAD DEL PERJUICIO SUFRIDO: LA CUESTIÓN DE LOS DAÑOS EXPROPIATORIOS O DESPROPORCIONADOS. IV. LA INFLUENCIA DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.

I. INTRODUCCIÓN

Tanto nuestra adhesión a la Comunidad como la aprobación del Acta única Europea (AUE) son hechos que quedan ya lejanos en el tiempo pero que, sin embargo, han servido de base durante estos últimos años para que nuestro Tribunal Supremo (TS) haya dictado una serie de sentencias que aportan importantes consideraciones doctrinales sobre una cuestión que está lejos de quedar cerrada en nuestro ordenamiento jurídico cual es, precisamente, la de la responsabilidad patrimonial del Poder legislativo. La relevancia de esta materia se acrecienta ante el incremento incesante de normas emanadas por parte de las cámaras legislativas que, en muchas ocasiones, suponen para los particulares el deber de soportar determinados perjuicios económicos de mayor o menor intensidad derivados de su aplicación. Pero esta jurisprudencia del TS presenta un interés añadido ya que recoge una influencia de los principios inspiradores del Derecho co-

munitario tal como los ha modulado el TJCE a la hora de juzgar, con base en el art. 215,2 del Tratado de Roma (actual art. 288,2 CE tras el Tratado de Amsterdam), la responsabilidad patrimonial de las instituciones comunitarias por los daños producidos a los particulares como consecuencia de la adopción de actos normativos de alcance más o menos general.

Nuestro Alto Tribunal ha tenido que examinar las solicitudes de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado derivada de los daños y perjuicios sufridos por ciertos colectivos económicos (empresas pesqueras, azucareras, agentes de aduanas y agentes de cambio y bolsa) como consecuencia de la entrada en vigor, primero del Tratado de adhesión, y posteriormente del AUE. Ambos instrumentos jurídicos supusieron para este conjunto de operadores económicos un cambio considerable en su situación patrimonial dada la importante modificación que debía realizarse en la normativa española entonces vigente como consecuencia de la obligada introducción en España del acervo comunitario que la adopción de dichos textos legales suponía¹.

En todos estos casos, el Gobierno español tuvo que intervenir adop-

¹ Esta cuestión se planteó en relación con el sector pesquero (en las Sentencias del TS de 5 de marzo de 1993, Ar. 1623 —asunto Pescanova S.A.—; de 27 de junio de 1994, Ar. 4981 —asunto Alvamar S.A.— y de 16 de septiembre de 1997, Ar. 6411 —asunto Pepsa—), en el sector azucarero (STS de 20 de septiembre de 1996, Ar. 6785), en el sector de los Agentes de Cambio y Bolsa (STS de 18 de septiembre de 1997, Ar. 6917) y en el de los Agentes de Aduanas (STS de 13 de febrero de 1997, Ar. 978; de 24 de mayo de 1997, Ar. 3983; de 31 de mayo de 1997, Ar. 4415; de 5 de junio de 1997, Ar. 4599; de 28 de mayo de 1997, Ar. 5943 y de 5 de junio de 1997, Ar. 5944). En el caso de las empresas pesqueras la adhesión implicaba la pérdida de una serie de medidas de fomento (especialmente ciertos privilegios arancelarios) que venían disfrutando desde 1976. Para las empresas azucareras representaba el ver limitada su actividad económica al serles asignadas una cuota de producción de acuerdo con las reglas que regulaban entonces la OCM del azúcar. En relación con los agentes de aduanas, la integración definitiva de España en el mercado común (que implica la aplicación de la unión aduanera con la consiguiente supresión de las barreras arancelarias tras la finalización del período transitorio y la potenciación del mercado interior con el AUE), suponía una pérdida importante de ingresos. Los miembros de esta profesión obtenían gran parte de sus beneficios gracias al volumen de negocio que generaba la existencia de restricciones comerciales en los intercambios entre España y la antigua Comunidad a Diez. Por último, los agentes de cambio y bolsa, al dictarse la Ley 24/1988, veían afectada la situación de privilegio que habían estado disfrutando ya que dicha Ley tenía como objetivo básico la necesidad de potenciar el mercado de valores ante la perspectiva de un mercado europeo de capitales.

tando una larga serie de actos y acuerdos para hacer posible la aplicación práctica de los mandatos contenidos en el Acta de Adhesión y en el AUE. Sin embargo, no debe olvidarse que toda esta actividad normativa del Gobierno tenía su causa directa en las leyes orgánicas que se promulgaron por las Cortes españolas al amparo de lo dispuesto en el art. 93 de la CE autorizando al Gobierno para firmar primero el Acta de Adhesión y posteriormente el AUE. Por ello, con acierto, los particulares perjudicados consideraban en última instancia responsable de la adhesión y, por ende, de dichos perjuicios, al Poder legislativo dada las competencias que tiene asignado. De esta manera, el examen de la responsabilidad por daños debía examinarse desde la óptica, no de la responsabilidad patrimonial del Gobierno o la Administración, sino de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Esto supone un salto cualitativo muy importante, y, si se quiere, una dificultad añadida para las partes demandantes a la hora de obtener su pretensión porque, mientras tradicionalmente se ha entendido con facilidad que la Administración debía indemnizar a los particulares por las lesiones producidas en sus derechos o intereses legítimos como consecuencia de la adopción de actos administrativos, en cambio, en el caso del poder legislativo se llegaba a la conclusión contraria por entender que tal reconocimiento paralizaría la labor del principal poder del Estado al tener que responder de todas las consecuencias patrimoniales gravosas que pudieran derivarse, obstaculizando por otro lado la realización de determinados cambios normativos que se imponían en defensa del interés general. Este frontal rechazo en un primer momento a reconocer tal posibilidad se fue debilitando con el tiempo y poco a poco la doctrina jurisprudencial y académica en diversos países europeos, comenzó a apoyar la idea de que, aunque no con la misma amplitud que se reconocía el deber de indemnizar de la Administración, en determinadas circunstancias era posible defender en justicia la necesidad de reparar cierto tipo de daños patrimoniales que podían soportar los particulares como consecuencia de las modificaciones legislativas.

Junto a la herencia doctrinal existente en los Estados miembros, el TJCE, también ha seguido un criterio restrictivo en este terreno reconociendo la responsabilidad de las Instituciones comunitarias por actos de carácter normativo sólo en el caso de que se produjese una violación suficientemente caracterizada de una regla superior de Derecho. En las siguientes líneas vamos a tratar de examinar la jurisprudencia del TS que acabamos de citar teniendo presente en especial los últimos casos trata-

dos tanto por el TJCE como por el TPI, pero también algunas de las decisiones que sobre esta materia ha adoptado el TJCE en los últimos años. En el caso de los agentes de aduanas la posibilidad de realizar un examen comparado directo es posible gracias a que el TPI en la sentencia Dubois² ha tenido la ocasión de establecer su doctrina sobre un mismo asunto que nuestro TS relativo a los perjuicios económicos sufridos por los agentes de aduanas por la aplicación del AUE. El TPI reconoce que efectivamente la causa de este perjuicio para los agentes se debe a la supresión de las fronteras aduaneras y fiscales que iba a traer como consecuencia el AUE, y que *«las medidas comunitarias o estatales de aplicación del Acta Única que suprimen las fronteras aduaneras y fiscales no constituyen una causa independiente del daño alegado»*³. Curiosamente el TPI va a entrar a analizar el fondo del asunto pese a que comenzará su argumentación negando la responsabilidad de la Comunidad, tanto objetiva como culposa por la falta de intervenciones compensatorias de la Comunidad, porque el AUE no es un Acto de las Instituciones comunitarias sino de los Estados, con lo que no se puede cargar sobre ella la responsabilidad de un daño que no ha creado⁴.

II. LA EXISTENCIA DE UN DERECHO O INTERÉS PATRIMONIAL LESIONADO

Como presupuesto imprescindible de la responsabilidad se necesita el sacrificio de un derecho o interés patrimonial protegido (la propiedad, un salario, un beneficio empresarial consolidado, etc) pero no meras expec-

² Ver, Sentencia del TPI de 29 de enero de 1998, As T-113/96, Edouard Dubois et Fils contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, R, 1998, p. II-125.

³ Ibidem, apartado 47. Como se dice en el apartado 46 de la sentencia: *«es una consecuencia directa y necesaria de ella»*.

⁴ Así, en relación con la posible existencia del deber de indemnizar por culpa el TPI no ve base jurídica a esta pretensión afirmando que *«la obligación de indemnizar sólo sería posible en relación con actos de expropiación que emanasen de las propias Instituciones comunitarias, puesto que no puede imponerse a la Comunidad la obligación de indemnizar actos que no le sean imputables»*. Sin embargo, el TPI advierte que *«no obstante, no queda excluido que una obligación de indemnizar pueda imponerse, en su caso, en virtud del Derecho interno del Estado miembro en cuyo territorio el agente o el comisionista de aduanas intracomunitario ejerza su actividad»*. Ibidem, apartado 57.

tativas o ventajas aunque también puedan poseer un contenido patrimonial. Sin embargo, y esta es la primera gran conclusión que puede extraerse analizando ambas jurisprudencias, comunitaria y española⁵, la línea divisoria entre ambos grupos de conceptos: derecho e interés por un lado y mera ventaja o expectativa por otro, no es del todo clara como lo demuestra el hecho de que haya sido objeto de importantes discusiones en las sentencias citadas. Pese a esta polémica la segunda conclusión que puede sacarse con claridad es el gran paralelismo, por no hablar de casi absoluta identidad, entre los argumentos empleados por los Altos Tribunales en muchas ocasiones para fundamentar las tesis finales que defienden.

Si empezamos por el caso de la situación de agentes de aduanas y de cambio y bolsa, en donde descubrir ese paralelismo es más fácil por los motivos que acabamos de indicar, podemos ver como aquí nuestro TS adoptó una teoría que se basa expresamente en los argumentos que se emplearon por nuestro TC en su jurisprudencia sobre funcionarios públicos (en relación con los perjuicios económicos producidos a los mismos como consecuencia del adelanto de su edad de jubilación y de la aplicación de la ley de incompatibilidades). Aunque el TS niega que sea equiparable la situación de los agentes a la de los funcionarios públicos, sin embargo considera que si como consecuencia del poder de organización que corresponde a las administraciones públicas se niega la existencia de derechos adquiridos en el caso de los funcionarios, también debe llegarse a la misma conclusión cuando se trata de la regulación de profesiones sujetas a la intervención administrativa como ocurre con los citados agentes. En este último caso, ya no sólo el interés ligado a la buena organización administrativa, sino también los intereses generales de la sociedad son los que directamente llevan al ordenamiento jurídico a autorizar la fiscalización del poder público sobre determinados aspectos de su actividad con el fin de evitar la petrificación de situaciones contrarias al interés general. El TS destaca como en dichas profesiones existe un número limitado de autorizaciones, una comprobación administrativa de la capacitación de los solicitantes mediante la realización de cursillos de acceso, el sometimiento a una potestad sancionadora administrativa y una regulación me-

⁵ Así el Tribunal Constitucional (TC) negó que existiese expropiación de derechos subjetivos y deber de indemnizar los perjuicios sufridos por los funcionarios públicos por entenderse que al estar sometidos a un régimen estatutario, susceptible de modificación en cualquier momento, sólo poseían una simple expectativa al mantenimiento de dicho régimen.

diante reglamento de sus honorarios. De este modo las modificaciones legislativas que afecten a aspectos de estas profesiones, al igual que ocurría con los funcionarios, no constituirían el sacrificio de un derecho. Todos estos argumentos de nuestro TS encuentran una ratificación, o si se prefiere, incluso una base en la tesis que mantiene el TPI en el asunto Dubois. Este Tribunal afirma primero que falta un derecho adquirido sacrificado al acceso y ejercicio de la profesión de agente que emane de la normativa comunitaria para justificar una indemnización ya que, dicha normativa, al armonizar las condiciones en las que está facultada una persona para hacer una declaración de aduanas *«lejos de definir y de determinar el ejercicio de la profesión de agente y de comisionista de aduanas en Derecho comunitario, se limita, por tanto a no cuestionar las normativas relativas a dicha profesión existentes en determinados Estados miembros. Si existe un derecho adquirido, éste no resulta, pues, del Reglamento n.º 3632/85, sino, a lo sumo, en su caso, de las correspondientes normativas de determinados Estados miembros, que, al firmar y, posiblemente, ratificar el Acta Única, lo revisaron»*. En todo caso el TPI admite que de la normativa comunitaria se podrían desprender ciertas ventajas para los agentes al realizar la citada armonización pero con ello dicha regulación *«no otorgó a la demandante una ventaja que pueda ser calificada de derecho adquirido»*. Tratándose de ventajas el TPI puntualiza que *«la demandante no puede, por ello, invocar el derecho adquirido a conservar esta ventaja, puesto que las instituciones comunitarias tienen derecho a adaptar las normativas a las necesarias evoluciones de las que deben ser objeto»*⁶, máxime cuando es un objetivo fundamental como la realización del mercado interior. De esta manera el TPI desarrolla una argumentación que guarda una gran semejanza con la del TS, en la medida en que distingue entre lo que son meras ventajas de carácter directa o indirectamente económico que derivan de la armonización normativa realizada y lo que son auténticos derechos, en este caso de acceso a la profesión y su ejercicio.

Podríamos preguntarnos si la coincidencia entre ambos tribunales permitiría extender a esta doctrina del TPI las críticas que ya se hicieron tanto a nuestro TC como al TS en relación con la materia de los funcionarios públicos por nuestra doctrina administrativista. Dichas críticas se centran en la denuncia de que se había extendido en exceso el campo de las situaciones estatutarias en detrimento de los derechos adquiridos de los

⁶ Ver, Sentencia Dubois citada, apartados 64 a 67.

funcionarios, con las importantes consecuencias económicas que ello supone para los funcionarios que quedan impotentes ante ciertos cambios legales que decida introducir el legislador. Quizás sea posible afirmar que la postura del TPI, aunque se base en el mismo punto de apoyo doctrinal, posea más fundamento que la mantenida por el TS por el hecho de que, como hemos visto, el TPI pone en evidencia que en última instancia es la normativa nacional la competente en materia de acceso y ejercicio de esta profesión y, por consiguiente, es de ella de donde emanan verdaderos derechos para los particulares. En este sentido el papel del Derecho comunitario es más modesto en comparación con el que corresponde al Derecho nacional en esta materia. Por ello puede concluirse que las críticas serían extensibles principalmente a la doctrina sentada por el TS en sus sentencias sobre agentes que acabamos de estudiar. Estas críticas quizás cobran aquí una mayor fuerza en la medida en que la cuestión de la naturaleza jurídica de las actividades desempeñadas por los agentes de aduanas ha sido discutida por la doctrina. Aunque es verdad que por los motivos indicados por el TS, se puede encontrar gran proximidad en ciertas facetas de los agentes de aduanas con los funcionarios públicos, en última instancia, dichos agentes son profesionales que realizan despachos ante la aduana, por cuenta ajena normalmente, es decir, desarrollan en gran medida una actividad mercantil. Este tipo de razonamiento supone convertir en meras expectativas todo lo que son verdaderos derechos (de propiedad, al ejercicio de la actividad profesional) e importantes intereses económicos adquiridos por ciertos grupos profesionales a lo largo de muchos años de trabajo y, en ocasiones, tras grandes inversiones cuya supresión normalmente no dará derecho a indemnización alguna en caso de que el legislador decida con base en legítimos intereses generales limitar o incluso suprimir determinada actividad. De este modo se corre el riesgo de llegar a la conclusión de que casi todas las actividades económicas profesionales y empresariales tienen simples expectativas a su mantenimiento ya que no existe un único campo en donde la intervención normativa de control no sea más o menos intensa y se establezcan férreos controles o rígidos criterios administrativos de acceso a la profesión que, aunque adopten una forma jurídica distinta (mediante autorizaciones, licencias, etc) de la oposición o de los cursos de capacitación de funcionarios o agentes, no por ello dejan de ser menos restrictivos.

El segundo aspecto en donde es posible descubrir una gran proximidad entre las posturas de ambas jurisprudencias residiría en el ámbito de

ciertos instrumentos arbitrados por la PAC para el control de la producción agrícola y ganadera, y en concreto en el tema de las cuotas que, especialmente, funcionan en el mercado azucarero y en el lechero. En el primer caso nuestro TS en una reciente sentencia⁷ ha resuelto un recurso planteado por dos empresas azucareras: Ceisa y Laisa, que se habían considerado afectadas por la cuota base de producción de isoglucosa que se les había atribuido como consecuencia de la Adhesión a la Comunidad, ya que en este sector rige también un sistema de cuotas de producción, aunque con ciertas diferencias con respecto al sector lácteo. En concreto Laisa denunciaba que la cuota que le había sido asignada no valoraba su capacidad de producción, era lesiva para sus intereses y discriminatoria con respecto a otros productores comunitarios, todo ello como consecuencia de la regulación contenida en el Acta de Adhesión sobre la fijación del año de referencia y de la cuantía asignada. El TS rechazó los argumentos de la parte demandante no aceptando la existencia de una expropiación legislativa destacándose que *«no es posible reconocer la titularidad de un derecho subjetivo o de una situación subjetiva consolidada e incorporada al patrimonio de la apelante y por ello no puede reconocerse un supuesto expropiatorio que obligue a una indemnización no ya al mantenimiento de unas determinadas cuotas de producción de isoglucosa, que en su cuantía sólo se ven indirectamente afectadas como consecuencia del Tratado de Adhesión, sino a que se otorgue a la íntegra producción de isoglucosa de la empresa o a una determinada producción de ésta, un concreto aspecto o beneficio del régimen de comercialización comunitario (precio de intervención o ayuda a la exportación), debiendo tenerse en cuenta, además, que la integración en la Comunidad Europea supuso un conjunto de factores sobrevenidos y una regulación nueva con consecuencias y circunstancias complejas en las que, incluso resulta difícil apreciar unidireccionalmente un daño...»*. De estas palabras puede deducirse fácilmente que para el TS no existiría un derecho adquirido a mantener un determinado nivel de producción (con el consiguiente margen de beneficio a él ligado) que debiese indemnizarse en caso de que con motivo de una decisión tomada en el marco de la política agrícola se decidiese contingentar la producción y prohibir, de un modo más o menos indirecto, que los productores pudiesen poner en el mercado más productos de los permitidos con la cuota asignada, aunque pudiesen demostrar que históricamente habían estado produciendo por encima de ese nivel una

⁷ Ver, STS de 20 de septiembre de 1996 (Ar. 6785).

cuantía que se comercializaba en el mercado. A una conclusión idéntica a la de nuestro TS sobre la cuota azucarera parece haber llegado el TJCE con la cuota lechera dentro del marco de la intensa polémica jurídica que se planteó al hilo de la problemática surgida al instaurar el régimen de cuotas con los llamados productores SLOM⁸. Así en la sentencia Von Deetzen II afirmó con rotundidad que *«el derecho de propiedad no implicaba el derecho a comercializar una ventaja como las cantidades de referencia concedidas en el marco de una organización común de mercados que no procede ni de bienes propios ni de la actividad profesional del interesado»*⁹.

La afirmación de que una empresa no posee un derecho adquirido a tener garantizado un determinado nivel de producción quizás no debiese admitirse en términos tan tajantes. La cuestión no es del todo nueva. Entre nosotros hace ya tiempo que se planteó una cuestión parecida al hilo de las modificaciones de precios de intervención realizadas por la Administración cada campaña en el sector de los aceites agrícolas. Estas variaciones de los precios supusieron ciertas pérdidas económicas para las empresas del sector al ver reducir sus beneficios históricos. Esta circunstancia suponía plantearse en primer lugar si las empresas afectadas podían invocar la existencia del sacrificio de un derecho a la obtención de un determinado margen de beneficio derivado de la fijación de los precios por la Administración en campañas anteriores. Nuestra doctrina destacó a este respecto que: *«la fijación de un precio por parte de la Administración no genera en los particulares afectados un derecho subjetivo, ni siquiera un interés jurídicamente protegible a su mantenimiento. Todo lo más que existe, desde la perspectiva jurídica del particular, es una simple expectativa*

⁸ Las siglas SLOM provienen de la expresión neerlandesa «slachtoffers omschakeling» que significan literalmente «víctimas de la reconversión». Al haberse acogido a unos planes subvencionados comunitarios para no comercializar leche durante cinco años desde 1979 estos productores se vieron privados de la asignación de cuota al implantarse el sistema en 1984 debido a que no habían producido leche durante los períodos de referencia (1981 a 1983) que la normativa estableció para atribuir cuota. El Consejo fue condenado por el TJCE (Ver sentencias Mulder c/ Ministro de Agricultura y Pesca (sentencia Mulder I) y Von Deetzen c/ Hauptzollamt Hamburg-Jonas (As 120/86 y 170/86), de 28 de abril de 1988, R.1988, pp. 2321 y ss) y procedió a asignar cuota a estos productores.

⁹ Ver, Sentencia de 22 de octubre de 1991, Georg von Deetzen c/ Hauptzollamt Oldenburg, As C-44/89. R, 1991, p. I-5119 (de ahora en adelante Sentencia Von Deetzen II).

*a su no modificación»*¹⁰. Es evidente que el legislador tiene el derecho a introducir limitaciones en la capacidad productiva de las empresas para alcanzar determinados fines de interés general como ocurre con la implantación de cuotas de producción en los mercados agrarios con el fin de evitar los graves excedentes que tanto cuestan al presupuesto comunitario. Sin embargo, esta doctrina que acabamos de citar, ratificada por una jurisprudencia del TS dictada hace ya tiempo, no puede llevarse al extremo de negar sistemáticamente la existencia de derechos o intereses patrimoniales en este terreno dignos de protección e indemnizables. Al igual que ocurre con las intervenciones en los niveles de precios existentes en el mercado, tanto cuando se pasa de un sistema de libertad absoluta de producir a una contingentación mediante la aplicación de cuotas, como cuando una vez contingentado el nivel productivo de la empresa se procede a introducir nuevos recortes o limitaciones a dicha capacidad productiva, se está afectando en última instancia también a unos márgenes de beneficio (aunque tomados desde el lado de las cantidades producidas). Por consiguiente, estas medidas restrictivas pueden producir un daño patrimonial consistente en la parte de beneficio que pierde una empresa como consecuencia de la aplicación de la cuota o de su recorte, ya que no va a poder comercializar unas cantidades de productos que tradicionalmente era capaz de vender en el mercado. La diferencia formal con la intervención de precios es que la asignación de cuota permite plantear su configuración jurídica como una autorización administrativa para producir, y no debe olvidarse que la autorización administrativa lo que hace es habilitar *«al particular para el ejercicio de una situación jurídica activa suya, a los efectos de coordinar el interés particular y el público»*¹¹. Por situación jurídica activa la doctrina pretende abarcar ya no sólo lo que es un derecho subjetivo (como el de propiedad o el del ejercicio de una actividad profesional), sino también intereses legítimos entre los que se encontrarían los de carácter patrimonial. Por ello, si se acepta la configuración de la cuota como una autorización, en pura coherencia con su concepto se debe aceptar también que el particular afectado tiene:

¹⁰ Ver J. SALAS, «Ordenación de precios y responsabilidad administrativa», en REDA, n.º 2, p. 227 (en especial p. 237).

¹¹ Véase L. MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1996. pp. 45 y ss. Hay que advertir que la cuestión de la naturaleza jurídica de la cuota láctea en la doctrina administrativista no es pacífica.

- 1.º) en el momento en que se procede a asignar la cuota, un derecho, (o al menos un interés patrimonial) a producir una cantidad que se ajuste en mayor o menor medida a sus rendimientos históricos demostrables por la producción alcanzada en años anteriores, y,
- 2.º) una vez que se ha asignado la cuota, un derecho, (o al menos un interés patrimonial) a producir la cantidad fijada por la cuota basado en el derecho de propiedad sobre los elementos empresariales y en la libertad de empresa.

De este modo sería posible diferenciar fácilmente estas dos situaciones de lo que sería la mera expectativa que tiene cualquier empresario de producir en abstracto una cantidad indefinida.

Por consiguiente, una asignación de cuota por debajo del rendimiento histórico, o, una vez asignada la cuota, un recorte o supresión de la misma por vía legal, supondría afectar un interés patrimonial (especialmente en el primer caso citado) o un derecho subjetivo (especialmente en el segundo caso), viniendo a significar una modificación o revocación parcial con base en el interés general, y antes de agotar su plazo de validez, de la autorización concedida. En ambos supuestos, hablamos de un daño perfectamente delimitado que no afecta a meras expectativas sino a una capacidad de producción bien constatada y autorizada. Por ello debería estudiarse, con base en los principios que vamos a examinar en los puntos siguientes, si esta modificación por su intensidad o por lo imprevisible de su adopción supera el deber jurídico de soportar el daño que se puede imponer a un particular en virtud del interés general y, por consiguiente, si se merece una indemnización.

Finalmente, hay que destacar que esta tendencia a limitar la existencia de derechos adquiridos o intereses patrimoniales ha sido rota por el TS en relación con las medidas de fomento adoptadas por el Gobierno en favor de las empresas pesqueras. El Abogado del Estado había mantenido la alegación de que la sociedad armadora recurrente carecía de un verdadero derecho adquirido para mantener contingentes de importación exentos del pago de aranceles dado que anualmente se fijaban cupos para disfrutar de esta ventaja (naciendo entonces el derecho, pero no directamente de la previsión legislativa) y, además, estos contingentes se iban a reducir en virtud del Acta de Adhesión de manera progresiva a lo largo de siete años. Sin embargo, el TS no va aceptar estos argumentos al considerar en

cambio que *«el Gobierno desarrolló una muy concreta acción de fomento para la constitución de empresas pesqueras, ..., reconociendo a cambio unos particulares beneficios, representativos de intereses patrimoniales legítimos, y si éstos se interrumpen o disminuyen, cual ha sucedido, por la voluntad de los órganos competentes del Estado, en modo alguno cabe negar el subsiguiente derecho a la indemnización correspondiente ...»*, por ello llega incluso más lejos y concluye el TS diciendo que *«en otro orden de ideas, parece que también puede afirmarse la existencia, no de meras expectativas, sino de verdaderos derechos adquiridos para alcanzar los beneficios establecidos ...»*. Y es que aunque era cierto que las exenciones dependían de la fijación de cupos anuales atendiendo a las capturas realizadas por buques españoles, el TS ponía de relieve, primero, que en el fondo tenían *«acreditado un derecho para disfrutar del correspondiente cupo, sea en mayor o menor medida, con interdicción, desde luego, de toda arbitrariedad»*, y en segundo lugar, la demandante no ejercitaba *«una pretensión de reconocimiento de un derecho adquirido, sino una pretensión indemnizatoria por lesión producida con ocasión de la adopción de actos emanados del Poder legislativo o de medidas no fiscalizables en vía contencioso administrativa»*¹². Quizás no deban entenderse estas palabras del TS como una contradicción con la tradicional concepción de las medidas de fomento como meras ventajas que concede el legislador. Y es que de las mismas se puede sacar la conclusión de que lo que confiere la existencia o no de un derecho o interés patrimonial indemnizable no reside tanto en la naturaleza de la medida: si es o no una ventaja derivada de una actividad de fomento, cuanto de la forma en que tal ventaja se articuló. Es decir, el caso de las empresas pesqueras españolas muestra una situación particular en que la normativa de fomento y su importancia en la creación de dichas empresas parece constituir la razón primera y última de la existencia de dichas empresas. En este sentido su posición es diferente de la de aquellos empresarios que pueden venir operando en un determinado sector desde antes de la introducción de una medida de fomento y que, en un momento dado, ven aparecer unas ayudas concedidas por la Administración a las que deciden acogerse en función de sus intereses, siendo conscientes desde el principio que dichas medidas pueden no mantenerse en el futuro.

¹² Ver, STS de 5 de marzo de 1993, asunto Pescanova SA citado, pp. 2094 y 2095, Rep. Ar. 1623, de 1993.

III. LA PROPORCIONALIDAD DEL PERJUICIO SUFRIDO: LA CUESTIÓN DE LOS DAÑOS EXPROPIATORIOS O DESPROPORCIONADOS

Una vez que se acepta la existencia de un derecho o interés patrimonial afectado por una ley surge el problema no menos importante de saber si la medida de dicho sacrificio es lo suficientemente importante como para considerar que surge el deber de indemnizar. La cuestión está directamente relacionada con la idea de que el legislador puede imponer a los ciudadanos por vía legal ciertos límites o cargas en el ejercicio de sus derechos que deben soportar en pro de la consecución de unos determinados intereses generales. Dicho de otro modo, cada derecho va ligado a una serie de deberes que responden a la función social que debe cumplir. Dichos deberes, junto con las facultades, constituyen el contenido normal de todo derecho y justifican la imposición de esas cargas o límites que pueden suponer unos perjuicios económicos. El problema reside y ha residido siempre en saber dónde empezaba y dónde terminaba dicho límite. Muy a menudo, y de ello da buena prueba la jurisprudencia comunitaria, los particulares han alegado que las medidas normativas crean determinadas obligaciones o privan de determinados derechos cuyo efecto práctico es la expropiación o la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad profesional que se venía ejerciendo. Por consiguiente, como criterios para conocer si existe o no el deber de indemnizar al particular por los daños sufridos por el acto legislativo podrían emplearse, primero, el de saber si el daño sufrido es equiparable a lo que habría sido una expropiación formal, y, en su defecto, el de evaluar si el daño, aunque no sea expropiatorio, por su intensidad es tan desproporcionado que debería reconocerse la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

En relación con los daños expropiatorios, para saber si al fijar esas limitaciones en el fondo el legislador estaba realizando una verdadera expropiación encubierta, nuestro TC ha seguido el criterio, como el TJCE, de analizar si las citadas limitaciones respetaban el contenido esencial de cada derecho, entendido como aquel conjunto de facultades que permiten la «recognoscibilidad» del mismo. De este modo, en el caso del derecho de propiedad, por ejemplo, se trataba de examinar si con las limitaciones impuestas no se le priva al bien de toda rentabilidad económica (posibilidad de disfrutar y disponer de él de alguna manera). Aunque en la teoría

el esquema resulta simple su aplicación resultaba en algunos casos concretos complicada por la dificultad de poder diferenciar con claridad la línea que separa la limitación del contenido de un derecho de su expropiación.

Cuando las lesiones patrimoniales producidas por una medida legislativa afectan a una empresa (que es lo más habitual en el marco del Derecho comunitario, y que es el supuesto que se examinó en los asuntos de la pesca), se plantean ciertos problemas que no existen en casos más sencillos como por ejemplo cuando se expropia un inmueble para la construcción de una obra pública. En este terreno concreto, la jurisprudencia del TJCE ofrece históricamente muchos matices aportados cuando esta cuestión se ha abordado.

En los asuntos del TS que estamos examinando resulta de especial interés a este respecto las sentencias del TS Pescanova S.A, Alvamar S.A y Pebsa citadas, ya que en ellas el Alto Tribunal reconoció la existencia de un deber de indemnizar y para ello puso de relieve como, al frustrarse las inversiones realizadas con base en las medidas nacionales de fomento debido a la aplicación del Acta de Adhesión, se había puesto *«en peligro la continuidad operativa de varias empresas pesqueras conjuntas, al eliminar la base de su rentabilidad»*. Pero, ¿qué se ha de entender con la expresión *«eliminar la base de su rentabilidad»*? En el informe técnico sobre el que se basó el TS para tomar su decisión se destacaba como *«el beneficio básico que reciben las empresas pesqueras conjuntas consiste en la exención del pago de derechos aduaneros ...»*¹³. De estas palabras puede deducirse que la privación de esta exención suponía, aunque no la ruina inmediata de las empresas afectadas, ya que transitoriamente a lo largo de siete años se iba a poder seguir disfrutando de esta medida mediante una reducción progresiva, sí la ruina a medio o largo plazo en la medida en que dichas exenciones constituían la base de su beneficio. Por consiguiente, la falta de rentabilidad implica la privación del beneficio básico de una empresa. Esta circunstancia siempre deberá ser indemnizada dando lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en la medida en que tenga como efecto la ruina o paralización de la actividad empresarial, y ello no sólo cuando dicho efecto se produzca de un modo inmediato sino también cuando se puede demostrar con gran fundamento que se va a producir a medio o largo plazo.

¹³ Ver, STS de 5 de marzo de 1993, asunto Pescanova SA citada, pp. 2094 y 2095.

Pero podemos encontrar una mayor precisión sobre esta pregunta en la jurisprudencia comunitaria. De ella se extraen enseñanzas muy importantes que pueden servir para completar, integrar o perfeccionar la doctrina que en el futuro marquen los tribunales nacionales que examinen casos parecidos o similares. Todos los casos tratados por el TJCE tienen en común el hecho de que las empresas afectadas por los cambios normativos producidos en el Derecho comunitario han sufrido un aumento de sus costes de producción que puede afectar en mayor o menor medida a sus márgenes de beneficios, que es en esencia lo que constituye la base de la rentabilidad de una empresa. A partir de cierto momento la absorción de dicho margen determina que la empresa opere a pérdida.

Ahora bien, para demostrar que la ruina de la empresa por falta de rentabilidad se ha debido a la medida legal y no a otras causas ajenas (por ejemplo, la mala gestión del empresario) es necesario dejar claros, mediante las oportunas pruebas, ciertos extremos y en concreto la seriedad del daño producido por la norma en el margen de beneficio, y siempre teniendo en cuenta los riesgos que son inherentes al sector en que actúa la empresa. Si la empresa se ha arruinado en pura lógica el daño causado por la norma debe haber tenido la suficiente intensidad como para anular el margen de beneficio de un modo definitivo. Como señala el Abogado general Capotorti en el asunto HNL *«es posible decir que una pérdida comercial que no interrumpe apreciablemente o altera el ritmo de trabajo de una empresa es tolerable»*¹⁴. Esta fue la clave discutida en este mismo caso en donde, frente a la alegación de las empresas de haber tenido pérdidas equivalentes del 50 al 20% de sus márgenes de beneficio la Comisión alegó que el daño representaba en el fondo un 1% sobre el precio normal del producto. El TJCE advirtió sobre este particular en este asunto que *«los efectos del Reglamento sobre el margen de beneficio o capacidad de ganancia de las empresas no excedió de los límites de los*

¹⁴ Ver, Sentencia HNL Ver, Sentencia del TJCE de 25 de mayo de 1978, Asuntos acumulados 83 y 94/76, 4, 15 y 40/77, Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG y otros contra Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas, R, 1978, p. 1209 (en especial pp. 1234 y 1241). El Abogado general constataba unas pérdidas que iban del 20% al 100% pasando por el 50% según los casos. En el asunto Ireks-Arkady este mismo Abogado general destacó que los efectos en los costes de producción (ver, Sentencia del TJCE de 4 de octubre de 1979, As 238/78, Ireks-Arkady GmbH contra Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas, R, 1979, p. 2995) eran mayores que en el caso del HNL al alcanzar el 20% de dichos costes.

riesgos inherentes a las actividades del sector económico afectado», ya que en este caso concreto los efectos de la normativa sobre sus costes de producción fueron limitados puesto que el incremento del precio supuso poco más del 2%. Este porcentaje es muy escaso en comparación con los incrementos normalmente soportados por el sector a causa de las fluctuaciones experimentadas en el mercado mundial durante el período de aplicación de la normativa que fueron de hasta tres o cuatro veces más altos. Por consiguiente, como gran enseñanza de la doctrina del TJCE, se puede deducir que para saber si se ha producido un ataque intolerable a la rentabilidad de la empresa es preciso comparar el porcentaje de incremento en los costes productivos causado por la norma con respecto a las variaciones en los precios a que está acostumbrada la empresa en su actuación en su sector concreto, máxime si está vinculado a las variaciones de precios en el mercado mundial. Con el fin de hacer una evaluación correcta del daño soportado, siguiendo al Abogado general Capotorti en este caso, debe tenerse en cuenta la media estadísticamente constatada de fluctuaciones de los precios en el mercado para un determinado producto y a lo largo de un período de referencia representativo. De este modo se podría valorar adecuadamente lo que ha podido suponer el incremento de coste derivado de la norma teniendo en cuenta los incrementos a los que históricamente está acostumbrado en cada sector el empresario. El problema es que aunque este criterio en abstracto puede parecer muy atractivo a la hora de proceder a su aplicación, no se puede olvidar que el daño que es soportable en un caso no lo es en otro. Y es que, por un lado, los márgenes de beneficio con que operan todas las empresas no son siempre los mismos. Por otro lado, tampoco ha de olvidarse que, si bien es verdad que ciertas empresas pueden soportar cierto nivel de daños dada su situación financiera y su estructura (piénsese en el caso de grandes multinacionales que trabajan en diversos sectores con grandes beneficios, y que se pueden permitir perfectamente continuar en un sector con pérdidas al poder compensar dicho perjuicio con los ingresos obtenidos en otros campos de actividad), en cambio para otras ese mismo nivel quizás no sea soportable (pequeñas y medianas empresas con escasa capacidad financiera y limitadas a una concreta actividad productiva de la que obtienen su principal o única fuente de ingreso o beneficio). Por consiguiente, en un principio, una modificación normativa que las prive de una medida de fomento o les suponga un incremento de precios puede suponer para ellas su desaparición y, por ende, el sufrimiento de un perjuicio económico de ín-

dole expropiatoria. Por ello, el mismo Abogado general proponía realizar un estudio individualizado para cada empresa y tipo de producto, examinando en que medida el incremento de costes absorbe el margen de beneficio comparándolo con una especie de margen de beneficio medio de acuerdo con un empresario modelo. De este modo se podría también valorar, de acuerdo con los márgenes de beneficio habitualmente obtenidos por cada sector y tipo de empresa, en qué proporción el cierre de la empresa ha sido debido a la mala gestión del empresario más que al efecto de la aplicación de la norma.

Cosa distinta es que la medida legislativa produzca una serie de daños que, sin llegar a motivar una ruina total más o menos inmediata, tengan una entidad considerable, pudiendo surgir la duda a la hora de saber si son expropiatorios o no. Pensemos en casos en que la empresa durante cierto tiempo debe producir a pérdida o con un margen de beneficio nulo o muy reducido en comparación con el que venía disfrutando habitualmente, o situaciones que llevan a la pérdida definitiva de ciertos mercados o clientes o al cierre de partes o secciones de la empresa aunque continúe operando el resto. Estas circunstancias nos permiten entrar dentro de la posibilidad de reconocer que ciertos tipos de daños, aunque no son expropiatorios (privación singular de toda rentabilidad económica a la empresa afectada) o no afectan a derechos o intereses patrimoniales, deben ser indemnizados. Este tema en el caso de medidas legales que afectan a empresas es muy importante. De nuevo aquí se topa con la dificultad práctica de aplicar unos criterios que en el terreno puramente teórico son muy atractivos, pero, ¿a partir de qué momento se debe entender que un daño sin ser expropiatorio puede ser calificado de desproporcionado? Es posible quizás encontrar un buen ejemplo de esta circunstancia en una reciente sentencia del TPI en la que ha venido a confirmar la doctrina sentada por el TJCE en el asunto *Mulder II*¹⁵, en relación con los llamados productores SLOM III, es decir, los cesionarios de explotaciones lecheras de productores SLOM I sometidas a compromisos de no comercialización a los que el Consejo se negó a atribuir cuota porque ya la habían recibido por otras explotaciones que poseían con base en un título distinto al de

¹⁵ Ver, Sentencia del TPI de 9 de diciembre de 1997, asuntos acumulados T-195/94 y T-202/94, *Quiller y Heusmann contra Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas*, R, 1997, p. II-2251, Con base en esta sentencia sería posible defender que los ejemplos antes citados podrían constituir también daños desproporcionados que deberían ser indemnizados.

compra a un productor SLOM I. El TPI rechazó el argumento del Consejo consistente en afirmar que «*los requisitos para incurrir en responsabilidad enunciados en la sentencia Mulder II (apartado 17) se refieren únicamente al caso de una exclusión total de los productores afectados de la comercialización de leche*»¹⁶. Es decir, el Consejo insinuaba que este colectivo de productores podía seguir produciendo leche en la otra explotación que poseían por otro título con su correspondiente cuota, por lo que debían soportar los daños producidos por la falta de asignación de cuota a título de la explotación SLOM adquirida. El argumento es atractivo en un principio porque es verdad que la situación de los SLOM I era mucho más crítica que la de los SLOM III al afectar la falta de asignación de cuota al conjunto de su o sus explotaciones y no a una de las varias explotaciones que pudieran poseer. En cambio, para el TPI los SLOM III se encontraban en la misma situación que el resto de los productores SLOM, suponiendo igualmente para ellos un reparto objetivamente desigual del sacrificio económico para lograr el interés público calificándolo de «*sacrificio de grandes proporciones*» que no era ni previsible ni clasificable dentro del riesgo económico normal. De este modo el TPI toma como referencia para evaluar la seriedad del daño la explotación cedida, que es con respecto a la cual se produce el daño de exclusión total y permanente de la posibilidad de producir leche al no poseer cuota, como ocurría con los productores SLOM I que conservaron su primitiva explotación, y no el hecho de que el cesionario pueda disfrutar por otro título distinto de otra empresa de producción de leche con cuota asignada.

En todo caso debe destacarse que en determinadas ocasiones, especialmente por su especial gravedad o por el carácter perjudicial de la actividad realizada para determinados intereses públicos, como por ejemplo la salud o la seguridad de los ciudadanos, es posible justificar daños incluso de una elevada intensidad. Este criterio ya lo venían aplicando las jurisdicciones nacionales incluida la nuestra, aunque no en los casos que estamos examinando aquí. El TPI ha aplicado este criterio en un reciente caso en el que se examinó la posible responsabilidad patrimonial normativa de la Comunidad por las restricciones introducidas en determinadas zonas de Alemania a ciertos productores de carne porcina que vieron limitadas sus posibilidades de venta fuera de ciertas zonas con el fin de atajar una epidemia de peste porcina clásica (PPC) y que alegaron que esto equivalía prácticamente a una confiscación de su empresa o una expropiación ilí-

¹⁶ Ibidem, apartados 64, 69, 74, 75 y 76.

cita¹⁷. La Comisión ya había advertido que aunque se hubiese producido un perjuicio importante *«las prohibiciones controvertidas respondían a objetivos de interés general de la Comunidad. Eran necesarias para la protección de la cabaña porcina, para el mantenimiento de los intercambios de cerdos y, por consiguiente, para la preservación del sector económico de la producción porcina. Por consiguiente no constituían un menoscabo a la esencia del derecho de propiedad o del derecho al libre ejercicio de una actividad profesional»*¹⁸. Esta tesis encontró acogida en el TPI quien, tras recordar que los derechos no son prerrogativas absolutas y pueden verse sometidos a restricciones de interés general, puso de relieve cómo toda medida de salvaguardia produce, *«por definición, efectos que atañen a los derechos de propiedad y al libre ejercicio de las actividades profesionales, ocasionando así perjuicios a terceros que no tienen ninguna responsabilidad en cuanto a la situación que condujo a la adopción de las medidas de salvaguardia»*. El simple hecho de que se vean afectados por unas medidas cuando no estaban afectados por PPC no es por sí sólo inadmisibles. De este modo resalta que *«la lucha contra la propagación de una enfermedad epizootica, la PPC, que provocaba una mortandad y perturbaciones tales que amenazaba con comprometer considerablemente la rentabilidad del conjunto de la cría de cerdos de la Comunidad, podía justificar consecuencias negativas, incluso considerables, para algunos operadores»*¹⁹. Es preciso retener las palabras «incluso considerables» del apartado de esta sentencia porque con ellas es donde el TPI abre la puerta a que, en estos casos de grave riesgo para la salud pública, el empresario tenga el deber de soportar daños que, en otras circunstancias, muy posiblemente hubiera sido más fácil justificar su indemnización dada su intensidad.

IV. LA INFLUENCIA DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

Es en relación con el principio de la confianza legítima donde más se ha dejado notar el peso progresivo que ha venido teniendo en estas re-

¹⁷ Ver, Sentencia del TPI de 15 de abril de 1997, As T-390/94, Aloys Schröder, Jan y Karl-Julius Thamann contra Comisión de las Comunidades Europeas, R, 1997, p. II-503, ver apartados 115 y 117.

¹⁸ Ibidem, apartado 124.

¹⁹ Ibidem, apartados 125 a 131.

cientes decisiones de nuestro Tribunal Supremo la jurisprudencia del TJCE. Ya en la jurisprudencia sobre las empresas pesqueras se hace uso del mismo para valorar la existencia de responsabilidad siendo el único caso en que se admite como consecuencia de la eliminación por el Acta de Adhesión de las medidas de fomento nacionales. Aunque el principio y la influencia del TJCE no se proclama expresamente, el TS va a afirmar con rotundidad que la indemnización correspondiente *«estaría incluso avalada, (...) por los principios de la buena fe que deben inspirar la relación de la Administración con los particulares y de la seguridad jurídica...»*²⁰. Sin embargo, será en la jurisprudencia sobre los agentes de aduanas y de cambio y bolsa donde nuestro TS va a proclamar explícitamente la influencia que este principio tiene sobre sus argumentos como un criterio más que puede emplear el juzgador para examinar si el demandante posee o no el derecho a ser indemnizado. De este modo reconoce que los principios que había usado en la jurisprudencia Pescanova S.A

«... están estrechamente relacionados con el principio de la confianza legítima —enunciado, como se ha recordado en el proceso, por el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas—. La virtualidad de este principio puede comportar la anulación y cuando menos, obliga a responder en el marco comunitario, de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias económicas habituales y estables generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones comunitarias, ni les reconoce un derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja»²¹.

De este modo el esquema trazado por nuestro TS, aunque no asume expresamente la necesidad de que exista una violación suficientemente caracterizada, recoge los elementos de valoración ya empleados por el TJCE

²⁰ Ver, STS de 5 de marzo de 1993, asunto Pescanova SA citado, p. 2094.

²¹ Ver, STS de 7 de junio de 1997, Rp. Ar. 5943, p. 9178.

tradicionalmente. Si empezamos considerando el primero de ellos: la alteración producida en el marco normativo, es posible ver un primer gran punto de encuentro entre la apreciación que hace nuestro TS de la situación de las empresas pesqueras españolas con respecto a la Administración española y la que hace el TJCE en relación con los ganaderos de vacuno de orientación leche en relación con las instituciones comunitarias. Por un lado, con base en una normativa dictada en 1976, los pescadores españoles se habían visto incentivados por las autoridades españolas a hacer grandes inversiones para la constitución de dichas empresas. En agosto de 1985 las Cortes autorizan para prestar el consentimiento del Estado para la adhesión a la Comunidad, constatando el TS como *«los particulares acomodaron su actividad a la política de fomento plasmada en las Disposiciones arriba citadas ...»* para luego verse privadas del mayor beneficio que, como hemos visto antes, aseguraba su viabilidad. Por el otro lado, en el caso SLOM, los productores de leche se ven incentivados por un acto de la Comunidad (el Reglamento (CEE) n.º 1078/77) a abandonar la comercialización de leche durante cinco años para al final de su compromiso no poder producir absolutamente nada de leche, viéndose abocados a tener que cambiar su actividad productiva o profesional porque no se les iba a asignar cuota. En ambos casos, competencia del Estado para negociar la adhesión y del Consejo para marcar las directrices de la PAC, existe un amplio poder discrecional a la hora de trazar las medidas de política agrícola, sin embargo, también en ambos supuestos se recuerda que el ejercicio de dicho poder no era ilimitado y no podía caer en la arbitrariedad que supone tanto para nuestros pescadores como para los ganaderos el no poder continuar con su actividad. En el caso de las empresas pesqueras es verdad que era de sobra conocido, incluso desde hacía muchísimos años, el deseo del Gobierno de lograr la adhesión de España a la Comunidad, pero era absolutamente imprevisible para un empresario que se acoge a unas medidas de fomento en 1976, que casi diez años más tarde, como resultado de las negociaciones de adhesión (en un período de siete años) iba a verse privado definitivamente de aquel instrumento con el que se le incentivó a invertir su dinero en su momento y con el que se garantizaba la base de su rentabilidad. En el supuesto de los productores SLOM el parecido es casi absoluto, salvo el matiz importante que vamos a señalar abajo. También en 1979 y en los años siguientes, cuando se implantan las primas de no comercialización, era evidente que la situación del mercado lechero era muy grave y eran previsibles nuevas medi-

das restrictivas como las cuotas ante la falta de mejora de la situación. Sin embargo era totalmente imprevisible para un ganadero el imaginar que cuando terminase cinco años después su compromiso la aplicación del sistema de cuotas iba a significar para este colectivo su exclusión total y permanente del mercado, en tanto permaneciese en aplicación la normativa sobre cuotas, al serles denegada la concesión de una cantidad de referencia.

En cambio, en el caso de los agentes de aduanas y de cambio y bolsa el TS rechazó la existencia de una violación del citado principio susceptible de generar responsabilidad dada la distinta situación en que se encontraban estos agentes. Y es que, en primer lugar, sus empresas no se habían creado por ningún incentivo expreso de la actividad estatal. En segundo lugar, como hemos dicho antes, nuestra adhesión a la Comunidad y las consecuencias concretas que ello suponía por los efectos de la supresión de fronteras interiores en un período transitorio de siete años, eran bien conocidas y más sobre todo para estos agentes especialistas en la materia. Por consiguiente eran plenamente conscientes que con la adhesión, normalmente con un período transitorio, su actividad profesional iba, o a desaparecer, o a verse muy menguada, ya que era de suyo imposible negociar un ingreso en la Comunidad que no tuviese como consecuencia la supresión más tarde o más temprano de las fronteras interiores.

Una reciente sentencia del TJCE²² nos muestra la importancia que tiene el análisis del contexto normativo y de las consecuencias que su cambio produce en los particulares afectados para poder determinar si hay violación del principio de confianza y hasta que punto el derecho a una indemnización está vinculado a la constatación de dicha infracción. En este caso el TJCE, confirmando la sentencia dictada por el TPI, consideraba

²² Ver, sentencia del TJCE de 17 de abril de 1997, As C-138/95 P Campo Ebro Industrial SA y otros contra Consejo de la Unión Europea, R, 1997, p. I-2027. En dicha sentencia se ha resuelto un recurso de casación planteado por unos productores españoles de isoglucosa que solicitaban la indemnización de los daños sufridos como consecuencia de ciertos cambios normativos producidos en el sector del azúcar. El Consejo, haciendo uso de la *habilitación concedida en el Acta de adhesión*, decidió en 1991 prolongar el período de aproximación de los precios españoles, más elevados que los comunitarios, en dos etapas que cubrirían desde 1991 a 1996. Sin embargo, en 1992, desde la perspectiva de los profundos cambios que suponía la realización del mercado interior, el Consejo decide proceder a una aproximación acelerada de los precios alterando el primer esquema fijado al adelantar la equiparación entre precios comunitarios y españoles al 1.º de enero de 1993.

que, dada la amplia facultad discrecional consagrada por el art. 70 del Acta de adhesión de que gozaban las instituciones para bien acelerar, bien prolongar la aproximación de precios en función de las circunstancias, «*un operador económico prudente e informado debía prever que la realización del mercado único podría dar lugar a un ajuste anticipado de los precios del azúcar para suprimir el obstáculo a los intercambios entre los Estados miembros producido por la existencia de montantes compensatorios de "adhesión"*»²³. Además existía una propuesta de la Comisión en este sentido que había sido analizada en la prensa española. Es verdad que aunque en principio, nada aseguraba su adopción, era «*al menos suficiente para alertar a los operadores económicos sobre la posibilidad de una modificación de la situación*»²⁴. Si comparamos este caso con el de los productores SLOM o el de las empresas pesqueras españolas es verdad que puede surgirnos la duda de pensar si los productores de isoglucosa españoles en 1991, recién adoptado el Reglamento que prolongaba la aproximación de precios hasta 1996, y cuando hacía ya varios años que se había aprobado el AUE, podían prever que ese período se iba a recortar al año siguiente de tal manera por una causa que era tan conocida en 1991 como en 1992: la puesta en marcha del mercado interior a partir del 1.º de enero de 1993. Pese a estas dudas que se pueden plantear es justo reconocer que es posible descubrir diferencias de matiz que revisten una gran importancia.

En el caso Campo Ebro industrial, en primer lugar, el contexto normativo presenta una mayor precisión que en los dos casos antes citados gracias a las previsiones del Acta de adhesión (aunque vagas y escuetas pero suficientes para el TJCE) y del AUE (que marcaba 1993 como fecha fija para la construcción del mercado interior, lo cual suponía fijar un objetivo que ponía en cuestión cualquier medida adoptada con anterioridad que pudiera oponerse a él) a las que antes hemos hecho referencia. En relación con las empresas pesqueras y los productores SLOM indudablemente no existía un nivel de previsión normativa comparable en la segunda mitad de la década de los setenta al manifestar el Gobierno su deseo de adherirse a la Comunidad y posteriormente abrirse el proceso de negociaciones en la década siguiente, o en 1979 en un contexto de crisis de una OCM como la del sector lácteo. En estos dos últimos casos, al no existir ningún apoyo normativo ni a nivel de simple propuesta, es imposi-

²³ Ibidem, apartado 40.

²⁴ Ibidem, apartado 41.

ble prever qué medidas concretas se pueden acabar adoptando y el alcance que van a tener. En segundo lugar, a diferencia de lo que había ocurrido con los productores SLOM y las empresas pesqueras, el daño soportado por las empresas de isoglucosa debido al efecto perjudicial producido por el cambio efectuado en la legislación comunitaria era perfectamente previsible dadas sus circunstancias particulares. Sin embargo, no se podía llegar a la misma conclusión en el supuesto de las empresas azucareras ya que, dada su situación económica extremadamente delicada en comparación con las de isoglucosa, no podían en ningún caso prever que el Consejo iba a realizar en tan corto espacio de tiempo una aproximación acelerada de precios que iba a suponer (y he aquí una nueva diferencia de matiz en un contexto muy próximo) casi su ruina más o menos inmediata. De ahí que, a diferencia de las anteriores, el Consejo decidiese otorgarlas ayudas compensatorias y permitir la concesión de subvenciones nacionales, puesto que sin todas ellas muy posiblemente se hubiera producido en relación con las azucareras una violación del principio de la confianza legítima suficientemente caracterizada, es decir, susceptible de generar la responsabilidad patrimonial del legislador comunitario.

En lo tocante al segundo requisito: la existencia de un período transitorio, se puede encontrar una diferencia entre el asunto de las empresas pesqueras y el caso SLOM ya que en este último no existió un período transitorio. La hipótesis defendida inútilmente por el Consejo y rechazada por el TJCE de considerar que la prima de no comercialización concedida durante cinco años podía interpretarse como una prima de reconversión de la empresa ganadera y, por ende, una medida transitoria, en el fondo carece de consistencia por un doble motivo: primero porque las primas de no comercialización se acompañaron de primas de reconversión, lo cual demuestra el distinto fin de cada sistema de primas; y, segundo, porque se trataría de un período transitorio al que se le priva de su elemento esencial, que no es otro que el de permitir a los afectados por el cambio normativo de tomar plena conciencia de la reforma sustancial que se va a producir con el fin de que puedan readaptarse a la nueva situación con el menor daño posible para sus intereses económicos. En cambio, es justo reconocer que las empresas pesqueras acabaron disfrutando de un período transitorio de siete años para poder afrontar las consecuencias negativas de la adhesión durante el cual seguirían disfrutando de las medidas de fomento con una reducción progresiva de las mismas. Se trata del mismo período del que se beneficiaron los agentes, poniendo en este último caso

de relieve el TS que se trataba de un período «suficientemente dilatado» para adaptarse a la nueva situación y, además, incluso favorable para realizar dicha adaptación en la medida en que el volumen de negocios aumentó²⁵. Ahora bien, cabe preguntarse, ¿por qué en un caso se acaba reconociendo la responsabilidad y en el otro no? Aunque la pregunta obviamente no se plantea en la sentencia Pescanova SA, sin embargo es posible encontrar la respuesta en la argumentación que desarrolla el TS al analizar las compensaciones recibidas y que pasamos a estudiar a continuación al, quizás, estar directamente conectada con el último requisito.

El tercer elemento que debe ser examinado es el relativo a la existencia de medidas compensatorias. El TS ha destacado que el hecho de que las medidas económicas compensatorias aplicadas no cubriesen todas las posibles pérdidas no es suficiente para considerar que se ha violado el principio de confianza legítima de tal manera que surja el deber de indemnizar. Así, el Alto Tribunal ponía de relieve que «*debe tenerse en cuenta que no se trata de disposiciones encaminadas a restablecer o mantener de modo absoluto su situación patrimonial, habida cuenta de que ni el principio de seguridad jurídica ni el de confianza legítima garantizan que las situaciones de ventaja económica deban mantenerse indefinidamente estables*». En el caso de los agentes de aduanas y de cambio y bolsa se entendió que estas compensaciones eran suficientes ya que eran «razonablemente compensadoras y encaminadas a facilitar la adaptación de los agentes de aduanas y de sus trabajadores a la nueva situación profesional»²⁶. Es decir, que se reviene indirectamente a la idea de que para que haya una violación de este principio la ausencia de compensación debe ser de una gran amplitud. De nuevo los casos SLOM y de las empresas pesqueras proporcionan al unísono ejemplos muy significativos. Comenzando por el primero citado, como hemos visto, las primas de no comercialización pagadas durante cinco años no se ven como una compensación suficiente para paliar el efecto de una normativa que supone el despojo absoluto de la empresa ganadera. En el supuesto de las empresas pesqueras, la ausencia de una compensación económica tampoco se estima cubierta por el hecho de seguir disfrutando de esas medidas en cuantía decreciente (con respecto al originario derecho que se poseía), durante el período transitorio de siete años, ya que el TS considera «*a todas luces insuficiente*» este mecanismo para compensar los perjuicios sufridos al entender que,

²⁵ Ver, STS de 5 de junio de 1997, Rep. Ar. 5944, p. 9183, de 1997.

²⁶ Ibidem, p. 9184.

al menos, se debía haber recibido durante ese período la totalidad del cupo a que se hubiera tenido derecho. En cambio en los casos de agentes de cambio y bolsa y de aduanas el TS y TPI ven como suficientes las medidas adoptadas tanto a nivel nacional como comunitario (programas especiales de ayudas) para paliar un perjuicio que en ciertos casos podía ser tan intenso como el sufrido por las empresas pesqueras. A la hora de valorar esta última circunstancia comparándola con la insuficiencia de las compensaciones recibidas por las empresas pesqueras tampoco debe olvidarse que para estas últimas la medida era también imprevisible. Las empresas pesqueras no podían prever que una década después iban a desaparecer los instrumentos (exenciones arancelarias) que había utilizado el Gobierno para incentivarles a invertir su capital en el sector y que garantizaban su existencia. En cambio, los individuos que deciden hacerse agentes no gozan del mismo compromiso por parte de la Administración, es decir, no emprenden esta actividad porque el Gobierno les haya garantizado unas medidas de fomento que, además, son la base esencial de su rentabilidad. Por otro lado, una persona que también en 1976 quisiese ser agente, y que igualmente conocía la intención del Gobierno de lograr la adhesión de España a medio o largo plazo, dado el objeto de su profesión y la formación recibida para su ejercicio sabía con absoluta certeza que la mera adhesión implicaba de suyo la desaparición de las fronteras interiores y por ello, en buena medida, del núcleo central de su negocio.

De este modo en el caso de las empresas pesqueras sólo se cumplía uno de los tres requisitos necesarios para entender que se había respetado suficientemente el principio de la confianza legítima: la aplicación de un período transitorio. Lo imprevisible del cambio y del efecto sufrido unido a la insuficiencia de la compensación económica recibida determinó que el daño, usando palabras del TJCE, constituyese una violación de la confianza legítima suficientemente caracterizada. Por contra, en el caso de los agentes se cumplían todos los requisitos no existiendo, además, ni un derecho adquirido o interés patrimonial afectado (como hemos visto en el punto segundo de este trabajo) ni una simple violación del principio, aunque no hubiese sido de una intensidad suficiente para justificar una indemnización. Era, pues, justo que en aquél caso y no en éste último se inclinase la balanza de la justicia a favor de los demandantes y se les reconociese su derecho a ser indemnizados.

Lo que no es posible es defender la idea de que pueda existir derecho a disfrutar de compensaciones económicas o de períodos transitorios aun-

que no se concluya que existe violación del citado principio. Por si existiese alguna duda así lo ha confirmado el TJCE en la sentencia Campo Ebro Industrial al rechazar la hipótesis mantenida por las empresas de isoglucosa de que en todo caso, aunque el Consejo no hubiese sobrepasado sus poderes discrecionales, habrían merecido ciertos tipos de compensaciones. De esta manera el Alto tribunal destaca *«que la adopción de disposiciones transitorias en favor de las recurrentes sólo podría haberse declarado necesaria en la medida en que se hubiese reconocido que habían podido depositar una confianza legítima en el mantenimiento de una determinada situación o en el desarrollo de acontecimientos previsibles. Puesto que el Tribunal de Primera Instancia descartó cualquier confianza legítima por su parte, dedujo acertadamente que el Consejo no tenía la obligación de adoptar medidas transitorias en su favor»*²⁷.

RESUMÉ

La question de la responsabilité patrimoniale de l'état législateur pose le problème de savoir jusqu'à quel point il est possible qu'un individu soit indemnisé au titre des dommages causés dans son patrimoine suite au labeur de promulgation de lois du législateur limitant ses droits individuels ou ses intérêts patrimoniaux (droit de propriété, liberté d'entreprise, etc.) Dans les années quatre-vingt-dix, la Cour Suprême espagnole prononça dans ce domaine une série d'arrêts relatifs aux demandes d'indemnisation présentées par des entreprises issues des secteurs de la pêche, du sucre, des agents en douanes et des agents de change et des sociétés de bourse au titre des préjudices subis suite aux lois promulguées pour autoriser l'adhésion de l'Espagne à la Communauté Européenne. Dans cette jurisprudence, on peut expressément observer l'influence de la doctrine établie ces dernières années par la Cour de Justice de la Communauté Européenne lors de l'examen de la responsabilité patrimoniale des institutions communautaires motivée par l'adoption d'actes de nature normative qui violaient le principe de la confiance légitime. On peut ainsi constater une tendance implicite chez les tribunaux espagnols à accepter le fait que la responsabilité de l'état législateur doit être déclarée, comme le fait la cour européenne, lorsqu'il existe une *«violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit»*. C'est pourquoi, il convient de ne pas perdre de vue la récente jurisprudence communautaire adoptée à ce sujet, non seulement en ce qui concerne la violation du principe de la confiance légitime mais aussi d'autres principes et droits fondamentaux.

²⁷ Ver, Sentencia Campo Ebro industrial y otros /Consejo citada, apartado 48.

SUMMARY

The question of the legislating State's proprietary liability raises the problem of the extent to which individuals may be indemnified for damages to property arising from the legislator's labour of passing acts limiting their individual rights or proprietary interests (property right, freedom of enterprise, etc). During the nineties, the Spanish Supreme Court has handed down a number of rulings in this field concerning claims for indemnification brought by fishery companies, sugar producers, customs agents and brokers for damages suffered as a consequence of legislation passed to authorise Spanish membership of the Community . This case-law expressly reveals the influence of the precedent established by the European Community Court of Justice in recent years in considering the proprietary liability of Community institutions, arising from the passage of statutes violating the principle of legitimate confidence. This makes it possible to see an implicit tendency in the Spanish court to accept the declaration of the legislating State's liability, as does the European court, where there is a «*sufficiently serious breach of a superior rule of law*». Therefore, recent Community case-law in this sphere must be taken into account, not just in relation with breach of the principle of legitimate confidence but also with other fundamental principles and rights.

NOTAS

